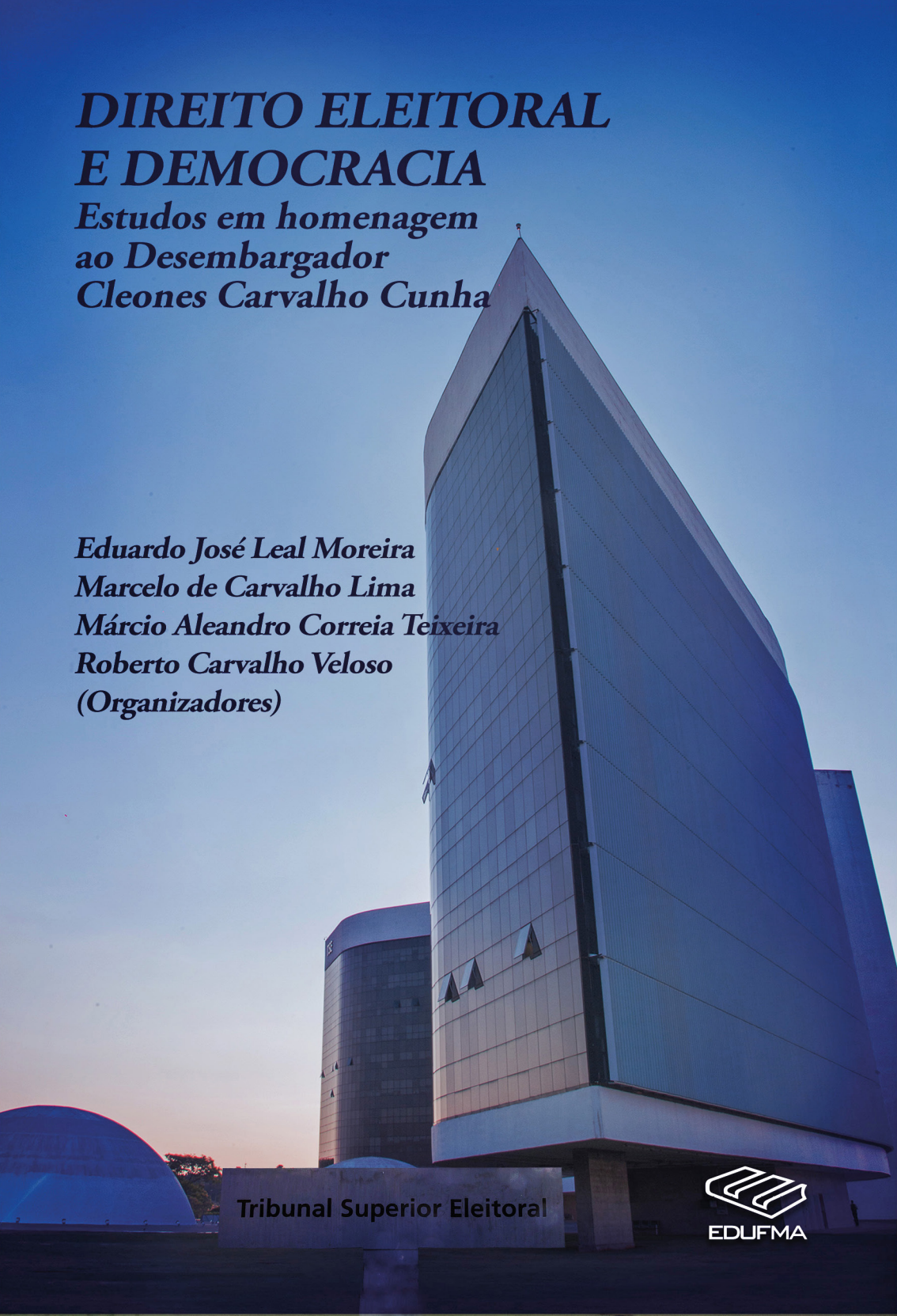
DIREITO ELEITORAL E DEMOCRACIA

Estudos em homenagem ao Desembargador Cleones Carvalho Cunha

Eduardo José Leal Moreira
Marcelo de Carvalho Lima
Márcio Aleandro Correia Teixeira
Roberto Carvalho Veloso
(Organizadores)



EDUFMA

DIREITO ELEITORAL E DEMOCRACIA

Reitor Prof. Dr. Natalino Salgado Filho
Vice-Reitor Prof. Dr. Marcos Fábio Belo Matos

EDUFMA Editora da UFMA

Diretor Prof. Dr. Sanatiel de Jesus Pereira
Conselho Editorial Prof. Dr. Luís Henrique Serra
Prof. Dr. Elídio Armando Exposto Guarçoni
Prof. Dr. André da Silva Freires
Prof. Dr. Jadir Machado Lessa
Profª. Dra. Diana Rocha da Silva
Profª. Dra. Gisélia Brito dos Santos
Prof. Dr. Marcus Túlio Borowiski Lavarda
Prof. Dr. Marcos Nicolau Santos da Silva
Prof. Dr. Márcio James Soares Guimarães
Profª. Dra. Rosane Cláudia Rodrigues
Prof. Dr. João Batista Garcia
Prof. Dr. Flávio Luiz de Castro Freitas
Bibliotecária Suênia Oliveira Mendes

Associação Brasileira das Editoras Universitárias

Eduardo José Leal Moreira
Marcelo de Carvalho Lima
Márcio Aleandro Correia Teixeira
Roberto Carvalho Veloso
(Organizadores)

DIREITO ELEITORAL E DEMOCRACIA

Estudos em homenagem ao Desembargador Cleones Carvalho Cunha

São Luís

EDUFMA

2020

Copyright © 2020 by EDUFMA

Projeto Gráfico, Diagramção e Capa *Francisco Batista Freire Filho*
Revisão *Maria da Salete Carvalho Coelho*
Fotografias *Dimmy Falcão de Brito*

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D598

Direito Eleitoral e Democracia: estudos em homenagem ao Desembargador Cleones Carvalho Cunha / Organizadores: Eduardo José Leal Moreira; Marcelo de Carvalho Lima; Márcio Aleandro Correia Teixeira; Roberto Carvalho Veloso. – São Luís: EDUFMA, 2020.

970 p. il.; 22 cm

Vários autores.

ISBN: 978-65-86619-63-8

1. Direito Eleitoral. 2. Democracia. I. Moreira, Eduardo José Leal. II. Lima, Marcelo de Carvalho. III. Teixeira, Márcio Aleandro Correia. IV. Veloso, Roberto Carvalho.V. Título.

CDU: 342.8(81)

CDD: 342.07

Joseane Cantanhede dos Santos / Analista Judiciária Bibliotecária - CRB-13/ 493
Escola Superior da Magistratura do Maranhão

Impresso no Brasil [2020]

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte deste livro pode ser reproduzida, armazenada em um sistema de recuperação ou transmitida de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico, mecânico, fotocópia, microimagem, gravação ou outro, sem permissão do autor.

EDUFMA | Editora da UFMA
Av. dos Portugueses, 1966 – Vila Bacanga
CEP: 65080-805 | São Luís | MA | Brasil
Telefone: (98) 3272-8157
www.edufma.ufma.br | edufma@ufma.br

Prefácio

Reunir mais de sessenta juristas para homenagear um juiz na forma escrita, por intermédio de aprofundados estudos técnico-científicos, é um acontecimento que merece a nossa particularizada atenção. Seguramente, podemos afirmar que a qualidade do homenageado propiciou aos organizadores da obra a realização de um feito notável.

O juiz que está sendo homenageado é um ser humano muito distinto, admirável, raro e iluminado.

Seu nome: CLEONES CARVALHO CUNHA.

Há muitos motivos para homenageá-lo. Esta não é a primeira e - fiquem bem certos -, não será a última, a julgar pela trajetória do ilustre juiz. Tal atitude é louvável por ocorrer no momento em que o homenageado preside o Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Maranhão, em mais uma das multifárias atividades que desempenhou no exercício de seu mister.

O juiz CLEONES CARVALHO CUNHA pode ser comparado a um barqueiro, que, mesmo solitário, enfrenta as tempestades com serenidade ímpar. Importante relembrar as luzes de harmonia que jogou sobre o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão quando exerceu a presidência e o ciclo de modernização que imprimiu ao Judiciário maranhense, compreendendo com sensibilidade - sua marca pessoal -, já naquela época, que estávamos vivenciando um tempo de urgências e de emergências, e que o tempo urgia!

Não se pode olvidar o período do árduo encargo de Corregedor-Geral da Justiça do Maranhão, quando então mais orientou os juízes maranhenses e se fez notável, não pelas punições, mas pelo exemplo dos seus atos, incutindo nos juízes que é preciso ser justo, não apenas nas sentenças proferidas, mas em todos os atos da vida.

O homenageado é um juiz agregador. Aliás, só seres muito especiais conseguem ser juízes e agregadores ao mesmo tempo. A missão de julgar tem o efeito de trazer para nossas vidas o secessionismo, por razões óbvias, mas o homenageado, por ter qualidades diferenciadas, consegue ser um agregador devido ao alto grau de amorosidade que dele emana.

Confesso que eu não queria me igualar a todos ao escrever acerca do homenageado, afirmando ter ele inúmeras qualidades, mas não tenho como fazê-lo sem repetir algumas, com o cuidado de destacar as que o tornam um ser humano especial e profissional de excelência.

Ele desempenha com desenvoltura o seu papel de intelectual de sólida formação humanista, autor de vários livros e artigos, dentre os quais saliento a dissertação de mestrado em Direito Canônico: **As Relações Igreja-estado**, defendida perante a Universidade Gregoriana, IPDC/RJ.

O homenageado é um pensador. Um legítimo estudioso das questões jurídicas, religiosas, mas principalmente das questões sociais que envolvem o acesso à Justiça. Ao assumir a Supervisão Geral dos Juizados Especiais do Juizado do Maranhão, evidenciou-se ainda mais seu lado humano e generoso ao dar o exemplo e incentivar todos a praticar o que eu costumo chamar de "Justiça Doce".

O homenageado é membro da Academia Maranhense de Letras Jurídicas e, nesta área, concretiza o que Miguel Cervantes um dia afirmou de que "a *pena é língua da alma".* Tudo o que escreve tem um brilho especial, seja da simples decisão aos mais complexos acórdãos, todos exaltando a beleza da língua portuguesa, que cultua, e deixa transparecer a generosidade e o humanismo que carrega no coração.

É um Tuntuense maximalista e mantém raízes profundas em sua amada terra de nascimento e com seu povo, sempre em busca da diminuição da desigualdade social, aliás, um dos sonhos do homenageado, que é justo em cada ato de sua vida.

Todas as manifestações do homenageado revelam a fortaleza de caráter e principalmente a coragem necessária para ocupar cargos relevantes e desempenhar funções de extrema responsabilidade para o país. A exemplar trajetória de vida profissional permite-lhe transmitir mensagens e advertências, sempre de maneira modesta, mas que repercutem como lição que deve ser apreendida e materializada. Na qualidade de presidente do Colégio de Presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais - COPTREL, em um momento tenso que vive o país, afirmou com percuciência:

> A democracia pode não ser a melhor forma de governo, mas não se conhece outra igual e nós somos, como presidentes dos TREs, como cidadãos, os garantidores dessa democracia. Não podemos permitir que vozes destoantes possam ameaçar a nossa democracia, não podemos permitir que deixemos de viver no Estado Democrático de Direito com respeito às nossas instituições, pois não existe Estado Democrático de Direito sem o Congresso Nacional, sem o Supremo Tribunal Federal.

O homenageado é um amigo sempre tranquilizador, eis que traz as mãos limpas e o coração repleto de amor, embora nada possa ser comparado à dimensão oceânica da sua afabilidade no convívio e generosidade no trato! Estas são algumas qualidades que distinguem o juiz CLEONES CARVALHO CUNHA.

Visto, pois, o imenso valor e a magnitude do ser humano e profissional que sempre foi, razão do merecimento da homenagem que se presta ao juiz CLEONES CARVALHO CUNHA, cumpre agora traçar algumas linhas sobre a excelente obra que ora o homenageia.

Reitero que reunir mais de sessenta autores é uma tarefa muito bem-sucedida. Entretanto, também é importante registrar a relevância da obra pela atualidade da matéria - DIREITO ELEITORAL E DEMOCRACIA - e a profundidade com que foram feitos os es-

tudos por renomados juristas de diversos seguimentos, tais como juízes, advogados, procuradores, professores.

Estamos em um ano em que serão realizadas eleições, durante uma impiedosa pandemia e, mesmo em meio a todas as vicissitudes, é gratificante constatar a dedicação dos autores que continuam trabalhando intensamente pela Democracia do país e compartilhando irmanamente parte do seu saber especializado em matéria eleitoral.

As abordagens vão desde a história do direito eleitoral romano aos mais intrincadas e complexas reflexões e ensinamentos acerca do processo eleitoral, responsabilidade eleitoral, candidaturas avulsas, judicialização excessiva da política, cota e igualdade de gênero nas eleições, abuso de poder, sistema de financiamento eleitoral, crimes eleitorais, corrupção eleitoral, "fake news" e "whatsapp".

Tais assuntos estão na ordem do dia, num momento em que a sociedade brasileira está vivendo a democratização do Direito Eleitoral e cujo objetivo maior da Justiça Eleitoral é a proteção do eleitor contra eventuais desvios do sistema.

Atentando ainda à manutenção da igualdade de condições entre os candidatos, colaboram, assim, com a consolidação plena da jovem democracia brasileira.

Há textos com riqueza argumentativa que analisam a Democracia como cidadania inclusiva, direitos humanos, dignidade da pessoa humana, representatividade e sistema epistocrático, capacitação técnica como condição democrática de elegibilidade do candidato, bem como realizam comparações com o direito eleitoral português e também com o sistema norte-americano

Neste viés, a obra ultrapassa a análise da primeva função do Direito Eleitoral, de normatizar e tornar factível a democracia, demonstrando a importância dos temas abordados na promoção da cidadania e na sustentação do regime.

Demonstra essa edição ser necessário zelar por um Direito Eleitoral de excelência não apenas na produção da legitimidade de origem, mas também na construção de um ordenamento pleno de um espírito de justiça que redunde na reprodução dos ecos gerais do desejo coletivo. Reafirma um modelo em que o produto das eleições celebre e destaque consenso, na medida em que exija muito mais que o simples respeito às regras estabelecidas. Enfim, que o Direito Eleitoral se ocupe cada vez mais em ser inclusivo e moralizador, eis que se constitui em elo entre a representação política e a democracia.

A obra, lapidada em tempos de distanciamento social e achegamento virtual, enobrece ainda mais a homenagem que prestamos ao juiz CLEONES CARVALHO CUNHA, trazendo consigo a firmeza do aproveitamento de todos os leitores.

Nancy Andrighi

Ministra do Superior Tribunal de Justiça

Julho/Pandemia 2020

Sumário

PREFÁCIO 5

JUS SUFRAGII: o direito eleitoral romano 17
Antonio Carlos Machado

RESPONSABILIDADE ELEITORAL 35
José Jairo Gomes

CANDIDATURAS AVULSAS/INDEPENDENTES E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE 65
Reynaldo Soares da Fonseca
Leonardo Campos Soares da Fonseca

CONSULTAS EM MATÉRIA ELEITORAL 93
Tarcisio Vieira De Carvalho Neto

APANHADOS HISTÓRICOS E REFLEXÕES ACERCA DA FILIAÇÃO PARTIDÁRIA COMO CONDIÇÃO INAFASTÁVEL DE ELEGIBILIDADE 127
Daniel Castro Gomes da Costa
Delso Silva Neves

ACESSIBILIDADE ELEITORAL 155
Joelson Dias
Ana Luísa Junqueira

DA "CIDADANIA" ATÉ A "CIDADANIA INCLUSIVA": participação popular, direito fundamental político e uma reflexão sobre a história brasileira 183
Nicolau Lupianhes Neto

DIREITO ELEITORAL, DEMOCRACIA E AÇÃO COMUNICATIVA: Possibilidades para efetivação da representação política 237
Claudio Alberto Gabriel Guimarães
Themis Maria Pacheco de Carvalho
Bruna Danyelle Pinheiro das Chagas Santos

A SUSTENTABILIDADE COMO NOVO PARADIGMA DO ESTADO MODERNO: Desafios da democracia e da política no Século XXI 267
Dimis da Costa Braga

ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA DA POLÍTICA NOS REGIMES DEMOCRÁTICOS 297
Lavínia Helena Macedo Coelho

AS OUVIDORIAS PÚBLICAS E O RESGATE AO ESPAÇO DE DEBATE SOCIAL: mecanismo de efetividade dos princípios constitucionais de acesso à informação e à participação popular na consolidação da democracia 317
Anna Carolina Alencar Furtado Leite Melo Silva

A DEMOCRACIA SEMIDIRETA E A PROPOSTA DE REFERENDO REVOGATÓRIO NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO 329
Sálvio Dino de Castro e Costa Junior

DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA: breve estudo à luz do princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento constitucional português e brasileiro 355
Roberth Seguins Feitosa

A REGRA DA COTA DE GÊNERO E OS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA AUTONOMIA DOS PARTIDOS POLÍTICOS 376
José Wilson Ferreira de Araújo Júnior

A IGUALDADE DA MULHER NA POLÍTICA 395
Fernanda de Carvalho Lage
Luiz Carlos dos Santos Gonçalves

FRAUDE ÀS QUOTAS DE GÊNERO NAS ELEIÇÕES: o *leading case* de Valença do Piauí 421
Sérgio Silveira Banhos

A LEI DE COTAS DE GÊNERO NO BRASIL: mulheres, igualdade e representatividade política 451
Lucyléa Gonçalves França

OS PROCESSOS ELEITORAIS COMO MEDIDA DE AFERIÇÃO DA QUALIDADE DA DEMOCRACIA: o caso do Brasil 477
Kamile Moreira Castro
Eluma Rodrigues Guimarães

CONSTITUIÇÃO, GARANTIAS FUNDAMENTAIS E DIREITO ELEITORAL: uma interpretação da inelegibilidade decorrente de condenação não transitada em julgado à luz das recentes atuações do Supremo Tribunal Federal do Brasil 489
Gustavo Araujo Vilas Boas

A CAPACITAÇÃO TÉCNICA COMO CONDIÇÃO DEMOCRÁTICA DE ELEGIBILIDADE DO CANDIDATO AO CARGO DE CHEFE DO PODER EXECUTIVO 513
Claridelma Barros Leite Mesquita
Danilo Mohana Pinheiro Carvalho Lima
Silvio Carlos Leite Mesquita

DEMOCRACIA, REPRESENTATIVIDADE E SISTEMA EPISTOCRÁTICO: a (im)possibilidade da limitação do sufrágio universal baseado em métodos de procedimentalismo epistêmico 537
Mariana Costa Heluy
Bruno Anderson Lima Costa
Thiago Brhanner Garcês Costa

A INFLUÊNCIA DO FEDERALISMO NORTE-AMERICANO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1891 561
Alexsandro Rahbani Aragão Feijó
Ana Carolina Soares Hissa
Tallyta Cilene Santos Leite

O ABUSO DE PODER NAS ELEIÇÕES: uma análise crítica quanto à relevância política, econômica e jurídica da interferência judicial 573
Alonso Freire
Hugo Moreira Lima Sauaia

EXPERIMENTALISMO DEMOCRÁTICO NO CONTEXTO DO FINANCIMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS 595
Ariston Chagas Apoliano Júnior
Carlos Helder Furtado Mendes
José Guimarães Mendes Neto

O FINANCIAMENTO ELEITORAL NO BRASIL: a possibilidade da readoção do custeio por pessoas jurídicas a partir da moldura constitucional existente e da observância dos princípios da transparência, concorrência e pluralismo político 629
Eduardo José Leal Moreira
Hugo Assis Passos
Ricardo Tadeu Bugarin Duailibe

SISTEMA ELEITORAL: práticas abusivas na propaganda eleitoral 665
Roberto Carvalho Veloso
Maria José Carvalho de Sousa Milhomem

SISTEMAS E FINANCIAMENTOS ELEITORAIS 695
Clodomir Sebastião Reis

FAKE NEWS E ELEIÇÕES: desafios do combate à desinformação no processo eleitoral 717
Rodrigo Maia Rocha

FAKE NEWS: uma epidemia antidemocrática 753
Rogério Medeiros Garcia de Lima

ELEIÇÕES E *FAKE NEWS* 793
Waldir Sebastião de Nuevo Campos Júnior

DA PUBLICIDADE INSTITUCIONAL, ELEIÇÕES E O PERÍODO DE EXCEPCIONALIDADE 817
Delmiro Dantas Campos Neto
Maria Stephany dos Santos

CRIMES ELEITORAIS: novas fronteiras do direito penal e crimes de colarinho branco 839
José de Ribamar Fróz Sobrinho
Márcio Aleandro Correia Teixeira

CORRUPÇÃO ELEITORAL: uma visão sistemática sobre tipo penal do art. 299 do Código Eleitoral 869
Bruno Araújo Duailibe Pinheiro

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NOS ILÍCITOS ELEITORAIS 885
Daniel de Faria Jeronimo Leite

ABUSO DE PODER ECONÔMICO VIA “WHATSAPP” 911
Felipe Costa Camarão
Sérgio Felipe de Melo Silva

ANOMIA SOCIAL E DIREITO: os impactos da corrupção administrativa e as eleições brasileiras 941
Pedro Leandro Lima Marinho
Jessica Silva Oliveira

JUS SUFRAGII: o direito eleitoral romano

Antonio Carlos Machado[1]

1. INTRODUÇÃO

O regime democrático ganhou a preferência dos estados modernos. Embora seja conhecido desde a Grécia clássica, durante vários séculos, os Estados europeus foram organizados de acordo com o regime monárquico. A mudança de paradigma teve início no final do século XVIII. Por isso, quando se fala em democracia e participação popular na coisa pública, vem sempre, de imediato, a lembrança dos teóricos da Revolução Francesa de 1789 como seus protagonistas. No entanto, as experiências históricas da democracia ateniense e da república romana são também significativas referências de conquistas populares que, embora não tendo sido continuadas, constituem-se marcos perenes de êxitos sociais de curta duração, os quais serviram de inspiração para filósofos, sociólogos e cientistas políticos em todos os tempos.

Neste estudo, comenta-se o caso específico da república romana, estruturada sobre o princípio da participação popular, através do direito de voto dos seus cidadãos ("jus sufragii"). Do mesmo modo que as teorias constitucionalistas da modernidade foram engendradas no contexto das lutas contra o Antigo Regime, que se fundava em concepções teocráticas, abalando e rompendo seus fundamentos, também a república romana emergiu do combate a um sistema político incrustado na religião primitiva, período conhecido como

1 Licenciado em Filosofia, Graduado em Teologia e Bacharel em Direito, Mestre em Sociologia, Professor da Faculdade Católica de Fortaleza. Email: cmachado@fortalnet.com.br

"realeza", no qual o rei se identificava com a divindade e a palavra do rei tinha um poder divino insuperável e inquestionável.

Enfrentando a tirania do último rei de Roma, que era amparado por forte exército de mercenários, a população da cidade, em condição de desvantagem bélica, foi capaz de sobrepor-se à autoridade real, que já não representava legitimamente os cidadãos, e conseguiu banir para sempre o sistema da realeza, tornando-se uma república. É bem verdade que injunções sociais e políticas outras, alguns séculos depois, inviabilizaram a continuidade do regime republicano. Mas isso não significa que a experiência da república romana não tenha sido exitosa, enquanto esteve focada nos seus objetivos.

O exercício do "*jus sufragii*" pelos cidadãos romanos constitui-se, portanto, um protótipo ou uma antecipação do princípio democrático e da efetiva participação popular no processo político, cujo corolário se deu no período pós-revolução francesa. O conceito do "*jus sufragii*" pode ser entendido, portanto, como o apelido antigo daquele instituto jurídico que, no futuro, iria corresponder ao princípio democrático dos estados modernos. Não em termos de equivalência plena, aparteie-se por oportuno, porque a maturação social e política da humanidade ainda se encontrava em fase embrionária, mas como um esboço ou um pré-projeto do que se consolidaria depois. O modo de organização da sociedade romana não permitiria uma compreensão mais ampla do princípio democrático, mas não se pode desconhecer que foi um expressivo início deste processo.

2. O "JUS SUFRAGII" NA PERSPECTIVA DOS DEMAIS DIREITOS DO CIDADÃO ROMANO

Os romanos foram os criadores do "*jus*", essa é uma informação comezinha. Contudo, deve-se entender que o "jus" romano é plural, na verdade, um conjunto de "jura" (plural de 'jus'). O "*jus*

sufragii" era apenas um elemento desse conjunto e precisa ser cotejado no leque dos demais "jura" atribuídos aos cidadãos romanos, para ter-se uma ideia da sua totalidade, tais como, "*jus conubii*" (direito do casamento), "*jus commercii*" (direito do comércio), "*jus successionis*" (direito de sucessão), "*jus honorum*" (direito de disputar cargos públicos), "*jus militare*" (direito de participar das legiões do exército romano), "*jus postulandi*" (direito de ação), "*jus utendi, fruendi et abutendi*" (direito de propriedade). Estes e outros mais estavam inclusos no pacote jurídico-social chamado de "*status civitatis*" (condição de cidadão), que era, por sua vez, uma vertente do "*jus civile*" geral, que regia toda a sociedade romana.

O "*status civitatis*" tinha como condição prévia o reconhecimento estatal de alguém como pessoa. Nem todo ser humano era uma pessoa, na Roma antiga. Essa é uma particularidade da sociedade romana primitiva, que imitava o paradigma da democracia grega. Havia requisitos para que um humano fosse considerado pessoa perante o Estado e, portanto, para ter direitos. Além dos requisitos naturais (forma humana perfeita, por exemplo, tornando descartáveis as crianças nascidas com defeitos físicos), havia os requisitos sociais: ter pai e mãe pertencente a uma família romana tradicional.[2] Esses eram os patrícios, cidadãos romanos dotados de todos os direitos. Os estrangeiros e os escravos não eram considerados pessoas perante o Estado, por isso, não possuíam o "*status civitatis*" nem eram titulares de direitos. Assim era o sistema romano arcaico.

Mas essa situação mudou radicalmente após as guerras púnicas (entre 264 e 146 a.C.), quando Cartago foi destruída e grande parte de sua população terminou mudando-se para Roma, a metrópole do

2 O rei Sérvio Túlio (578 a 539 a.C.), com o intuito de aumentar a arrecadação de impostos, instituiu o censo obrigatório, a cada cinco anos, para que fosse conhecido o número exato de integrantes de cada família e a quantidade de seus bens imóveis, escravos e animais. (Cf. CRETELA Jr., Curso de Direito Romano, Ed. Forense, 29a. Edição, Rio de Janeiro, 2004, pág. 27.) Na prática, ele catalogou as famílias romanas oficiais ou "quirites", aquelas que eram reconhecidas pelo Estado.

Mediterrâneo de então. Esse ingente acréscimo de habitantes findou por trazer notáveis modificações ao esquema jurídico tradicional. O professor Salvatore Riccobono (1975, p. 1) defende a tese de que:

> Poderia dizer-se que Roma criou duas vezes o Direito: a primeira vez, um direito agreste, rudimentar, rigoroso, que possuía características primitivas com elementos nitidamente bárbaros, segundo se constata, em suas linhas gerais, através da Lei das Doze Tábuas, elaborada nos princípios do século VI "ab Urbe"[3]; a segunda vez, o reconstruiu após as guerras púnicas, a partir do século VI, com características universais. Desde esse momento, com efeito, o direito tosco e primitivo foi lentamente aperfeiçoando-se e enriquecendo-se, na sequência da expansão política de Roma.

Em verdade, as conquistas democráticas tiveram um primeiro alento já antes das guerras púnicas, por ocasião da negociação que resultou na edição da Lei das Doze Tábuas (451 a.C.), com a criação dos Tribunos da Plebe. Inicialmente em número de dois, eles eram representantes dos não-romanos dentro do Senado, com poderes e qualidades idênticas aos Senadores, para defesa dos interesses dos seus representados. Os plebeus, ou seja, os estrangeiros, os não-romanos, embora não possuíssem a cidadania romana, contudo tinham uma representação efetiva através dos seus Tribunos.

Outra evolução notável nesse embate jurídico ocorreu em 445 a.C., com a aprovação da *Lex Canuleia*, que permitia o matrimônio entre patrícios e plebeias, união matrimonial anteriormente não reconhecida pelo Estado. Os filhos havidos dessa união passaram a ter o "*status civitatis*", acompanhando a condição do pai, ampliando assim grandemente o alcance da cidadania romana. Porém a mudança radical propriamente dita no modelo jurídico romano deu-se mesmo após as guerras púnicas, flexibilizando aquela tradicional

3 Século VI "ab Urbe condita" - Tomando como referência a cronologia de Terêncio Varrão de ter sido no ano 753 a.C. a fundação de Roma, o séc. VI "ab urbe" pode considerar-se como aproximadamente a partir do ano 150 a.C.

restrição que incidia sobre os não-romanos quanto à titularidade dos direitos e consequente participação nas decisões políticas por parte destes.

Merece destaque nesse contexto o grande contingente de estrangeiros que fixaram residência em Roma, após a destruição de Cartago, gerando fortíssima pressão sobre os patrícios para a concessão de maiores direitos aos não-romanos. Ocorreu, então, o principal avanço na extensão da cidadania romana aos estrangeiros, com a edição da *Lex Julia de civitate Latinis danda* (90 a.C.), proposta pelo cônsul Lúcio César, que atribuiu a cidadania romana a todos os Latinos e seus aliados. No ano seguinte, a *Lex Plautia Papiria* concedeu a cidadania romana a todos os estrangeiros residentes no território da Itália, estatuto jurídico que alargou, de forma sem precedentes, o alcance do "status civitatis", superado apenas pelo edito do imperador Antonino Caracala, em 212 d.C., que concedeu a cidadania romana a todos os residentes no território do império romano.[4]

Verifica-se que, num interstício temporal de cerca de três séculos, desde a criação do Tribuno da Plebe, com a Lei das Doze Tábuas, até a *Lex Plautia Papiria*, estendendo a cidadania a todos os residentes na Itália, efetivou-se uma radical mudança no conjunto dos requisitos exigidos para o reconhecimento do "status civitatis", expandindo sempre mais os direitos de cidadania à população. Essa ampliação no quantitativo de pessoas titulares de direitos na sociedade romana teve como consequência direta o incremento da participação popular no campo da política, exigindo constantes mudanças na estrutura do Estado Romano, com a criação de novos cargos e com a diversificação das funções públicas necessárias para atender à demanda social sempre crescente.

4 "... in orbe Romano, qui sunt ex constitutione Imperatoris Antonini, cives Romani effecti sunt." - (... aqueles que se encontram no mundo Romano, pela constituição do Imperador Antonino, foram efetivados como cidadãos.).
(Cf. DIGESTO, 1, 5, 17, Ulpiano)

3. A EVOLUÇÃO DOS ÓRGÃOS COLEGIADOS ELEITORAIS RESULTANTE DA EXPANSÃO DA CIDADANIA ROMANA

No início da cidade de Roma, ainda na época de Rômulo, a participação política da população perfazia-se através de duas instituições: o Senado e os Comícios (Comícios das Cúrias – *Comitia Curiata* e Comícios das Centúrias – *Comitia Centuriata*). O Senado era constituído inicialmente por 100 senadores, escolhidos dentre os chefes de família pelo critério da idade avançada (*senex - senatus*). Na época da República Romana, já eram em número de 300 senadores. Tratava-se de uma assembleia meramente consultiva e honorífica, não possuía ação política ou administrativa, exceto no que atine à escolha do novo monarca. Os Comícios das Cúrias eram assembleias constituídas por 30 patrícios representantes das "cúrias"[5], que eram agrupamentos de famílias romanas, escolhidos por seus pares. Os Comícios das Centúrias eram compostos por patrícios e plebeus escolhidos por critérios econômicos (propriedade de terras e nível de renda). Tinham competência para aprovação das leis "*rogatae*" (propostas normativas oriundas dos reis) e para decisão em questões de cidadania, além da aprovação dos testamentos ("*jus successionis*"). Assim foi durante todo o período da monarquia romana (753 a.C. a 510 a.C.).

Somente com a criação da República Romana (510 a.C.) teve início a participação efetiva da população em geral para a escolha dos dirigentes estatais e na votação das leis, ampliando as competências das Cúrias e acrescendo a participação dos plebeus. Tendo em mira o quadro da evolução política descrito no tópico anterior, deduz-se que a participação popular nas questões estatais, inicialmente restrita

5 Cúria era a organização familiar, e ao mesmo tempo, militar e religiosa, decorrente da subdivisão das três tribos que formavam o núcleo primitivo da população romama: os Tities, os Lúceres e os Ramnes. De cada tribo se originaram dez cúrias. (Cf. TABOSA, Agerson, Direito Romano, Ed. FA7, Fortaleza, 2003, pág. 103)

aos integrantes das famílias tradicionais romanas, evoluiu por etapas progressivas constantes, tornando-se sempre mais efetivo o exercício da cidadania.

Nesse contexto, o destaque fica para as assembleias exclusivas dos plebeus, sem a participação dos patrícios, tendo a Lei das Doze Tábuas reconhecido a eles esse direito. Eram as "*Concilia Plebis*" (Assembleias da Plebe). O critério para composição dessas assembleias era unicamente o numérico: cada grupo de 100 (centuria) plebeus elegia um representante. Os Tribunos da Plebe coordenavam essa escolha e lideravam as Assembleias, nas quais eram apresentadas e discutidas questões próprias dos não-cidadãos e qualquer membro do grupo poderia levar aos Tribunos suas reivindicações, desde que fossem do interesse de todos. A criação dessas Assembleias representou a verdadeira participação popular na vida política de Roma. As decisões aprovadas eram denominadas Plebiscitos[6].

Embora inicialmente as decisões das "*Concilia Plebis*" obrigassem apenas os plebeus, não afetando os patrícios, após a aprovação da *Lex Hortensia de plebiscitis* (287 a.C.), os Plebiscitos foram equiparados às Leis aprovadas nos Comícios, tornando-se obrigatórias para todos: patrícios e plebeus. O jurista romano Pomponius (Digesto, I, 2, 8) resume assim o contexto fático do surgimento da *Lex Hortensia de plebiscitis*:

> Ademais visto que existissem na cidade [de Roma] a Lei das Doze Tábuas e o Jus Civile e existissem também as ações da lei, resultou que, como a plebe entrou em discórdia com os patrícios, retirou-se a fim de constituir os seus próprios direitos, os quais são chamados plebiscitos. Algum tempo depois, tendo sido a plebe reconvocada, porque muitas discórdias originaram-se também nesses plebiscitos, aprouve à Lex Hortensia que estes fossem considerados como leis

6 Plebiscitus est quod plebs plebeio magistratu interrogante veluti tribuno constituebat." - Plebiscito é aquilo que a plebe deliverava por proposta de um magistrado plebeu, ou seja, um tribuno. (Cf. GAIUS, Instituta, 1, 2, 4)

> e fossem observados como a própria lei: e assim se fez, de modo que entre plebiscitos e lei há diferença apenas no modo de serem constituídos, pois ambos contém o mesmo poder. (*Tradução livre do autor*)

O romanista Milton Duarte Segurado (2002, p. 147) descreve de um modo bem original esse processo evolutivo da participação do povo na política romana desdobrando-o em quatro "revoluções" sociais. A primeira revolução, diz ele, deu-se quando o poder foi tirado dos reis e foi criada a república (510 a.C.). A segunda revolução está representada no surgimento do "*jus honorarium*" em confronto com o "*jus civile*", resultado das ações dos Tribunos da Plebe, na esteira do que lhes favorecia a Lei das Doze Tábuas (451 a.C.). A terceira revolução veio a lume com a aprovação da *Lex Licinia-Sextia* (367 a.C.), proposta pelos Tribunos Licínio e Sextio, pela qual ficou estabelecido que um dos dois Cônsules romanos seria escolhido entre os plebeus.[7] A quarta revolução se estampa na formação das Assembleias dos Plebeus (*Concilia Plebis*), configurando a mais ampla participação popular nos interesses dos romanos. Segundo o referido autor (2002, p. 195), o voto na época romana tinha um poder muito mais amplo do que nas democracias modernas:

> O direito de sufrágio (*jus sufragii*) tinha então um valor incomparavelmente maior do que aquele que pode ter nos estados modernos. Por ele, o último dos cidadãos punha a mão em todos os negócios, nomeava magistrados, fazia leis, administrava a justiça, decidia a guerra ou a paz e redigia tratados de aliança.

7 Lex Licinia-Sextia – trata do Consulado plebeu e da criação do Pretorado. Garantiu aos plebeus um dos dois Consulados e estabeleceu o ofício de Pretor acessível apenas aos patrícios. Foram 3 leis Licinias-Sextias: as outras, uma tratava sobre empréstimos e a outra sobre distribuição de terras. (Cf. BERGER, Adolf, Encyclopedic Dicionary of Roman Law, verbete correspondente)

Importa destacar que os Tribunos Licinio e Sextio não conseguiram seu intento na primeira tentativa, ao contrário, a conquista foi resultado de muitos embates, e finalmente possível somente porque os dois foram sucessivamente reeleitos como Tribunos da Plebe durante nove anos consecutivos, o que lhes permitiu reunir condições de negociação e de convencimento perante a população romana, de modo a conseguir aprovação. A tenacidade e a esperteza de Licínio foram fundamentais para essa vitória[8].

A importância da *Lex Licínia-Sextia*, portanto, se deu por ter introduzido mudanças estruturais na magistratura romana, como, por exemplo, introduziu o Consulado com dois Cônsules (um togado, com competência para a administração civil, e outro armado, comandante supremo do exército). Criou também a figura do Pretor Urbano, responsável pelo julgamento das causas no Fórum, e do Edil Curul, coordenador da equipe de Edis, que eram responsáveis pelos mercados e praças públicas e pelos jogos públicos.

Importa esclarecer que o termo 'magistratura' indicava governo, administração pública em geral. Todos os titulares de cargos públicos eram magistrados. A tabela seguinte apresenta uma amostra resumida das principais magistraturas romanas, após as diversas reorganizações das funções:

8 Cf. SEGURADO, 2002, p. 169

CARGO	QUANTIDADE	DURAÇÃO DO MANDATO	ESPECIFICAÇÃO DAS FUNÇÕES
Cônsul	02	1 ano	Magistrado Superior, com poderes na política, na administração e no comando militar.
Censor	02	5 anos	Magistrado encarregado do recenseamento dos cidadãos, da elaboração das listas de futuros senadores, do exame dos costumes e da aplicação de sanções, além da gestão do patrimônio estatal.
Pretor	No início, 02; depois 04, 06 e 08	1 ano	Magistrado encarregado da atividade judiciária, atuando também na política, como governador de províncias. Ao deixar a pretura, tornava-se propretor.
Questor	10	1 ano	Auxiliares dos Magistrados Superiores; encarregados da administração financeira e da gestão do tesouro
Edil	04	1 ano	Magistrado encarregado da administração dos mercados e dos espaços públicos; administravam a organização dos jogos.
Tribuno da Plebe	02	1 ano	Representante geral dos plebeus no Senado, tinha status de magistratura. Podia vetar atos dos magistrados e do próprio Senado. Responsável pela convocação dos plebiscitos.
Ditador	01	06 meses	Magistratura extraordinária por indicação do Senado, em caso de guerra ou revolução. Durante o mandato, detinha o poder total e absoluto.

(Tabela organizada pelo próprio autor.)

4. O "*JUS SUFRAGII*" E OS MECANISMOS DE CONTROLE DO PROCESSO ELEITORAL ROMANO

Em todos os tempos, os pleitos eletivos foram sempre momentos de tensão e de acendrada disputa, havendo constante necessidade de mecanismos de controle, de vez que os pretendentes aos cargos às vezes buscavam conseguir seus objetivos com o uso de meios impróprios. A legislação romana é pródiga em determinações que visavam a garantir a lisura e a transparência no processo eleitoral.

Na fase inicial da República, a competência para a eleição dos magistrados era dos Comícios das Cúrias, sendo obrigatório o voto oral e proferido em público. Obviamente, ocorriam frequentes tentativas de convencimento dos eleitores em favor deste ou daquele pretendente, o que causava constrangimentos aos membros do colegiado, bem como eventuais retaliações pessoais. Apesar disso, essa sistemática do voto aberto manteve-se por longos anos como preferida dos patrícios e só a muito custo foi introduzido o voto escrito secreto, através das denominadas *leges tabellariae* (leis tabelárias), em 139 a.C.

São quatro as leis tabelárias:

1. *Lex Gabinia Tabellaria* – regula eleições dos magistrados;
2. *Lex Cassia Tabellaria* – regula as matérias submetidas à assembleia popular (exceto casos de traição à pátria);
3. *Lex Papiria Tabellaria* – garante a votação secreta de matérias legislativas nas assembleias populares;
4. *Lex Caelia Tabellaria* – altera a lei anterior (*Lex Cassia Tabellaria*), incluindo os casos de traição à pátria.

Tabelária vem de "tabellae", nome dado a pequeninas tábuas de madeira recobertas com cera de abelha, nas quais os votantes gravavam, com estilete, as suas opções de sufrágio. O seu uso não era exclusivo, mantendo-se simultaneamente a prática do voto oral,

mesmo na sua vigência. Assim é que a *Lex Gabinia Tabellaria* foi sutilmente ironizada pelo jurista romano Marco Túlio Cícero (*De lege agraria, II, 4*), quando este foi eleito Cônsul, em 63 a.C., ao dizer:

> Isto é muito mais amplo do que pouco antes eu havia mencionado, ó Quirites, porque, passados muitos anos, vós me tornastes o primeiro dentre os novos homens a ser distinguido com este cargo honroso, assim farei consignar na minha primeira manifestação durante o meu mandato; porém, todavia, nada pode ser mais magnífico e mais honrado para mim do que o fato de que vós me escolhestes em assembleia votando não pelo instrumento da tabela, que oculta a liberdade de expressão, mas por viva voz de vocês, uma demonstração de preferência e de reconhecimento para comigo. Desse modo, não foi uma última contagem de votos ou a voz de um singelo pregoeiro que me declarou cônsul, mas pelo primeiro escrutínio de vocês, pela voz unânime de todo o povo romano é que fui eleito. *(Tradução livre do autor)*

Certamente, as leis tabelárias, como conquistas das camadas populares, desagradaram à aristocracia romana. Autêntico porta-voz das elites romanas, Cícero não economiza palavras para menosprezar essas leis. Na sua clássica obra *De legibus*, ele é mais do que sarcástico. Diz que a *Lex Gabinia* foi introduzida por um homem desconhecido e sórdido; a *Lex Cassia* foi proposta por um homem nobre, porém, afastada dos bons costumes e do interesse da família, alvo de muitos boatos na opinião pública; a *Lex Carbonis (Papiria Tabellaria)*, veio de um cidadão agitador e ímprobo, à qual, na verdade, nenhum bom resultado se pode colher para as pessoas e os bens; a *Lex Caelia* introduziu um tema que Cassius havia excepcionado (casos de traição à pátria) e tinha como objetivo pressionar C. Pompilius (então Tribuno da Plebe) para que prejudicasse a República.[9] Com grande margem de certeza, esses reproches de Cícero representavam a opinião dos demais membros da aristocracia romana.

9 cf. CICERO, De Legibus, 16, 35.

Ao longo dos anos, foram votadas outras leis tendentes a obter um melhor controle do processo eleitoral. Veja-se, a seguir, uma breve listagem das principais leis romanas de cunho eleitoral, conforme referidas na ilustrativa obra de Adolf Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law[10]:

1. **Lex Cornelia Baebia de ambitu** (181 a.C.) – um dos mais antigos estatutos acerca de fraudes nas eleições. "*Ambitus*" eram manobras eleitorais ilegais. Uma série de normas (*Lex Aurelia, Calpurnia, Cornelia, Cornelia Baebia, Cornelia Fulvia, Julia, Poetelia, Pompeia*) dispunham sobre práticas eleitorais desonestas e corruptas por candidatos para as magistraturas (tais como suborno, homenagens, publicidade, manifestações de apoio por meios impróprios). A legislação contra o "*ambitus*", contudo, pode não ter sido muito efetiva, visto que as várias proibições tiveram de ser repetidas no período da República e cada vez as penalidades eram mais e mais severas (multa pecuniária, perda do '*jus honorum*', exclusão do Senado [Lex Calpurnia de 67 a.C.], infâmia, exílio), até que a Lex Julia ambitus, do imperador Augusto, no século 18 a.C., trouxe algumas moderações.

2. **Lex Calpurnia repetundarum ou de pecunis repetundis** (149 a.C.) – Cria uma lista especial de juízes para julgar concussão de magistrados. O termo '*repetundae*' significa, literalmente, coisa ou pecúnia que poderia ser exigida de volta (*repetere*) pela pessoa que as deu para um agente público (magistrado, governador de província) sob extorsão ou suborno. Desse modo, o '*crimen repetundorum*' era o crime de extorsão. Uma série de normas da República, desde a *Lex Calpurnia* (149 a.C.) até a *Lex Julia* (de Julio César, 59 a.C.) dispunham sobre as '*repetundae*'. A última norma deu-se na legislação de Justiniano (Digesto, 48, 11) com a criação da repressão penal da extorsão. Conforme essa mais nova legislação, qualquer pessoa que "exercendo a magistratura, o poder público, uma curadoria, uma

10 BERGER, A., 2004, verbetes respectivos.

embaixada ou qualquer ofício público, encargo ou ministério aceitasse dinheiro"[11] estava submetido a essa norma. A *Lex Julia* declarou culpado de '*repetundae*' um juiz que recebesse suborno para fazer julgamento favorável (ou desfavorável), ou uma testemunha que se abstivesse de testemunhar e ainda um Senador que recebesse dinheiro para apresentar uma certa proposta no Senado.

3. **Lex Sevilia reputandarum** (111 a.C.) – Concede cidadania a quem denunciasse e, em consequência, fizesse condenar um magistrado concussionário.

4. **Lex Livia judiciária** (91 a.C.) - estabelece um Tribunal especial para julgamento de magistrados corruptos acusados de suborno.

5. O FIM DA REPÚBLICA ROMANA E O RETORNO AO REGIME IMPERIAL

A rede de intrigas e a disputa de interesses cresceu na mesma proporção em que o Estado Romano se expandiu, através das sucessivas guerras de conquistas territoriais, alcançando quase a totalidade do mundo conhecido de então. Com tamanha envergadura, tornou-se cada vez mais difícil para os magistrados romanos manter a paz dentro e fora dos limites de Roma. A consequência disso foi a inevitável derrocada dessa gigantesca estrutura política. A sepultura definitiva do projeto republicano romano foi um trágico epílogo das guerras internas entre os Cônsules César e Pompeu.

11 Digesto, 48, 11, 1 - Lex iulia repetundarum pertinet ad eas pecunias, quas quis in magistratu potestate curatione legatione vel quo alio officio munere ministeriove publico cepit, vel cum ex cohorte cuius eorum est. (A Lex Julia repetundarum se aplica ao dinheiro que for recebido por quem exerce um poder, uma curadoria, uma embaixada ou qualquer outro múnus público ou ministério, por si ou por um seu subalterno. (Tradução livre do autor)

No século I a.C., o conflituoso jogo de interesses e as tensões internas e externas em Roma findaram por colocar em linha de choque os dois Cônsules em exercício, Júlio César (armado) e Gneus Pompeus (togado), instalando-se a guerra civil romana. A República ficou em estado de choque quando as legiões comandadas por César atravessaram o riacho Rubicão, em direção a Roma. Ao entrar na cidade, César a encontrou esvaziada. Pompeus havia fugido para o Egito, onde terminou sendo assassinado a mandado de Ptolomeu. César foi também assassinado na escadaria de acesso ao Senado, como resultado de um complô contra ele tramado pelos que ele considerava amigos. O Estado Romano estremeceu a ponto de ver-se ameaçado de total ruína, nesse processo autofágico incontrolável de suas próprias elites.

Foi quando o Senado concluiu que a continuidade da República tornara-se inviável e decidiu convidar César Otaviano, um descendente de Júlio Cesar, para ser coroado como Príncipe de Roma, dividindo o poder político com o próprio Senado: o Príncipe nada decidiria sem o aval do Senado e o Senado nada decidiria sem o aval do Príncipe. Criou-se assim a figura política do Principado, uma tentativa de mesclagem do regime republicano com o regime monárquico, que ainda funcionou por algumas décadas, transformando-se depois em monarquia absoluta.

Porém, desde o início do Principado, as instituições democráticas se foram esvaindo. Já no tempo da guerra civil estavam inoperantes. As tradicionais assembleias, seja dos patrícios ou dos plebeus, viram-se então sem qualquer finalidade, pois todo o poder político estava concentrado no Senado e no Príncipe, cabendo a estes o estabelecimento da nova legislação. A participação popular na escolha dos dirigentes estatais, o grande distintivo da era republicana, restara inexistente. Os assuntos do Estado Romano nunca mais passariam pelo crivo dos seus cidadãos. O "*jus sufragii*" converteu-se em mera recordação de um passado vibrante e glorioso.

6. CONCLUSÃO

Após essas abreviadas considerações históricas e teóricas, pode ter-se em mente um breve panorama da democracia, vivenciada no período da República romana, e, em traços gerais, a moldura do sistema eleitoral romano, dinamizada e matizada ao longo do tempo com a evolução das suas instituições sociais e políticas.

Procurou-se mostrar a participação popular na coisa pública romana como uma crescente conquista dos plebeus, não possuidores da cidadania romana, ganhando espaço no ambiente dos patrícios, inicialmente os únicos reconhecidos como cidadãos pelos "*jus civile*". Num decurso temporal de aproximadamente três séculos, os plebeus conseguiram sucessivos avanços em suas reivindicações, até alcançaram a cidadania plena, abrindo a qualquer habitante do território romano a possibilidade de participar nas decisões mais importantes do Estado.

É bem verdade que a situação alcançada pelos plebeus não possui termo de comparação com o conceito de soberania popular, do período pós-revolução francesa, nem pelo menos de democracia plena, aberta à participação de todos, por isso que deve ser entendida em sua especificidade restrita. Afirmar que, após o edito do imperador Caracala a cidadania romana foi estendida a todos os habitantes do território romano é matéria controvertida entre os romanistas.[12] Há que considerar também que o direito de participação das mulheres no exercício da cidadania só ocorreu após o séc. IV d.C., pois até então eram consideradas só relativamente capazes.[13] Merece ainda ser referida a situação dos escravos, que embora tenham auferido condições mais favoráveis no direito romano pós-clássico, contudo não chegou a modificar-se a sua condição jurídica, de modo que

12 Cf. MOREIRA ALVES, J.C., 2004, vol. I, pág. 105.

13 idem, p. 126

continuaram a ser qualificados como "coisa" (*res*) durante todo o período romano.[14] Com efeito, a cidadania romana foi sempre predominantemente masculina e marcadamente elitizada.

Percebe-se, desse modo, por qual motivo esse modelo institucional romano não foi transferido para os Estados modernos, pois ele se revelava incompatível com a nova configuração do Estado, a partir da Revolução Francesa, com a adoção da separação dos poderes estatais e a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Não obstante a experiência histórica da República Romana, bem como também da República Ateniense, surgida na mesma quadra temporal, oferecem às sociedades modernas temas de reflexão que merecem ser conhecidos e aprofundados por todos os interessados nas teorias sociológicas, políticas e jurídicas, mercê da variedade e da profusão de relações humanas que romanos e gregos foram capazes de engendrar, dosando-as com sabedoria e arte.

14 Idem, p. 101

REFERÊNCIAS

BERGER, Adolf, **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**, The Law Book Exchange Ltd, New Jersey, 2004, disponível em Google Books: <https://books.google.com.br/books/about/Encyclopedic_Dictionary_of_Roman_Law.html?id=iklePELtR6QC&redir_esc=y> Acesso em 17.01.2020.

CICERO, M. Tulius, **De legibus** e **De Lege agraria contra Rullum**, disponíveis em <https://www.thelatinlibrary.com/cic.html> Acesso em 17.01.2020.

CRETELLA Jr, José, **Curso de Direito Romano**, Ed. Forense, 29ª Edição, Rio de Janeiro, 2004

DIGESTO, INSTITUTA, **Corpus Juris Civilis**, Imperatoris Justiniani Opera, disponível em <https://www.thelatinlibrary.com/justinian.html> Acesso em 17.01.2020.

MOREIRA ALVES, José Carlos, **Direito Romano**, 2 vol., Ed. Forense, 13ª. Edição, Rio de Janeiro, 2004

RICCOBONO, Salvatore, **Roma, Madre de las Leyes**, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1954.

ROLIM, Luiz Antonio, **Instituições de Direito Romano**, 2ª Edição, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.

SEGURADO, Milton Duarte, **Introdução do Direito Romano**, Ed. Jurídica Mizuno, Campinas, 2002.

TABOSA, Agerson, **Direito Romano**, Ed. Faculdade 7 de Setembro, Fortaleza, 2003.

RESPONSABILIDADE ELEITORAL

José Jairo Gomes[1]

1. INTRODUÇÃO

Em sua dimensão legitimadora do poder político, o Direito estabelece as formas jurídicas necessárias não só para a fundamentação consensual do exercício do poder, como também para a sua legítima aquisição e transmissão.

---

1 José Jairo Gomes doutorou-se em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, onde foi Professor Adjunto. É Professor em cursos de pós-graduação, especialização e aperfeiçoamento. É Procurador Regional Eleitoral, atuando perante o TRE/DF, e também Procurador Regional da República, atuando perante o TRF da 1ª Região (Brasília/DF). Foi: Coordenador do Grupo Nacional da Função Eleitoral (GENAFE), Procurador Adjunto na Procuradoria-Geral Eleitoral (PGE), atuando perante o TSE, e Procurador Regional Eleitoral em Minas Gerais. Foi também Promotor de Justiça e Promotor Eleitoral de 1993 a 1997. Após aprovação em concursos de provas e títulos, foi nomeado: no ano de 1996 – Juiz Federal Substituto no Tribunal Regional Federal da 3ª Região (SP); e, no ano de 1997 – Juiz Federal Substituto no Tribunal Regional Federal da 1ª Região (DF). A convite do Ministério das Relações Exteriores do Brasil, foi Observador das eleições presidenciais do Congo Belga (África), no ano de 2006.

Livros publicados:

- *Direito Eleitoral*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- *Recursos eleitorais*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- *Crimes eleitorais e processo penal eleitoral*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB*. São Paulo: Atlas, 2012.
- *Teoria Geral do Direito Civil*. Belo Horizonte. Del Rey, 2009.
- *Propaganda político-eleitoral*. Belo Horizonte. Del Rey, 2006. (esgotado)
- *Curso de Direito Civil*: introdução e parte geral. Belo Horizonte. Del Rey, 2006. (esgotado)
- *Responsabilidade Civil e Eticidade*. Belo Horizonte. Del Rey, 2005. (esgotado)
- *Lei de Introdução ao Código Civil em Perspectiva. Belo Horizonte*. Del Rey, 2007. (esgotado)
- Apontamentos sobre a improbidade administrativa. *In* LEITE SAMPAIO, José Adércio *et alii* (organizadores). Improbidade administrativa: 10 anos da Lei n. 8.429/92. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 239-294. (esgotado).

No Estado Democrático de Direito, tanto a aquisição, quanto a transmissão do poder político são condicionadas pelo complexo normativo do processo eleitoral. Esse, portanto, constitui o método pelo qual é regulada a investidura e transmissão do poder político aos ungidos pela soberania popular. Consoante salienta Soriano (1997, p. 387), tal forma de controle caracteriza-se pela especial "vinculación que sus normas provocan en el común de sus destinatários, vínculo derivado de la coactividad institucionalizada".

O Direito se afirma como ciência. E toda ciência se assenta no método científico, o qual, por sua vez, é impensável fora dos marcos da razão e do sistema lógico. Tomando de empréstimo a expressão de Thomas Kuhn, a ciência pressupõe a formação de *paradigmas*, compreendidos como modelos de representações e interpretações de mundo – cosmovisões. Existe um paradigma quando uma comunidade compartilha determinados sentidos linguísticos, conceitos, técnicas, procedimentos e métodos.

Daí que – nos domínios do Direito – o sentido de uma norma jurídica concreta, resultante do processo interpretativo, não pertence (ou, pelo menos, não deve pertencer) à subjetividade e idiossincrasias do intérprete-juiz, pois é, na verdade, haurido no sistema jurídico a partir dos paradigmas existentes, passando pela filtragem de todos os fatores condicionantes que aí se apresentam. De sorte que a norma concreta deve estar integrada no conjunto conceitual do sistema jurídico e ser coerente com ele, notadamente deve harmonizar-se com a Constituição política.

Tem-se, portanto, que ainda que uma determinada interpretação ou decisão judicial possa ser impregnada de subjetivismo, sentimentos e fundamentos ético-morais, o método jurídico é sempre racional.

Pode-se, então, afirmar que o Direito contemporâneo não abdicou de certas categorias caras ao modernismo e ao iluminismo, destacando-se entre elas a razão, liberdade e responsabilidade.

Patente é a essencialidade do Direito como racionalização da legítima conquista do poder e investidura na dominação política, garante da liberdade, da igualdade e da formalização de consensos não só para a transmissão, como ainda para o exercício do poder político-estatal.

Nesse ponto, aliás, o Direito se afasta da política, porquanto, conforme lembram Durán Barba e Nieto (2017, p.71, 189), "en la lucha política más que razonar se predica y se pretende imponer creencias". Aqui, "la esfera afectiva es más importante que la lógico-verbal. Las palavras y los razonamientos tienen mucha menos fuerza que las imágenes."

Sem abandonar de todo o projeto modernista, assevera o eminente constitucionalista luso J. J. Gomes Canotilho (2008, p. 157):

> "[...] continuamos a reivindicar a nossa formação moderna. Expliquemos melhor este ponto. Creio no optimismo dos modernos quanto ao projecto de fazer do homem o dono do seu destino e, desde logo, dos seus actos. Se a antropologia optimista ainda hoje está subjacente à ideia de Constituição, então, continua irredutível a modernidade como filosofia do constitucionalismo. [...]."

Com efeito, liberdade pressupõe sempre responsabilidade. Ser artífice do próprio destino e senhor de sua vida implica igualmente racionalidade e responsabilidade – isso sobretudo nas complexas sociedades contemporâneas. A responsabilidade deve se manifestar assim no plano individual como no coletivo, pois é absolutamente inviável qualquer esquema jurídico-social de controle baseado na irresponsabilidade, em que a ruptura dos padrões e princípios basilares do sistema seja sempre desculpada e justificada.

Responsabilidade é termo polissêmico. Vários são os significados que lhe podem ser atribuídos. Em sentido moral, qualifica a pessoa confiável, séria, cumpridora de seus deveres. Em sentido social, qualifica a instituição ou organização comprometida com ações

éticas, que contribui para a comunidade, que respeita as leis, o meio ambiente etc.

Para o Direito, a ideia de responsabilidade é e sempre foi central. Trata-se do instituto cuja atuação dá origem a uma relação jurídica com vistas a veicular uma sanção. Em sua base, encontra-se a prática de atos ilícitos ou a realização de resultados desconformes com o Direito.

Por configurar-se como microssistema jurídico, no Eleitoral a responsabilidade é multifacetária, abrangendo as esferas penal, administrativa e eleitoral propriamente dita. A *penal* decorre da prática de crime eleitoral. A *administrativa* se dá em virtude do descumprimento de regras administrativas, tais como as atinentes à organização de eleições (ex.: atuação de mesários) e comparecimento de eleitores às urnas. Por fim, a *responsabilidade eleitoral propriamente dita* decorre da prática de ilícitos consubstanciados em infrações a normas ensejadoras de sanções como multa, cassação de registro de candidatura e diploma.

Convém, então, proceder-se a breve incursão pelos ilícitos eleitorais.

2. ILÍCITO ELEITORAL

2.1 Noção de ilícito

O conceito de ilícito compreende a ação humana caracterizada por não se harmonizar com o Direito, ferindo-o. Os efeitos jurídicos dele resultantes não são queridos nem intencionalmente buscados pelo seu autor, que sofre, consequentemente, a repulsa legal veiculada na sanção. À guisa de exemplo, tome-se a lesão corporal; embora queira o agente praticar a ação lesiva, seu comportamento é ilícito,

antijurídico, porquanto existem no sistema jurídico normas que o proíbem em prol da tutela do bem jurídico atinente à integridade corporal das pessoas. Estabelece-se, então, um conflito imediato entre o evento concretizado na realidade e o Direito. Em virtude disso, os efeitos queridos pelo agente – consistentes na produção da lesão física – não são salvaguardados pelo ordenamento jurídico, que, ao contrário, impõe-lhe sanções de diversas ordens.

Note-se que uma ação não é considerada ilícita simplesmente por transgredir o Direito, em sua dimensão lógico-formal, mas essencialmente por ferir um bem ou interesse juridicamente reconhecidos e protegidos. De modo que o ilícito não atenta somente contra o Direito, como sistema formal de normas de conduta, mas, sobretudo, contra os valores e princípios em que ele se assenta.

A ideia de ilícito consubstancia-se em categoria geral do Direito. Trata-se de estrutura ou modelo abstrato cuja racionalidade pode ser levada a qualquer disciplina jurídica. Por isso pode-se falar em ilícito civil, penal, tributário, eleitoral etc.

Adaptando-se os elementos dessa categoria para o Direito Eleitoral, tem-se que o "ilícito eleitoral" apresenta os seguintes elementos gerais: *a)* ação/evento/conduta; *b)* resultado; *c)* relação causal ou imputacional; *d)* ilicitude ou antijuridicidade.

A ação ou conduta não expressa necessariamente um comportamento único e individualizado, podendo enfeixar um complexo de atos, os quais podem expressar diversas ações ou omissões.

O resultado pode ser meramente normativo, traduzindo ferimento ao bem jurídico protegido pela norma constitucional-eleitoral. Ressalte-se que, no Direito Eleitoral, o resultado malfere bens e interesses político-coletivos, difusos (no sentido de que diz respeito a todos indistintamente), preciosos ao adequado funcionamento das instituições e do regime democrático, e importantes para regularidade da vida política, tais como a normalidade das eleições, a higidez e

honestidade do pleito, a legitimidade do exercício do poder político, a veraz representatividade, a liberdade e sinceridade do voto, a confiança no sistema de votação e apuração de votos etc. Desnecessário dizer que esses bens não são apreciáveis economicamente.

A ilicitude ou antijuridicidade da conduta ou do evento considerado diz respeito à sua não conformação ao sistema jurídico, que as repudia.

Tem-se, por fim, o nexo causal. Em geral, este é compreendido como o liame que se estabelece entre a conduta do agente e o resultado, o qual é expresso pela lesão ao bem juridicamente tutelado. Tal relação pode ser traduzida por esta fórmula lógica: "*x* existe, logo *y* existe" ou "se *x*, então *y*". Pretende-se que esse juízo seja científico e neutro, com ele justificando-se a imputação do resultado ao agente e, consequentemente, sua responsabilização jurídica.

No entanto, a "relação causal" constitui vínculo lógico-jurídico, não material ou físico. A diferença está em que nem tudo que se apresenta como causa de um evento sob o aspecto material ou físico, é assim considerado juridicamente para fins de responsabilização. Portanto, a relação de causalidade é, antes, uma relação imputacional, isto é, de imputação. A questão relevante não é saber quem "materialmente" (= no mundo físico) realizou o evento, mas sim quem foi escolhido juridicamente (= no mundo jurídico, pelo Legislador) para ser responsabilizado por ele ou pelas consequências que dele decorreram. Note-se que essa escolha não é aleatória, sendo guiada pela posição ou situação do escolhido no contexto do evento considerado. De maneira que a responsabilidade só é imputada a quem tem alguma relação ou vínculo com o evento, e não a qualquer pessoa de forma aleatória.

A propósito, importa consignar que contemporaneamente os conceitos físicos de causa encontram-se superados, o que se deve sobretudo às decisivas contribuições das teorias que se encontram na base da Física, nomeadamente a teoria da relatividade, a teoria

quântica, a física atômica, o princípio da incerteza ou da indeterminação. O conceito de causalidade material já era contestado no século XVIII pelo filósofo britânico David Hume (2004, p. 73 ss.), para quem a causalidade não é uma relação que se estabelece entre fatos. O que ocorre, segundo Hume, é o hábito intelectual de se ver a sucessão de fenômenos, um deles sempre ocorrendo após o outro; as repetições habituais dos fenômenos faz com que a mente humana os capte de maneira singular, ou seja, com a impressão de que existe entre eles um elo essencial, uma energia ou especial vivacidade. De sorte que a repetição habitual e sucessiva de dois eventos induz a mente humana a crer que eles estejam associados, fundamentando a certeza de que entre eles há uma relação necessária.

Como categoria superior, o ilícito eleitoral possui diversas espécies, as quais são expressamente previstas no sistema jurídico. Dentre elas, merecem destaque as seguintes: Na sequência, serão expostas algumas espécies de ilícitos eleitorais, a saber: *i)* abuso de poder; *ii)* captação ou gasto ilícito de recursos em campanha eleitoral; *iii)* captação ilícita de sufrágio; *iv)* condutas vedadas a agentes públicos.

2.2 Abuso de poder

No Direito Eleitoral, o abuso de poder é expressamente referido no art. 14, §§ 9º e 10 da Constituição Federal, sendo esse, portanto, o seu fundamento constitucional. Na legislação infraconstitucional, é ele expresso nos arts. 1º, I, *d* e *h*, 19, e 22, *caput*, XIV, ambos da LC nº 64/1990; o Código Eleitoral também o refere no art. 237.

Na Constituição Federal: *i)* o art. 14, § 9º, determina que Lei complementar estabeleça casos de inelegibilidade, entre outros fun-

damentos, "contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta"; *ii)* o art. 14, § 10, estabelece que o mandato eletivo poderá ser impugnado com fundamento em "abuso do poder econômico, corrupção ou fraude". Na LC nº 64/1990: *iii)* os incisos *d* e *h*, I, do art. 1º, dispõem ser inelegível quem tiver contra si "representação julgada procedente [...] em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político"; *iv)* o art. 19 determina a apuração das "transgressões pertinentes à [...] abuso do poder econômico ou político"; *v)* o art. 22, *caput*, estabelece o rito processual "para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade"; *vi)* o art. 22, XIV, estabelece a sanção a ser aplicada no caso de se comprovar a "interferência do poder econômico" ou "desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação". Por sua vez, o art. 237 do Código Eleitoral proclama que "A interferência do poder econômico e o desvio ou abuso do poder de autoridade, em desfavor da liberdade do voto, serão coibidos e punidos".

Conquanto desse conjunto normativo ressaia claramente o repúdio ao abuso de poder, nota-se não haver a prescrição rigorosa de uma conduta ilícita. Deveras, inexiste a previsão de um *tipo legal* de abuso de poder. Mas além de não se definir o que se deve compreender por esse fenômeno, também não são apresentados parâmetros legais exatos para se chegar a uma definição segura.

Tem-se, pois, que o conceito jurídico de abuso de poder é indeterminado, fluido e aberto; sua delimitação só pode ser feita na prática, diante das circunstâncias que o evento apresentar. Assim, somente as peculiaridades do caso concreto é que permitirão ao intérprete afirmar se esta ou aquela situação real configura ou não abuso de poder.

Na concretização do juízo de abuso de poder, torna-se imperioso que o intérprete realize uma conexão axiológica entre o referido conjunto normativo e a Constituição Federal, que é o *locus* onde se

encontram definidos os valores e princípios fundantes do sistema jurídico.

Nessa perspectiva, pode-se compreender por *abuso de poder* o mau uso de direito, situação ou posição jurídicas com vistas a se exercer indevida e ilegítima influência em uma eleição. Para caracterizá-lo, é fundamental a presença de conduta ou ocorrência de evento em desconformidade com o Direito (que, frise-se, não se limita à lei), podendo ou não haver desnaturamento dos institutos jurídicos envolvidos. No mais das vezes, há a realização de ações ou obtenção de resultados ilícitos ou anormais, denotando ter havido mau uso de situações ou posições jurídicas ou uso anômalo de bens e recursos detidos pelo agente ou beneficiário ou a eles disponibilizados, isso sempre com o objetivo de se influir indevidamente em determinado processo eleitoral.

Conquanto o conceito de abuso de poder seja uno, na prática esse fenômeno pode assumir diversas colorações, fato que decorre de sua indeterminação *a priori*. Ainda porque, diversas são as formas que o poder pode assumir em uma sociedade, destacando-se entre elas, além do de autoridade, o político, o econômico, o ideológico e o midiático.

O poder de autoridade tem fundamento na superioridade ou ascendência em virtude do qual uma pessoa ou ente se faz crer, respeitar, obedecer, enfim se impõe a outrem. Pode ter origem em normas técnicas ou legais (burocracia), em normas sociais (costumes, tradições), no carisma (líder).

O poder político é fundado no imperativo de se governar a sociedade, as instituições e organizações sociais; para tanto, nos regimes democráticos contemporâneos, é fundamental a construção de consensos com vistas à criação e execução das regras necessárias ao funcionamento da sociedade e realização de políticas públicas.

O poder econômico deita raízes na propriedade, posse ou controle de bens, produtos ou serviços economicamente apreciáveis, os

quais são empregados como meio de influir, influenciar ou determinar o comportamento de outras pessoas.

Já o poder ideológico se firma em conhecimentos, formulação de ideias, conceitos e doutrinas, que são usados para influenciar o pensamento e o comportamento alheio, de sorte a induzir ou determinar modos de pensar e de agir. Aqui se tem a construção de discursos e significados que determinam ou orientam pensamentos e ações dos atores sociais.

Por fim, o poder da mídia ou midiático tem natureza ideológica e se apresenta no contexto dos *mass media* ou meios de comunicação social, compreendidos como um conjunto de canais de comunicação. Esses instrumentos compõem o que se denomina indústria cultural, destacando-se entre eles a televisão, o rádio, o cinema, a imprensa (jornais e revistas).

A atuação dos *mass media* é muito ampla, e encontra-se na base da formação da opinião pública, da cosmovisão, juízos e atitudes das pessoas. Graças a eles – assevera Hobsbawm (2007, p. 108) – "a opinião pública é mais poderosa do que em qualquer período anterior". É que eles transmitem ao grande público significados, informações e conhecimentos. É por eles que a elite e o poder dominante impõem à coletividade seus valores e visões de mundo, estabelecem e atualizam linguagens, consolidam símbolos, papéis e modelos de comportamento, bem como criam necessidades (no mais das vezes artificiais), medos e angústias.

Daí a grande preocupação e desconfiança suscitadas pelo poder midiático, sobretudo no atual contexto de globalização e dominação das novas tecnologias, em que a sociedade passou a funcionar em rede – redes comunicacionais.

As novas tecnologias se apresentam na pós-modernidade, ambiente em que prevalecem os fenômenos da pós-verdade e do pós-fato. Aqui a ideia iluminista de verdade – eminentemente racional e

relacionada a fatos objetivos – perde importância, sendo substituída por meras impressões, crenças, interpretações e visões subjetivas do mundo (solipsismo).

Deveras, no mundo virtual, a veracidade ou legitimidade de um enunciado ou de uma comunicação advém da quantidade de visualizações, compartilhamentos, cliques, *likes* e comentários que gera, de modo que o *efeito de verdade* decorre de sua circulação massiva. Na *web* e redes sociais, merecem destaque a incontrolável proliferação de perfis falsos, a atuação de robôs e o grande volume de *fake News* em circulação, todos fortemente empenhados na manipulação da opinião pública.

Para se mensurar a relevância da relação estabelecida entre poder e mídia, não custa lembrar que o poder joga com a determinação de nossa cosmovisão, ou melhor, da forma como sentimos, pensamos e agimos. O indivíduo absorve passivamente ideias, valores e modelos que lhe são apresentados em atraentes e sedutoras embalagens, tendo limitada ou mesmo anulada sua liberdade, sua criatividade, seu poder de crítica – torna-se, portanto, um ser genérico e amorfo. Consoante a crítica realizada pela Escola de Frankfurt à indústria cultural, notadamente por Theodor Adorno e Max Horkheimer:

> "É com a mídia que o poder impõe valores e modelos de comportamento, cria necessidades e estabelece a linguagem. E esses valores, necessidades, comportamentos e linguagem são uniformes porque deve alcançar a todos; são amorfos, assépticos; não emancipam, nem estimulam a criatividade; pelo contrário, bloqueiam-na, porque acostumam a receber passivamente as mensagens. [...]. Desse modo, a indústria cultural não vincula propriamente uma ideologia: ela própria é a ideologia, a ideologia da aceitação dos fins estabelecidos por 'outros', isto é, pelo sistema. [...]." (*Apud* Reale e Antiseri, 1991, p. 845).

Vê-se, pois, que deter conhecimentos ou informações e controlar instrumentos ou meios de comunicação significa gozar de im-

portante influência no ambiente social, especialmente no processo político-decisório. É nesse sentido a constatação de Castells (2015, p. 21), para quem o poder "é baseado no controle da comunicação e da informação". E, como afirmou Hobsbawm (2007, p. 161), "em um mundo em que a opinião pública conta tanto, ela também sofre enormes manipulações".

Em tal cenário, não há dúvida de que inúmeras situações abusivas e ilícitas podem ocorrer (e de fato ocorrem). Isso se torna mais grave no processo eleitoral, pois pode haver prejuízo à livre formação da convicção política do cidadão, do direito fundamental de votar sincera e livremente, sem ser manipulado nem ludibriado em sua boa-fé e na confiança que deposita nas instituições democráticas e nos meios de comunicação.

Independentemente da forma que assuma, o abuso de poder no processo democrático eleitoral constitui ilícito que deve ser reprimido e severamente sancionados seus agentes e beneficiários. Com veemência, assinala Fávila Ribeiro (1993, p. 30) a necessidade de, nas eleições, se frenar "qualquer abuso de poder, seja proveniente de agentes públicos, seja cometido por instâncias privadas", pois, arremata o eminente jurista: "É propriamente o poder, no exercício expansivo de suas dominações corrosivas, que precisa ser flagrado e contido."

2.3 Captação ou gasto ilícito de recursos para fins eleitorais

A captação ou gasto ilícito de recursos para fins eleitorais é prevista no art. 30-A da Lei nº 9.504/97. Por esse dispositivo, são ilícitas as condutas que infringirem as normas "relativas à arrecadação e gastos de recursos".

Duas são as condutas ilícitas que se podem divisar no referido dispositivo. A primeira consiste em se captar ilicitamente recursos durante a campanha eleitoral. A *captação ilícita* remete tanto à fonte quanto à forma de obtenção de recursos. Assim, abrange não só o recebimento de recursos de fontes proibidas (ex.: entidade estrangeira – *vide* art. 24 da Lei nº 9.504/97), como também sua obtenção *de modo ilícito*, embora aqui a fonte seja legal. Exemplo desse último caso são os recursos lícitos na origem, porém obtidos à margem do sistema legal de controle, que compõem o que se tem denominado "caixa dois" de campanha.

Por sua vez, a segunda conduta refere-se ao gasto ilícito de recursos no transcorrer da campanha. Aqui, não importa se a fonte do recurso gasto é lícita ou ilícita, porque o relevante é que o gasto seja ilícito ou tenha sido realizado para suportar evento ilícito de campanha. Ex[1].: embora o recurso seja lícito, foi gasto com a realização de *showmício*, evento proibido pelo art. 39, § 7º, da Lei nº 9.504/97. Ex[2].: bandeiras e panfletos pagos com recursos emanados de fonte proibida (Lei nº 9.504/97, art. 24, doação de pessoa jurídica) ou que não poderia ser gasto na campanha (ex.: recurso de origem não identificada – Lei nº 9.504/97, art. 24, § 4º).

O bem jurídico protegido pela presente regra é a lisura da campanha eleitoral. *Arbor ex fructu cognoscitur*, pelo fruto se conhece a árvore. Se a campanha é alimentada com recursos de fontes proibidas ou obtidos de modo ilícito ou, ainda, realiza gastos não tolerados, ela mesma acaba por contaminar-se, tornando-se ilícita. De campanha ilícita jamais poderá nascer mandato legítimo, pois árvore malsã não produz senão frutos doentios.

Também é tutelada a igualdade que deve imperar no certame. A afronta a esse princípio fica evidente, por exemplo, quando se compara uma campanha em que houve emprego de dinheiro oriundo de "caixa dois" ou de fonte proibida e outra que se pautou pela observância da legislação. Em virtude do ilícito aporte pecuniário, a

primeira contou com mais recursos, oportunidades e instrumentos não cogitados na outra. Evidente, então, que os participantes não tiverem as mesmas chances de vitória.

2.4 Captação ilícita de sufrágio

A captação ilícita de sufrágio constitui ilícito eleitoral previsto no art. 41-A da Lei nº 9.504/97. Esse dispositivo proíbe o candidato de "doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição". Consoante o § 2º daquele artigo, também é proibida a prática de "atos de violência ou grave ameaça a pessoa, com o fim de obter-lhe o voto".

Constitui truísmo afirmar que os votos devem ser captados licitamente, dentro das regras do jogo democrático, ou seja, por meio de propaganda eleitoral, do teor e da seriedade dos projetos e das propostas apresentados, dos debates públicos, da história dos partidos e dos candidatos, bem como de suas realizações. Condenam-se, portanto, as práticas malsãs e fraudulentas, que afastam a lisura da disputa e viciam a vontade popular manifestada nas urnas.

Deveras, a captação ilícita de sufrágio denota a ocorrência de ilícito eleitoral ofensivo à livre vontade do eleitor. Eis o bem jurídico tutelado: a liberdade do eleitor de votar conforme os ditames de sua própria consciência. Mais que isso, tutela-se a liberdade de o eleitor formar sua *vontade de votar* livremente, escolhendo quem bem entender para o governo.

Por isso, estará configurado o ilícito sempre que a eleitor for oferecido, prometido ou entregue bem ou vantagem com o fim de obter-lhe o voto (art. 41-A, *caput*). Também ocorrerá na hipótese de coação, isto é, prática de "atos de violência ou grave ameaça a pessoa,

com o fim de obter-lhe o voto" (art. 41-A, § 2º). Assim, a causa da conduta inquinada deve estar diretamente relacionada ao voto.

Diante disso, pode-se apontar os seguintes requisitos para a configuração do ilícito em apreço: *i)* realização de uma das condutas típicas, a saber: doar, oferecer, prometer ou entregar bem ou vantagem pessoal a eleitor, ou contra ele praticar violência ou grave ameaça; *ii)* fim especial de agir, consistente na obtenção do voto do eleitor; *iii)* ocorrência do fato durante o período eleitoral.

2.5 Condutas vedadas a agentes públicos

As denominadas condutas vedadas são ilícitos eleitorais que também consubstanciam abuso de poder político, porque praticadas por agente público-estatal. Encontrando-se previstas nos arts. 73 a 78 da Lei nº 9.504/97. O rol legal é extenso, abarcando condutas como s seguintes: *i)* cessão ou o uso, em benefício de candidatura: *i.a)* de bens móveis ou imóveis pertencentes ao Poder Público; *i.b)* de servidor ou empregado público; *i.c)* de serviços por estes prestados; *ii)* uso promocional em favor de candidatura de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo Poder Público; *iii)* admissão, demissão, remoção ou transferência de servidor público nos três meses anteriores ao pleito; *iv)* transferência voluntária de recursos para outros entes federativos; *v)* autorização de publicidade institucional; *vi)* pronunciamento em cadeia de rádio e televisão, fora do horário eleitoral gratuito; *vii)* realização de despesas com publicidade; *viii)* revisão geral da remuneração dos servidores públicos.

Note-se que a relação constante dos referidos dispositivos constitui *numerus clausus*, não se admitindo acréscimo de novas hipóteses. Sobretudo em razão de seu caráter sancionatório, as regras proibitivas em apreço não podem ser interpretadas extensiva

ou ampliativamente, de modo a abarcar situações não normatizadas expressamente.

As condutas elencadas "são proibidas aos agentes públicos, servidores ou não" (LE, art. 73). Assim, sob o aspecto subjetivo, elas devem ser realizadas por *agente público*, que – na definição do § 1º daquele mesmo dispositivo – é "quem exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta, ou fundacional".

Sobre o bem jurídico protegido pelas regras proibitivas em exame, é "a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais" (LE, art. 73, *caput*). Trata-se, então, da tutelar a igualdade de chances entre candidatos e respectivos partidos políticos nas campanhas que desenvolvem. Haveria desigualdade se a Administração estatal fosse desviada de seu regime público e da realização de seus misteres para auxiliar a campanha de um dos concorrentes, em odiosa afronta aos princípios da moralidade e impessoalidade. Portanto, o que se combate é o desequilíbrio patrocinado com recursos do erário – de dinheiro público, oriundo da cobrança de pesados tributos. Daí a ilicitude da distorção provocada por essa situação, que a um só tempo agride os bens constitucionais atinentes à probidade administrativa, à moralidade pública e à igualdade no pleito.

Considerando que o bem jurídico protegido é a igualdade no certame, a isonomia nas disputas, não se exige que as condutas proibidas aos agentes públicos ostentem aptidão ou potencialidade para desequilibrar o pleito, feri-lo ou alterar seu resultado. Ademais, desnecessária é a demonstração do concreto comprometimento ou do dano efetivo às eleições, já que, como bem assentou a Corte Superior Eleitoral, a "só prática da conduta vedada estabelece presunção objetiva da desigualdade" (TSE – Ag. nº 4.246/MS – *DJ* 16-9-2005, p. 171). Basta, portanto, que se demonstre a mera realização do ato

ilícito (TSE – AgR-REspe nº 20871/RS – *DJe*, t. 149, 6-8-2015, p. 53-54; TSE – REspe nº 45060/MG – *DJe*, t. 203, 22-10-2013, p. 55-56).

O que se impõe para a perfeição da conduta vedada é que, além de ser típico e subsumir-se a seu respectivo conceito legal, o evento considerado tenha aptidão para lesionar o bem jurídico protegido, no caso, a *igualdade na disputa*, e não propriamente as eleições como um todo ou os seus resultados.

3. SANÇÕES POR ILÍCITO ELEITORAL

O Direito Eleitoral contém um sistema próprio de sanções aos ilícitos perpetrados contra os bens e valores por ele salvaguardados.

Todos os ilícitos acima indicados são punidos com a negação ou cassação do registro do candidato e de seu diploma ou mandato, caso seja eleito (*vide* arts. 30-A, § 2º, 41-A, *caput*, e 73, § 5º). Há também: *i)* a sanção de multa para captação ilícita de sufrágio (LE, art. 41-A, *caput*); *ii)* as sanções de multa, suspensão da conduta e "nulidade de pleno direito" para conduta vedada (LE, art. 73, V, VI, *a*, § 4º).

Além disso, existe ainda a sanção de inelegibilidade. Para o ilícito de abuso de poder, é ela prevista diretamente pelo art. 22, XIV, da LC nº 64/90, resultando, ademais, do art. 1º, I, *d*, dessa mesma norma complementar. Para os demais ilícitos, tal sanção constitui efeito secundário da decisão judicial que reconhece e declara o ilícito, por força do art. 1º, I, *j*, da LC nº 64/90.

Todavia, não é pacífico o entendimento quanto à natureza sancionatória da inelegibilidade, tampouco a assinalada dualidade de regimes. Nesse sentido, enfatiza o douto Carlos Eduardo Frazão (2016, p. 86):

> "Na realidade, o que tem passado despercebido pela doutrina e pela jurisprudência é que o art. 22, XIV, em nada se distancia do art. 1º, inciso I, alínea d', da LC n. 64/1990. O preceito legal reproduz no rito procedimental da AIJE a inelegibilidade da alínea 'd', especificamente indicando os comandos impostos ao juiz nas hipóteses de condenação por abuso de poder econômico, abuso de poder de autoridade e pelo uso indevido dos meios de comunicação (*i.e.*, cassação do diploma e declaração de inelegibilidade).
>
> Reitera-se: no art. 1º, inciso I, e suas alíneas, elencam-se as hipóteses restritivas aos *ius honorum*. No art. 22, que disciplina normativamente o rito da AIJE, tem-se a positivação, no inciso XIV, dos comandos impostos ao magistrado sempre que reconhecer a prática pelo abuso de poder econômico ou pelo desvio ou abuso de poder de autoridade ou pelo uso indevido dos meios de comunicação. Nada mais."

O entendimento que rejeita o caráter sancionatório das inelegibilidades foi impulsionado pelo julgamento conjunto das ADCs nº 29/DF e 30/DF, e da ADI nº 4.578/a.C, todas tendo por objeto a constitucionalidade da LC nº 135/2010. Nesse julgamento, o órgão pleno do Excelso Pretório assentou o entendimento de que "a elegibilidade é a adequação do indivíduo ao regime jurídico – constitucional e legal complementar – do processo eleitoral". Tal interpretação foi reiterada posteriormente no julgamento do RE nº 929670/DF, ocorrido em 4-10-2017. A qualidade de elegível é definida pelo regime jurídico eleitoral, somente a ostentando o cidadão que se conformar a esse regime. Assim, não se apresenta a ideia jurídica de sanção, mas de mera adequação ou conformação ao regime vigente quando do requerimento de registro de candidatura. Eis excerto da ementa do acórdão proferido nas aludidas ações:

> "1. A elegibilidade é a adequação do indivíduo ao regime jurídico – constitucional e legal complementar – do processo eleitoral, razão pela qual a aplicação da Lei Complementar no 135/10 com a consideração de fatos anteriores não pode ser capitulada na re-

> troatividade vedada pelo art. 5o, XXXVI, da Constituição, mercê de incabível a invocação de direito adquirido ou de autoridade da coisa julgada (que opera sob o pálio da cláusula rebus sic stantibus) anteriormente ao pleito em oposição ao diploma legal retromencionado; subjaz a mera adequação ao sistema normativo pretérito (expectativa de direito). [...]." (STF – ADC nº 29/DF – Pleno – Rel. Min. Luiz Fux – DJe 127, 29-6-2012).

No entanto, não parece haver real incompatibilidade dessa abordagem com a afirmação da natureza sancionatória de algumas hipóteses de inelegibilidades. Se toda inelegibilidade liga-se à adequação da pessoa ao regime jurídico-eleitoral, ao se perquirir seu fundamento ou causa percebe-se que algumas têm origem na prática de ilícito, situando-se, pois, no âmbito eficacial da respectiva decisão sancionatória. Outras, diferentemente, se fundam na mera situação jurídica em que o cidadão se encontra no momento de formalização do pedido de registro de candidatura, situação essa que pode decorrer de seu *status* profissional ou familiar, bem como de outras ocorrências consideradas relevantes pelo Estado-legislador.

No primeiro caso, tem-se a denominada inelegibilidade-sanção. Ela tem origem na prática de ilícito, situando-se na linha de eficácia da decisão que o declara e sanciona. Duas situações podem ocorrer. *Primeira*: a inelegibilidade constitui efeito direto e imediato da decisão, sendo por ela constituída. É isso o que ocorre, *e.g.*, na hipótese prevista nos arts. 19 e 22, XIV, ambos da LC nº 64/90. Aqui, é imposta a sanção de inelegibilidade (entre outras) como consequência do ilícito eleitoral consubstanciado em abuso de poder. Está-se no campo da responsabilidade eleitoral, havendo responsabilização pela prática de atos ilícitos ou auferimento de benefícios destes decorrentes. A inelegibilidade é *constituída* pela decisão judicial que julga procedente a causa eleitoral – o *decisum* tem matiz constitutivo-positivo. *Segunda* situação: a inelegibilidade é efeito secundário ou indireto de uma decisão sancionatória da prática de ilícito (que

pode ser penal, administrativo etc.). Como exemplo dessa segunda situação, cite-se a inelegibilidade prevista na alínea "e" do inciso I, art. 1º, da LC nº 64/90. Um dos efeitos secundários da decisão penal condenatória por "tráfico de entorpecentes" é a inelegibilidade do agente. Mas esse efeito só surge por força da alínea *e,* I, art. 1º da LC nº 64/90, porque pela Constituição Federal as hipóteses de inelegibilidade devem ser estabelecidas por lei complementar (CF, art. 14, § 9º) – é necessária, então, a conjugação da decisão judicial condenatória com a previsão em lei complementar.

No segundo caso, tem-se a chamada inelegibilidade originária ou inata. Essa, na verdade, não é propriamente sanção jurídica, mas decorre da exigência de conformação do cidadão ao regime jurídico-eleitoral que rege o processo eleitoral. Visa-se aqui resguardar certos valores e interesses tidos como relevantes para o sistema político-social, voltando-se o instituto da inelegibilidade à proteção da sociedade e do interesse público. Como exemplo podem-se mencionar categorias profissionais que sofrem limitações em sua esfera jurídica, tal qual ocorre com membros da Magistratura e do Ministério Público, que não podem se dedicar à atividade político-partidária (CF, art. 95, § único, III, art. 128, § 5º, II, *e*); ademais, são inelegíveis o cônjuge e os parentes até 2º grau de titulares do Poder Executivo.

À luz dessa perspectiva, afigura-se correta a afirmação de que a inelegibilidade apresenta duplo fundamento. De um lado, pode ser efeito direto ou indireto de decisão condenatória pela prática de ilícito, tendo, portanto, natureza de sanção. De outro, liga-se à mera adequação da situação do cidadão ao regime jurídico-eleitoral em vigor, sem que na origem exista uma sanção por prática de ilícito.

O referido art. 22, XIV, é normalmente relacionado ao art. 1º, I, *d*, todos da LC nº 64/90. Referindo-se àquele dispositivo, indaga o eminente Carlos Eduardo Frazão (2016, p. 85): "e se o magistrado não cominar a inelegibilidade no título judicial, assentando apenas a cassação do diploma? O indivíduo condenado pela prática abusiva

ainda assim permanece inelegível, ou, diante dessa omissão do juiz, manteria seu estado jurídico de elegibilidade incólume?" Respondendo à sua indagação, o autor, corretamente, afirma que a "ausência de menção no título condenatório não elide a inelegibilidade, a qual seria reconhecida pela incidência do art. 1º, inciso I, alínea d, da LC n. 64/1990."

O problema, porém, desse argumento é que ele não evidencia que a inelegibilidade em apreço não tem caráter sancionatório – tese que, de resto, pretende combater.

Na verdade, mesmo que no inciso XIV, art. 22, da LC nº 64/90 não constasse (como deveras consta) a expressão "cominando-lhes sanção de inelegibilidade", mesmo nessa hipótese, a inelegibilidade decorrente da incidência da referida alínea *d* teria, sim, natureza sancionatória – porque essa qualificação é informada pela sua própria natureza, e não propriamente pelo teor do referido texto legal. É preciso cautela para não nos perdermos no labirinto da linguagem, especialmente na confusa linguagem do Direito Eleitoral, pois, como afirmou Wittgenstein em suas Investigações (1989, nº 203):

> "A linguagem é um labirinto de caminhos. Você entra por *um* lado e sabe onde está; você chega por outro lado ao mesmo lugar e não sabe mais onde está".

Mas pensemos em um exemplo diverso do aludido. Suponha-se que a alínea *d*, I, art. 1º, não existisse ou que viesse a ser revogada: ainda assim seria possível – em eventual processo de registro de candidatura – ser declarada a inelegibilidade previamente constituída com fundamento no art. 22, XIV, indeferindo-se com esse fundamento o respectivo pedido de registro de candidatura. Isso porque, ainda que se considere que os referidos dispositivos legais estejam inter-relacionados, são eles autônomos entre si.

Note-se que a inelegibilidade sanção não perde essa natureza (= não deixa de ter caráter sancionatório) em razão da necessidade de ser futuramente declarada em eventual processo de registro de candidatura para nele gerar efeitos concretos. Também não a perde em razão da realização de teste de adequação do postulante a candidato ao regime jurídico-eleitoral.

Sobre isso, argumenta Carlos Eduardo Frazão (2016, p. 85) que a imposição da inelegibilidade do art. 22, XIV, da LC nº 64/90 não produz "quaisquer efeitos jurídico-eleitorais imediatos na esfera jurídica do condenado". Todavia, *concessa venia*, não é possível concordar com tal assertiva, pois a sanção de inelegibilidade gera, sim, efeitos imediatos na esfera jurídica do "condenado", porquanto define e conforma o seu *status* jurídico-político-eleitoral, tornando-o inelegível. Se antes o cidadão tinha *status* político de elegível, com a constituição da inelegibilidade ele se torna *inelegível*. Justo por isso, não poderá se candidatar a eleição suplementar a ser realizada no mês seguinte à referida constituição de inelegibilidade.

A consequência prática dessa mudança de *status* político no processo eleitoral depende da ocorrência de evento futuro, qual seja: o pedido de registro de candidatura do cidadão "condenado". Note-se que o condicionamento da *eficácia prática* de uma sanção à ocorrência de evento futuro não é algo exclusivo do regime jurídico das inelegibilidades, pois isso pode ocorrer em outros domínios. Por exemplo: *i)* a concretização da pena privativa de liberdade só ocorrerá se algum dia o réu condenado vier a ser capturado e preso; *ii)* a concretização do dever de indenizar a vítima de um dano por ela sofrido só ocorrerá se o devedor for executado e tiver bens bastantes para serem penhorados.

4. RESPONSABILIDADE ELEITORAL

Em sentido técnico, a responsabilidade constitui uma forma de controle presente em toda organização social. Por ela, se faz atuar a sanção no universo jurídico em razão da ocorrência de fato ou evento ilícito ou, ainda, com vistas a assegurar certos bens ou valores entendidos como fundamentais pelo consenso social. Trata-se, portanto, de instituto capital em qualquer sistema jurídico. A respeito, com cores fortes, consigna Dupuy (2003, p. 1.341):

> "Il n'y a pas de système juridique organisé, marqué par son unicité et sa complexité, sans qu'il y ait également, en son épicentre, un système de responsabilité, lui-même plus au moins articulé. Cette situation centrale implique qu'on l'examine d'abord, pour prendre conscience des liens qu'entretient tout régime de responsabilité avec d'autres constituants majeurs d'un ordre juridique."[2]

Deveras, como bem assinalou Mônica Caggiano (2004, p. 138), a realização de ilícito sem a efetivação da sanção "implica um estágio de impunidade que desprestigia qualquer sistema ou técnica de controle, por mais sofisticado que se apresente o seu mecanismo".

Não obstante, vale registar que a responsabilidade nem sempre deriva de fato ilícito. Há situações excepcionais em que o fato se encontra em plena harmonia com o Direito, mas, apesar disso, enseja a responsabilidade do seu autor ou do seu beneficiário. Em tais casos, a ação do agente é lícita, porém o resultado que dela decorre é injusto e ilícito. A ênfase, aqui, é dada no resultado lesivo a

2 Tradução livre: "Não existe sistema jurídico organizado, marcado por sua unicidade e complexidade, sem que também exista, em seu epicentro, um sistema de responsabilidade, mais ou menos articulado. Essa situação central implica que devemos examiná-la primeiro, a fim de tomar consciência dos vínculos que qualquer regime de responsabilidade mantém com outros elementos importantes de uma ordem jurídica."

bem jurídico protegido, e não na ação do agente. Não importa, nesse caso, se a conduta que desencadeou o resultado harmonize-se com o Direito, mas sim que houve um resultado ilícito, reprovado pelo ordenamento jurídico.

Como não poderia deixar de ser, o instituto da responsabilidade jurídica tem fundamento constitucional. Em contextos diversos, a Constituição emprega o vocábulo "responsabilidade" cerca de 40 vezes. Já em seu preâmbulo, a Constituição assegura a igualdade e a justiça como valores supremos, e em seu art. 1º, III, assenta a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, valores esses indissociáveis da ideia de responsabilidade. Em diversas passagens, o texto constitucional faz expressa referência ao instituto da responsabilidade, como, *e.g.,* no art. 5º, V, que assegura "indenização por dano material, moral ou à imagem"; no art. 24, VIII, que reconhece a "responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico"; no art. 37, § 6º, que estabelece a responsabilidade objetiva das "pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos"; nos arts. 85 e 86 que estabelecem o regime de responsabilidade do presidente da República. A bem ver, até mesmo no art. 14, § 10, da Lei Maior apresenta-se a ideia de responsabilidade, na medida em que prevê a impugnação de mandato com fundamento em "abuso do poder econômico, corrupção ou fraude".

Se no Direito Privado a responsabilidade tem em vista a reparação do dano sofrido pela vítima, no Penal sua finalidade pode ser, conforme a teoria adotada: *i)* retributiva – retribuição ao agente do mal causado à vítima ou à sociedade; *ii)* preventiva geral – inibição de novas ações ilícitas, dessa forma prevenindo a ocorrência de novas agressões; *iii)* prevenção especial – recuperação ou ressocialização do autor do ilícito, de modo que ele não realize novas ações delituosas.

Já no Direito Eleitoral a responsabilidade visa ao controle do processo eleitoral e da investidura político-eleitoral, a fim de que as eleições sejam íntegras, normais (= de acordo com o arcabouço normativo do processo eleitoral) e legítimas, o voto seja autêntico e sincero, a representatividade dos eleitos real e verdadeira. Ademais, não se pode negar à responsabilidade eleitoral uma função preventiva, de intimidação social, desestimuladora da realização de condutas ilícitas – aí se lhe pode reconhecer igualmente um papel didático ou de educação para a democracia, quer seja em nível geral, quer seja em nível individual.

No que concerne ao fundamento, atualmente a responsabilidade é compreendida em duas vertentes, a saber: subjetiva e objetiva. Enquanto naquela a culpa subjetiva é fator decisivo para a efetiva responsabilização, nesta é já irrelevante. Com efeito, na responsabilidade objetiva não se discute se houve ou não culpa; importante é a proteção do bem jurídico violado.

Em geral, o Direito brasileiro tem experimentado expressivo alargamento da responsabilidade objetiva. Tanto que se pode asseverar existir, hoje, um sistema dualista, com acentuada inclinação para a responsabilidade objetiva. É esse o princípio em vigor no Direito Público, conforme dispõe o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, ao adotar expressamente a teoria do risco administrativo.

No Direito Eleitoral vigora um sistema peculiar de responsabilidade, não havendo uma teoria compreensiva de todas as situações. A presença ou não de culpa (em sentido amplo) nem sempre será determinante para a afirmação da responsabilidade e consequente imposição de sanção jurídica.

Há casos em que se requer a presença de culpa – em sentido amplo. Assim, por exemplo, exige-se conduta dolosa, no sentido de se conhecer o fato e querer realizá-lo ou anuir com sua realização: *i)* para imposição da inelegibilidade prevista no art. 22, XIV, da LC nº 64/90; isso em razão de seu caráter personalíssimo (TSE – Ag-REspe

nº 36424/AL – DJe 25-2-2019, p. 22; REspe nº 81719/SP – DJe, T. 39, 25-2-2019, p. 30-32; Ag-REspe nº 1635/SC - DJe, T. 76, 17-4-2018, p. 14-16); *ii)* para responsabilização por captação ilícita de sufrágio, conforme previsto no art. 41-A da LE.

Mas em certas situações admite-se a *presunção de culpa*. E vale ressaltar que tal presunção não é incompatível com o Direito; ao contrário, embasa-se em procedimentos técnicos largamente empregados na imputação de responsabilidade. Nesse âmbito, destacam-se mecanismos como a *culpa in re ipsa*, *i.e.*, divisada nas próprias circunstâncias que cercam o evento lesivo ou mesmo na impossibilidade de o beneficiário ignorá-lo. Aqui, a afirmação da culpa é extraída do óbvio: se houve resultado lesivo ao bem jurídico, é porque a culpa de alguém se fez presente, seja em razão de um agir, seja de um não agir. E normalmente esse *alguém* é o próprio beneficiário do ilícito. Destaca-se, ainda, a *culpa in eligendo*, que decorre do dever de bem escolher prepostos e representantes para a prática de atos. Também é de se destacar a *culpa contra a legalidade,* pela qual é presumida a culpa do agente que infringe as regras jurídicas em vigor; a culpa, aí, resulta da infringência da norma.

Para exemplificar presunções dessa natureza, cite-se a responsabilidade decorrente da conduta vedada prevista no art. 73, VI, *b*, da Lei nº 9.504/97, que proíbe a agente público, nos três meses que antecedem o pleito, "autorizar publicidade institucional". Nesse caso, para fins de responsabilização do agente público que dirige a unidade ou o órgão público, presume-se a autorização da propaganda e seu custeio pelo erário. Deveras, ante o princípio da hierarquia na Administração, não é razoável se entender que a propaganda institucional em questão possa ser levada a efeito sem o conhecimento e a concordância – ainda que tácita – do dirigente maior da entidade, principalmente porque invariavelmente ela o beneficia de forma direta ou indireta. Ademais, não se pode olvidar que o chefe de Poder ou dirigente de órgão tem sempre responsabilidade na delegação e

fiscalização dos agentes que lhes são subordinados, podendo-se falar em *culpa in eligendo* e em *culpa in vigilando*.

Em tal quadro – acertadamente – firmou-se na jurisprudência eleitoral o entendimento de que o "chefe do Poder Executivo, na condição de titular do órgão em que veiculada a publicidade institucional em período vedado, é por ela responsável" (TSE – AgR-RO nº 111594/CE – DJe 8-11-2016). De sorte que, para a configuração do ilícito previsto no art. 73, VI, *b*, da Lei nº 9.504/97, não é necessário provar que o titular do Poder Executivo "tenha autorizado a publicidade institucional divulgada no período vedado, uma vez que dela auferiram benefícios os candidatos aos cargos de governador e vice-governador, em campanha de reeleição, evidenciando-se, das premissas do acórdão recorrido, o conhecimento do fato apurado." (TSE – AgR-REspe nº 147854/DF – DJe, t. 33, 18-2-2016, p. 79). E mais: "o agente público titular do órgão em que veiculada a publicidade institucional em período vedado deve ser por ela responsabilizado" (TSE – REspe nº 119473/CE – DJe 5-9-2016).

Por outro lado, há casos em que o instituto da responsabilidade está comprometido essencialmente com a efetiva proteção de bens jurídico-constitucionais como a lisura e normalidade do processo eleitoral, legitimidade dos resultados das urnas, sinceridade das eleições, representatividade do candidato eleito. A respeito, cite-se o abuso de poder contemplado na Constituição Federal, arts. 14, §§ 9º, 10 e 11, na LC nº 64/90, arts. 19 e 22, XIV, e no Código Eleitoral, arts. 222 e 237. Pouco importa, aí, a perquirição de aspectos psicológicos dos infratores e beneficiários da conduta ilícita. Ademais, não é necessário demonstrar a ocorrência de real ferimento aos bens e interesses protegidos, bastando a *potencialidade* ou o *risco* do dano – ainda porque, quando a conduta ilícita visa a influenciar o voto, o segredo de que este é revestido impossibilita averiguar se ela efetiva e realmente o influenciou. A influência, portanto, deve necessariamente ser objeto de presunção. Relevante,

então, é demonstrar a existência objetiva de fatos denotadores de abuso de poder (independentemente de sua origem), de abuso dos meios de comunicação social, corrupção ou fraude. É que, quando presentes, esses eventos comprometem de modo indelével as eleições em si mesmas, porque ferem os princípios e valores que as informam.

Em tais situações, a responsabilidade eleitoral se funda antes no efeito (= lesão ao bem tutelado) que na causa (ação ilícita). Isso porque nessa seara sua missão primordial é salvaguardar a lisura e a normalidade do processo eleitoral, a honestidade e higidez do pleito, a sinceridade do voto, a veraz representatividade. O estado atual da civilização e do modo civilizado de vida em sociedade, a afirmação dos direitos humanos e da democracia, bem como a vivência dos valores constitucionais exigem que a ocupação dos postos político-governamentais se dê de forma lícita, honesta, autêntica. De sorte que os cidadãos devem ter liberdade para formar suas convicções e realizar escolhas conscientes, e realmente manifestar suas vontades, configurando, dessa maneira, o rumo de sua história e de sua vida coletiva, ou seja, se autogovernar.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a responsabilidade eleitoral se harmoniza com a contemporânea noção de *risco*. O discurso do risco liga-se à ideia de colocação em perigo de um bem ou interesse valorizados na sociedade e, por isso, gozam de proteção legal. Impõem-se determinadas condutas (positivas ou negativas) a fim de que um evento lesivo não se apresente. A responsabilidade se funda na realização dessas condutas, notadamente nos indevidos benefícios ou prejuízos que elas proporcionam (ou poderiam proporcionar) a determinada candidatura.

É importante ressaltar que a responsabilidade jurídico-eleitoral deve sempre ser afirmada pelo Estado-jurisdição, no bojo de regular processo judicial – até porque o Estado detém o monopólio da jurisdição. O processo é necessário e indispensável.

Para tanto, dispõe o Direito Eleitoral de vários instrumentos processuais cuja finalidade precípua consiste em reprimir ilícitos e o uso abusivo dos poderes econômico, político e dos meios de comunicação social. Visam nomeadamente a responsabilização quer seja dos agentes infratores, quer seja dos candidatos e partidos beneficiários do ilícito. Destacam-se entre eles: *(i)* ação de impugnação de mandato eletivo (AIME), contemplada no art. 14, §§ 10 e 11, da CF; *(ii)* ação de investigação judicial eleitoral (AIJE), fundada nos arts. 19 e 22, XIV, ambos da LC nº 64/90; *(iii)* ação por captação ou emprego ilícitos de recurso de campanha, fundada no art. 30-A da LE; *(iv)* ação por captação ilícita de sufrágio, fulcrada no art. 41-A da LE; *(v)* ação por conduta vedada, prevista nos arts. 73 ss. da LE; *(vi)* ação criminal (de natureza pública incondicionada) em razão da prática do ilícito de corrupção eleitoral, prevista no art. 299 do Código Eleitoral.

5. CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, importa ressaltar que o instituto da responsabilidade constitui uma das formas jurídicas de controle existente na sociedade. Se a responsabilização e a consequente imposição de sanção visam proteger os bens tutelados pelo Direito Eleitoral, também têm o sentido de prevenção, de sorte a se desestimular a prática de condutas ilícitas, aumentando-se, consequentemente, os índices de integridade, lisura e legitimidade das eleições.

REFERÊNCIAS

DURÁN BARBA, Jaime; NIETO, Santiago. *La política em el siglo XXI*: arte, mito o ciencia. 6ª ed. Buenos Aires: Penguin Random House Grupo Editorial S.A., 2017.

CAGGIANO, Mônica Herman Salem. *Direito parlamentar e direito eleitoral*. São Paulo: Manole, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *"Brancosos" e interconstitucionalidade*: itinerários dos discursos sobre historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra/Portugal: Edições Almedina S.A, 2008.

CASTELLS, Manuel. *O poder da comunicação*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

DUPUY, Pierre-Marie. Responsabilité. *In* ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. *Dictionnaire de la culture juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 2003. p. 1341-1347.

FRAZÃO, Carlos Eduardo. Revisitando o art. 22, XIV, da LC n. 64/1990: a inconsistência teórica da dicotomia entre inelegibilidades como efeitos secundários (art. 1º, inciso I) e como sanção (art. 22, XIV) e a discussão no RE n. 929.670/DF. *In* Pontos controvertidos sobre a lei da ficha limpa. Belo Horizonte: Del Rey/ANPR, 2016. p. 77-93.

HOBSBAWM, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

HUME, David. *Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral*. Trad. José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Editora UNESP, 2004.

REALE, Giovanni, ANTISERI, Dario. *História da filosofia*: do romantismo até nossos dias. 4. ed. São Paulo: Paulus, 1991. v. 3.

RIBEIRO, Fávila. *Abuso de poder no direito eleitoral*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SORIANO, Ramón. *Sociología del derecho*. Barcelona: Editora Ariel, S.A., 1997.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1989. (Os pensadores).

CANDIDATURAS AVULSAS/INDEPENDENTES E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Reynaldo Soares da Fonseca[1]
Leonardo Campos Soares da Fonseca[2]

I - INTRODUÇÃO

A modernidade, especialmente o século XIX, trouxe consigo o desenvolvimento da ideia de partidos políticos como organismos catalisadores da expressão popular em uma sociedade que progressivamente se afigurava cada vez mais complexa sob o ângulo democrático.

Com efeito, essas importantes entidades coletivas se apresentam como símbolo importante da representação popular, nomeadamente por apanhar com relativa rapidez as díspares e variadas pretensões acumuladas no tecido social, na forma de verdadeiras bandeiras e projeções políticas para os respectivos territórios, dando a isto maior nível de organização, inclusive com a efetivação de seu processamento nas instâncias formais de poder, sem acarretar maiores fricções no funcionamento dos governos legitimamente constituídos. Isto é, constituem verdadeiro elemento nuclear na concepção democrática representativa.

---

1 Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Professor da Universidade Federal do Maranhão. Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra – Portugal. Doutor em Direito Constitucional pela FADISP e Mestre em Direito pela PUC-SP. Graduação na Universidade Federal do Maranhão- UFMA.

2 Procurador do Estado do Mato Grosso Do Sul. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Graduação na Universidade de Brasília – UNB.

Nessa linha, Furtado Coêlho assenta que: *"Os partidos políticos são reconhecidos por todas as nações democráticas como a força política que compõe a democracia, porque são os conectivos entre uma série de interesses e necessidades presentes no corpo social e o governo, e por contribuírem para um processo eleitoral justo e transparente. Pode-se até afirmar que não há uma efetiva democracia sem a contribuição direta dos partidos políticos"*[3]

Ocorre, entretanto, que o sistema de democracia representativa, em todo o mundo, capitaneado pela mencionada partidarização da política, vem sofrendo acerbas críticas oriundas tanto do tecido social quanto da academia, porquanto seu exercício não vem correspondendo mais às expectativas nela depositadas.

Na verdade, a própria razão de ser desta categoria de democracia vem sendo posta em xeque, no que vem sendo reputado de estado de crise. O principal sintoma deste quadro é a falta de sintonia entre os anseios do eleitor e os interesses de quem é eleito, o que é revelado pelas atitudes tomadas no exercício do mandato. Fala-se até mesmo em colapso da maneira tradicional de se fazer política.

Embora não seja exclusividade do Brasil, este fenômeno tem assolado o país com maior intensidade[4] por uma complexa conjunção de fatores que, entre outras coisas, passam: a) pela proliferação de notórios escândalos de corrupção; b) por um mecanismo confuso de eleições parlamentares[5], especialmente no que toca ao sistema

3 COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado, Direito Eleitoral, direito processual eleitoral e direito penal eleitoral. 4ª ed.- Belo Horizonte: Fórum, 2016.p.131.

4 Neste sentido, o Ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso consigna: *"A crise atual é desafiadora pois, embora expresse e contenha em si as virtualidades de um Brasil muito melhor, atinge em cheio um mecanismo essencial pelo qual as mudanças se dão em sociedades complexas: o sistema político. Tudo que se disser é pouco para caracterizar com profundidade a descrença da sociedade brasileira nos partidos, nos políticos, na representação parlamentar". (*CARDOSO, Fernando Henrique. Crise e reinvenção da política no Brasil. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, págs. 21/22).

5 Reportagem veiculada no sítio eletrônico do jornal "El País" indica que apenas 36 dos 513 Deputados Federais foram eleitos com votos próprios para a legislatura 2014-

escolhido para os cargos de Deputado Federal, Deputado Estadual e Vereador, que é proporcional, de lista aberta, com possibilidade da realização de coligações (muitas vezes feitas sem nenhuma base ideológica)[6] e desnecessidade de vinculação entre as candidaturas nos diferentes níveis federativos[7]; c) pela ultra fragmentação da representação partidária no Congresso Nacional[8], grande parte gerada pelo sistema eleitoral aludido; d) por uma dificuldade gigantesca de governabilidade advinda de um desenho institucional que combina um presidencialismo forte de coalização[9] com o cenário descrito de robusta fragmentação de representação no Congresso; e) por um baixíssimo grau de democracia intrapartidária[10].

Todo este contexto traz consigo as mais variadas tentativas de mudança que vão desde o incremento dos instrumentos de participação direta até o fortalecimento da ideia de candidaturas avulsas, também chamadas de independentes, isto é, aquelas que se dão independentemente da filiação aos partidos políticos.

2018, isto é, menos de 7% do total. https://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/19/politica/1461023531_819960.html.

6 A Emenda Constitucional nº 97/2017 tencionou extinguir esta mazela ao proibir as coligações em eleições proporcionais, alterando o art. 17, § 1º, do corpo permanente da Constituição. O referido ato normativo, no entanto, estabeleceu que tal mudança terá vigência apenas para as eleições de 2020 (art. 2º).

7 A chamada verticalização das candidaturas foi extinta pela EC nº 52/2006.

8 Segundo o sítio eletrônico da Câmara Federal, existem 25 greis partidárias com assento na Casa. http://www2.camara.leg.br/.

9 O cientista político Sergio Abranches cunhou a expressão presidencialismo de coalização para caracterizar o regime político brasileiro, que tem como nota marcante um governo presidencial que começa a gestão, logo em seguida à sua eleição, com sua sigla partidária possuindo um número de cadeiras no Parlamento bem inferior ao que seria exigido para formação de maioria.

10 Augusto Aras chega a indicar um estado de ditatura intrapartidária no Brasil. Assim, assenta que: *"... tem sido comum a denúncia da existência de desvio de conduta de dirigentes partidários brasileiros que, a pretexto de aplicar o princípio da Fidelidade, passam a impor a sua vontade caprichosa para a satisfação de interesses pessoais contra a legítima manifestação de filiado ou da base partidária".* ARAS, Augusto. Fidelidade Partidária; efetividade e aplicabilidade. 1ª ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016, p. 411.

Em *terrae brasilis*, a discussão da candidatura avulsa, que se circunscrevia à seara mais acadêmica, ganhou força recentemente pelo fato de o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido repercussão geral, no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 1.054.490, a um caso que versa exatamente sobre o tema. Na oportunidade, o apelo extremo foi interposto contra decisão que indeferiu registro de candidatura, sem filiação partidária, ao cargo de prefeito do Rio de Janeiro no pleito municipal de 2016.

Nesta situação, foi deduzida, entre outras espécies de fundamentação, violação à Convenção Interamericana de Direito Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica, o que induz, também, a intrincado debate acerca do grau hierárquico-normativo assumido pelos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

Para se entender adequadamente a controvérsia, deve-se perquirir a forma de tratamento da filiação partidária pelo Direito Positivo pátrio, a evolução da celeuma atinente ao *status* normativo dos tratados internacionais na jurisprudência do STF e as particularidades da hipótese a ser julgada pelo STF no referido ARE.

É exatamente este o escopo do presente esforço acadêmico.

II - A FILIAÇÃO PARTIDÁRIA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

O art. 14, § 3º, V, da Lei Maior, trata a filiação partidária como condição de elegibilidade, na forma da lei.

José Jairo Gomes é certeiro na caracterização de elegibilidade ao assentar que:

"O substantivo feminino elegibilidade retrata as ideias de cidadania passiva e capacidade eleitoral passiva. Conforme o sufixo da palavra indica, é a aptidão de ser eleito ou elegido. Elegível é o cida-

dão apto a receber votos em um certame, que pode ser escolhido para ocupar cargos político-eletivos. Exercer a capacidade eleitoral passiva significa candidatar-se a tais cargos. Para isso, devem ser atendidas algumas condições previstas na Constituição Federal, denominadas condições de elegibilidade. Em suma, é o direito público subjetivo atribuído ao cidadão de disputar cargos público-eletivos"[11]

Adiante, o autor define as condições de elegibilidade como *"exigências ou requisitos positivos que devem, necessariamente, ser preenchidos por quem queira registrar candidatura e receber votos validamente. Em outras palavras, são requisitos essenciais para que se possa ser candidato e, pois, exercer a cidadania passiva".*[12]

De fato, o direito ao exercício da capacidade eleitoral passiva (*ius honorum)* depende da adequação do indivíduo ao regime jurídico-eleitoral, ou seja, ao repertório regulamentar existente.

Por isso, ao prever a filiação partidária como condição de elegibilidade, o Texto Magno procurou vedar a representação política de maneira externa à esfera partidária. Erigiu, assim, tal pressuposto como essencial ao direito de ser votado.

A Lei Fundamental adotou a fórmula de atribuir à legislação infraconstitucional a tarefa de estruturar as condições de elegibilidade, dentre as quais a filiação partidária, de sorte a garantir a plenitude de efeitos do mandamento nela colimado.

No caso da filiação partidária, sua regulamentação vem articulada nos arts. 16 a 22-A e nos estatutos das agremiações políticas.

Na verdade, todo o sistema jurídico-eleitoral brasileiro foi formatado à luz da imprescindibilidade desse vínculo normativo estabelecido entre o cidadão e o partido político. Nessa linha, à guisa de exemplificação, o direito de acesso gratuito ao rádio e à televi-

11 GOMES, José Jairo, Direito Eleitoral. 14ª ed.rev, atual. ampl.-São Paulo: Atlas, 2018, p.209.

12 Idem, p. 210.

são somente pode ser concedido aos entes partidários (art. 17, § 3º, da CF), a distribuição de cadeiras nas Casas Legislativas demanda a apuração dos quocientes eleitorais e partidários (arts. 106 e 107, do CE) e a distribuição dos recursos do novo Fundo Especial de Financiamento de Campanha (art. 16-D, da Lei das Eleições, criado pela Lei nº 13.488/2017) somente pode ser feita entre os partidos políticos.

A jurisprudência do TSE sempre se manifestou contrariamente à possibilidade de candidaturas independentes. Nesse caminho, confira-se esclarecedora ementa de julgado:

> *ELEIÇÕES 2016. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PREFEITO E VICE-PREFEITO. CANDIDATURA AVULSA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 14, § 3º, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FILIAÇÃO PARTIDÁRIA. CONDIÇÃO DE ELEGIBILIDADE. DESPROVIMENTO. OMISSÃO. AUSÊNCIA. REJEIÇÃO.* ***1. Não obstante a apresentação de inúmeros argumentos recursais para fundamentar a possibilidade de candidatura avulsa no Brasil, nenhum deles possui embasamento jurídico suficiente para afastar a norma constitucional que estabelece ser a filiação partidária uma condição de elegibilidade (art. 14, § 3º, V, da Constituição Federal)****. 2. Os declaratórios não se prestam ao rejulgamento da matéria, de modo que o mero inconformismo da parte com o resultado do julgamento não enseja a oposição dos embargos. 3. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, a oposição de embargos, ainda que para fins de prequestionamento, somente é admitida caso haja, na decisão embargada, quaisquer dos vícios do art. 275 do Código Eleitoral, o que, como dito, não ocorre na espécie 4. Embargos de declaração rejeitados. (Recurso Especial Eleitoral nº 165568, Acórdão, Relator(a) Min. Tarcisio Vieira De Carvalho Neto, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 13/12/2016) (negritei).*

Ademais, corroborando esta compreensão, houve a inclusão do art. 11, § 14, na Lei das Eleições, por intermédio da Lei 13.488/2017, promulgada no contexto da última reforma eleitoral. Este novo preceito veda *"o registro de candidatura avulsa, ainda que o requeren-*

> *te tenha filiação partidária"* e faz coro à determinação ostentada no art. 87 do Código Eleitoral.[13]

Portanto, na perspectiva positivada do Direito brasileiro não há espaço, a princípio, para o exercício de candidatura avulsa, salvo se fosse procedida sua alteração formal.

Contudo, uma leitura nova e refinada da hierarquia dos tratados internacionais, especialmente de direitos humanos, quando incorporados ao ordenamento brasileiro, tem aflorado o desenvolvimento de entendimento diverso.

A problemática merece maior detalhamento em tópico próprio.

III - A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS E O CASO DO DEPOSITÁRIO INFIEL

De há muito, paira, no Brasil, controvérsia relativa ao nível de relevância dos tratados internacionais na escala hierárquica das normas. Com efeito, percebe-se que jurisprudência e doutrina pátrias se envolveram em um processo cronológico de amadurecimento na abordagem desta temática que deve ser melhor esmiuçado.

De início, calha aduzir que durante um bom período prevaleceu em solo brasileiro a noção de que no caso de conflito entre o Direito interno e o Direito Internacional, deveria prevalecer este último. No ponto, esclarece Flávia Piovesan:

> "Observe-se que, anteriormente a 1977, há diversos acórdãos consagrando o primado do Direito Internacional, como é o caso da União Federal vs. Cia. Rádio Internacional do Brasil (1951), em que o Supremo Tribunal Federal decidiu unanimemente que

13 "Somente podem concorrer às eleições candidatos registrados por partidos"

> um tratado revogava as leis anteriores (Apelação Cível nº 9.587). Merece atenção menção um acórdão do STF, em 1914, no Pedido de Extradição nº 7 de 1913, em que se declarava estar em vigor e aplicável um tratado, apesar de haver uma lei posterior contrária a ele. O acórdão na Apelação Cível nº 7.782 de 1943, com base no voto de Philadelpho de Azevedo, também afirma que a lei não revogava o tratado. Ainda neste sentido está a Lei nº 5.172/66 que estabelece: 'Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhe sobrevenha'".[14]

Entretanto, esta tendência refluiu, em 1977, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004, quando o STF começou a adotar raciocínio no sentido da equiparação hierárquica entre os tratados internacionais e a legislação federal. Sobre essa alteração, pontua o Ministro Rezek:

> "De Setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se, no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do RE nº 80.004, em que ficou assentada, por maioria, a tese de que, ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano deve ter sua prevalência garantida pela Justiça – sem embargo das consequências do descumprimento do tratado, no plano internacional. Admitiram as vozes majoritárias que, faltante na Constituição do Brasil garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, era inevitável que a Justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária sua estatura no ordenamento jurídico".[15]

O advento da Constituição de 1988 trouxe novo verniz à discussão. É que seu art. 5º, § 2º, passou a estatuir que: "*Os direitos e*

14 PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional. 17ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 136.

15 REZEK, Francisco. Direito Internacional Público: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 106.

garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".[16]

Com isso, a doutrina majoritária veio a sufragar orientação voltada a acreditar que tratados mencionados na cláusula de abertura transcrita seriam aqueles que resguardassem a proteção dos direitos humanos, o que desagua na conclusão do caráter constitucional desses atos normativos internacionais. Nessa linha, Ingo Sarlet defende que:

> "À luz dos argumentos esgrimidos, verifica-se que a tese da equiparação (por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF) entre os direitos fundamentais localizados em tratados internacionais e os sediados na Constituição formal é a que mais se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional, constituindo, ademais, pressuposto indispensável à construção e consolidação de um autêntico direito constitucional internacional dos direitos humanos, resultado da interpenetração cada vez maior entre os direitos fundamentais constitucionais e os direitos humanos dos instrumentos jurídicos internacionais"[17]

Ainda nessa toada, a já citada Flávia Piovesan explica:

16 Sobre o dispositivo, Paulo Gustavo Gonet Branco assevera que: *"É legítimo, portanto, cogitar de direitos fundamentais previstos expressamente no catálogo da Carta e de direitos fundamentais que estão fora da lista. Direitos não rotulados expressamente como fundamentais no título próprio da Constituição podem ser assim tidos, a depender da análise do seu objeto e dos princípios adotados pela Constituição. A sua fundamentalidade decorre da sua referência a posições jurídicas ligadas ao valor da dignidade humana..."* (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. ver. Atual.- São Paulo: Saraiva, 2013. p. 170).

17 SARLET, Ingo Wolfang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. ver. atual. e ampl; 2ª tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010., p. 124.

> "Esses argumentos sustentam a conclusão de que o direito brasileiro faz opção por um sistema misto disciplinador dos tratados, sistema que se caracteriza por combinar regimes jurídicos diferenciados: um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e outro aplicável aos tratados tradicionais. Enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, § 2º - apresentam hierarquia constitucional, os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infraconstitucional".[18]

Houve, de outra banda, até mesmo aqueles que propugnassem a tese da supraconstitucionalidade dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos[19].

Não foi essa, todavia, a linha aderida pelo STF ao julgar, em 22.11.1995, portanto depois da Constituição de 1988, o HC nº 72.131/RJ, que, a seu turno, tratava do impacto do Pacto de São José da Costa Rica no Direito brasileiro quanto à prisão civil por dívida do depositário infiel, uma vez que este normativo somente permite o encarceramento por endividamento no caso de inadimplemento de pensão alimentícia.

A decisão, tomada, por maioria, reafirmou a ausência de primazia dos tratados e convenções internacionais sobre o direito interno, colocando essas categorias no mesmo patamar de autoridade legal[20].

Adiante, com o fito de tentar responder à celeuma em comento, a EC nº 45/2004 incluiu o § 3º, ao art. 5º, da CF, que preceitua: *"Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos,*

18 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional.** 17ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 141.

19 CF. Celso Duviver de Albuquerque Mello, o § 2º do art. 5º da Constituição Federal, *in* Ricardo Lobo Torres (org.), **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999, págs. 25-26.

20 O entendimento foi ratificado posteriormente nos julgamentos do RE nº 206.482/SP; ADI nº 1480-3/DF; e RE nº 243.613/DF.

por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição".

Destarte, nessa vertente, pelo menos os pactos internacionais de direitos humanos internalizados através das mesmas solenidades formais emendas constitucionais teriam com elas equivalência, vale dizer, teriam estatura de norma hierarquicamente superior à legislação ordinária, produzindo-se, assim, um elastecimento do conceito de bloco de constitucionalidade, do parâmetro de fiscalização de constitucionalidade das leis.[21]

Paralelamente, o STF, no bojo dos Recursos Extraordinários nº 466. 343/SP e nº 349.703, julgados em 2008, promoveu giro de 360 graus de sua jurisprudência ao reanalisar o problema da prisão civil do depositário infiel.

Nesta feita, observou-se a necessidade de se conferir dose de preferência aos direitos humanos para se assentar que a prisão civil no Brasil se restringe ao descumprimento voluntário e inescusável de prestação alimentícia. Divergiu-se, no entanto, quanto ao grau de escalonamento a ser atribuído aos tratados de direitos humanos.

A posição vencida sufragou, nos moldes da doutrina internacionalista majoritária acima mencionada, o *status* constitucional desses tratados. Nesse diapasão, verificou-se a evolução de entendimento do Ministro de Celso de Mello, que anteriormente entendia pela tese da legalidade ordinária. O seguinte excerto do voto de Sua Excelência ensina bem a essência desta tendência:

> "É preciso ressalvar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC nº 45/2004, pois, quanto a elas, incide o § 2º do art. 5º da Constituição, que lhes confere natureza material-

21 Sobre bloco de constitucionalidade, indispensável a leitura do trabalho de Juliano Taveira Bernardes, *Controle de Constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*, São Paulo: Saraiva, 2004, págs. 124-162.

> mente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de bloco de constitucionalidade".

A tese vencedora, por outro lado, inaugurou uma nova perspectiva, tendo sido comandada pelo Ministro Gilmar Mendes, ao propugnar a natureza supralegal dos tratados de direitos humanos não incorporados de acordo com a sistemática prevista no § 3º do art. 5º, da Lei Fundamental.[22] Nesse direção, o Ministro pedagogicamente esposa sua visão, ao doutrinar que:

> *"Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LXVII) não foi revogada pela adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º-10-1969.*
>
> *Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1287 do Código Civil de 1916".*[23]

Tal exegese pretoriana foi repetida pela Suprema Corte em diversos arestos subsequentes[24] e acabou por culminar na extinção da

22 No RHC nº 79.785/RJ, julgado em 2000, o Ministro Sepúlveda Pertence já sinalizava para o horizonte da supralegalidade.

23 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. ver. Atual.- São Paulo: Saraiva, 2013, págs. 604-605.

24 Cf. HC-QO 94.307/RS, julgado em 21.05.2008; HC nº 123.146, julgado em 15 de janeiro de 2009, AI nº 705.483, julgado em 30.09.2010.

Súmula 619 de sua jurisprudência dominante[25] - de um lado – e na edição da Súmula Vinculante nº 25, que, por sua vez estatui: *""É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito".*

Nesta ordem contextual, extrai-se que o STF, ao perfilhar a diretriz da supralegalidade, acabou por inserir no ordenamento interno instituto que já existia no direito comparado e constituía o objeto precípuo de preocupação das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, qual seja, o Controle de Convencionalidade das leis.

É que pela concepção em testilha, resta inscrito na tradicional pirâmide Kelsiana um novo estamento entre seu *topó* (representado pelo ápice jurídico-positivo que é a Constituição), e a legislação infraconstitucional, consubstanciado nas convenções internacionais de direitos humanos supralegais.

Sendo assim, o dito Controle de Convencionalidade se configura como ferramenta de aferição da compatibilidade entre a regulação infraconstitucional e os normativos internacionais de direitos humanos marcados pela característica da supralegalidade. Em outras palavras, Valério Mazzuoli conceitua o instituto como *"uma forma de compatibilização entre as normas de direito interno e os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país. Ou seja, trata-se, portanto, de um controle de validade das normas nacionais, tendo por parâmetro não o texto constitucional, mas os compromissos internacionais assumidos em matéria de proteção aos direitos humanos"*[26]

Por isso, em linha de coerência com o pensamento da convencionalidade, outros Tribunais se animaram a exercer também está competência. A 5ª Turma do STJ, por exemplo, declarou superado o

---

25 O verbete estabelecia: "A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito".

26 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis. 2ªed – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 73.

tipo penal de desacato, insculpido no art. 331, do Código Penal, no RESp. nº 1640084/SP, que restou assim ementado, no que importa para este estudo:

> *DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO, DESACATO E RESISTÊNCIA. APELAÇÃO CRIMINAL. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ROUBO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO PARA O DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. TEMA NÃO PREQUESTIONADO. SÚMULA 282 E 356 DO STF. DESACATO.*
>
> *INCOMPATIBILIDADE DO TIPO PENAL COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.*
>
> *(...)**5. Na sessão de 4/2/2009, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, pelo rito do art. 543-C do CPC/1973, o Recurso Especial 914.253/SP, de relatoria do Ministro LUIZ FUX, adotou o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343/SP, no sentido de que os tratados de direitos humanos, ratificados pelo país, têm força supralegal, "o que significa dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade." 6. Decidiu-se, no precedente repetitivo, que, "no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade." 7. A adequação das normas legais aos tratados e convenções internacionais adotados pelo Direito Pátrio configura controle de constitucionalidade, o qual, no caso concreto, por não se cuidar de convenção votada sob regime de emenda constitucional, não invade a seara do controle de constitucionalidade e pode ser feito de forma difusa, até mesmo em sede de recurso especial.***
>
> 8***. Nesse particular, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando do julgamento do caso Almonacid Arellano y otros***

v. Chile, passou a exigir que o Poder Judiciário de cada Estado Parte do Pacto de São José da Costa Rica exerça o controle de convencionalidade das normas jurídicas internas que aplica aos casos concretos.

9. Por conseguinte, a ausência de lei veiculadora de abolitio criminis não inibe a atuação do Poder Judiciário na verificação da inconformidade do art. 331 do Código Penal, que prevê a figura típica do desacato, com o art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, que estipula mecanismos de proteção à liberdade de pensamento e de expressão.

10. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH já se manifestou no sentido de que as leis de desacato se prestam ao abuso, como meio para silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo establishment, bem assim proporcionam maior nível de proteção aos agentes do Estado do que aos particulares, em contravenção aos princípios democrático e igualitário.

11. A adesão ao Pacto de São José significa a transposição, para a ordem jurídica interna, de critérios recíprocos de interpretação, sob pena de negação da universalidade dos valores insertos nos direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos. Assim, o método hermenêutico mais adequado à concretização da liberdade de expressão reside no postulado pro homine, composto de dois princípios de proteção de direitos: a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos.

12. A criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado - personificado em seus agentes - sobre o indivíduo.

13. A existência de tal normativo em nosso ordenamento jurídico é anacrônica, pois traduz desigualdade entre funcionários e particulares, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito.

14. Punir o uso de linguagem e atitudes ofensivas contra agentes estatais é medida capaz de fazer com que as pessoas se abstenham de usufruir do direito à liberdade de expressão, por temor de sanções penais, sendo esta uma das razões pelas quais a CIDH estabeleceu a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de São Paulo abolissem suas respectivas leis de desacato.

15. O afastamento da tipificação criminal do desacato não impede a responsabilidade ulterior, civil ou até mesmo de outra

figura típica penal (calúnia, injúria, difamação etc.), pela ocorrência de abuso na expressão verbal ou gestual utilizada perante o funcionário público.

16. Recurso especial conhecido em parte, e nessa extensão, parcialmente provido para afastar a condenação do recorrente pelo crime de desacato (art. 331 do CP). (REsp 1640084/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017) (negritamos).[27]

Com efeito, embora superada tal diretriz penal, por votação majoritária da colenda Terceira Seção do Tribunal da Cidadania, em outro precedente afetado, os fundamentos teóricos que serviram de base à decisão anterior do órgão fracionário merecem ser apreciados por sua coerência doutrinária e profundidade constitucional.

Outrossim, surgiram, nos inúmeros ramos do Direito brasileiro, a indicação de inconsistências da legislação infraconstitucional em face aos pactos de direitos humanos, especialmente o de São José da Costa Rica. Foi exatamente neste contexto que surgiu uma nova luz para os defensores das candidaturas avulsas.

IV - A DISCUSSÃO DO TEMA DAS CANDIDATURAS AVULSAS NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS:

O art. 23 do Pacto de São José da Costa Rica insculpe o seguinte:

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

a. de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente tou por meio de representantes livremente eleitos;

b. de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e

27 A Terceira Seção da Corte da Cidadania reverteu, contudo, está diretriz no âmbito do HC nº 379.269/MS.

> *c. de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.*
>
> *2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.*

Assim, não está autorizada pela literalidade do texto transcrito, a limitação do exercício dos direitos políticos baseada na filiação à agremiação partidária.

Como se sabe, a norma constitucional que estabelece a vinculação partidária não possui eficácia plena, dependendo de regulamentação, para fins de sua estruturação e perfeita aplicabilidade.

Nesse sendeiro, se a missão de regimentar a condição de elegibilidade referente à filiação partidária é atribuída à legislação ordinária e o indigitado Pacto proscreve a restrição do direito à candidatura em bases distintas das previstas em seu art. 23, o édito judicial que decreta a inscrição partidária em qualquer caso vulneraria o caráter supralegal imanente aos tratados de direitos humanos.

Em outros termos, o art. 23, sobretudo em seu inciso II, paralisaria a legislação infraconstitucional com ele incompatível, o que obstaculizaria o pressuposto constitucional da filiação partidária de produzir adequadamente sua eficácia, no mesmo padrão que vincula o posicionamento do STF quanto à prisão do depositário infiel. Este mérito encontra-se ainda pendente de julgamento.

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a candidatura avulsa já foi discutida em pelo menos dois casos: *(a) Yatama vs. Nicarágua* e *(b) Castañeda Gutman vs. México*.

No caso *Yatama vs. Nicarágua*, o Estado da Nicarágua havia proibido a participação do povo indígena da tribo *Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka* (Yatama) de participar das eleições municipais no ano de 2000 nas regiões autônomas Atlântico Norte e Atlântico Sul.

As leis do Estado estabeleciam que apenas candidatos inscritos em partidos políticos poderiam participar das eleições e que os partidos deveriam apresentar candidatos em pelo menos 80% dos municípios existentes dentro da circunscrição.

O Estado da Nicarágua não permitia que associações populares, tais como os Yatama, indicassem candidatos para as eleições. Com isso, a tribo indígena abriu um processo no judiciário local, que percorreu todo o caminho até a Corte Suprema da Nicarágua, porém sem sucesso.

Após esgotar a via judicial do Estado, os Yatama levaram a discussão para a Corte Interamericana de Direitos Humanos. No caso, o Tribunal proferiu decisão no sentido de que a participação exclusiva por meio de partidos políticos estabelecida pela legislação contrariava a organização política do povo de Yatama e, por conseguinte, os excluía indevidamente do debate político. Para o Tribunal, portanto, a restrição à candidatura era desproporcional, na medida em que contrariava os costumes, os usos e os valores do povo indígena.

É dizer: no caso Yatama vs. Nicarágua, a Corte Interamericana reconheceu que a proibição da candidatura avulsa representava uma violação aos direitos fundamentais do povo Yatama. Segundo a Corte, o Estado havia violado direitos e garantias judiciais previstos nos artigos 8.1[28] e 1.1[29] da Convenção Americana de Direitos Humanos, assim como os direitos à proteção judicial previstos nos

28 Convenção Americana de Direitos Humanos. Artigo 8.1: Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

29 Convenção Americana de Direitos Humanos. Artigo 1.1: Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

artigos 25.1[30], 1.1 e 2[31] da mesma Convenção. Por fim, também decidiu que o Estado havia violado os direitos políticos e de igualdade consagrados nos artigos 23[32] e 24[33] da Convenção, veja-se:

> " *O Estado deve reformar a regulação dos requisitos dispostos na Lei Eleitoral nº 331 de 2000 declarados violadores da Convenção Americana de Direitos Humanos e adotar, em um prazo razoável, as medidas necessárias para que os membros das comunidades indígenas e éticas possam participar dos processos eleitorais de forma efetiva, tomando em conta suas tradições, usos e costumes...*"

No segundo caso, Castañeda *Gutman vs. México*, Jorge Castañeda Gutman teve sua candidatura negada ao se registrar como candidato independente no México. O indeferimento se deu sob as seguintes alegações: *(i)* a solicitação foi feita fora do tempo estipula-

30 Convenção Americana de Direitos Humanos. Artigo 25.1: Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

31 Convenção Americana de Direitos Humanos. Artigo 2: Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

32 Convenção Americana de Direitos Humanos. Artigo 23: 1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades; a) de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos; b) de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e c) de ter acesso em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país. 2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.

33 Convenção Americana de Direitos Humanos. Artigo 24: Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

do; e *(ii)* somente os partidos políticos podiam apresentar candidatos para cargos eletivos.

Após discutir o caso, a Corte decidiu que os Estados possuem a obrigação de garantir o direito de participação no governo, que incluem o direito de ingressar em processos eleitorais, por via da legislação específica, bem como a criação de infraestrutura necessária para o exercício desse direito. Nada obstante, a Corte definiu que o monopólio dos partidos políticos para sugerirem candidatos à eleição não representa uma violação a esse direito, desde que o Estado garanta outras formas para a ampla participação na vida política.

No caso concreto, portanto, estabeleceu-se que não há violação na previsão de exclusividade dos partidos políticos para estabelecer quais candidatos galgarão mandatos políticos naquele pleito eleitoral. Todavia, o que se fazia imprescindível era o fato de o Estado permitir com que os demais cidadãos possam participar dos debates político-institucionais por outras vias efetivas.

V - ARE 1.054.490/RJ: RECONHECIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL SOBRE AS CANDIDATURAS AVULSAS.

Recurso Extraordinário 1.054.490, proveniente do Rio de Janeiro, discute-se a constitucionalidade das candidaturas avulsas (sem filiação partidária). Nas instâncias ordinárias, os recorrentes viram indeferidos seu pleito de registro de candidatura independente à prefeitura do município do Rio de Janeiro. O Tribunal Superior Eleitoral manteve o que decidido na origem, escorado na tradicional percepção de que a filiação partidária se apresenta como indispensável condição de elegibilidade necessária ao exercício do sufrágio passivo.

No apelo extremo, suscitou-se infringência a dispositivos constitucionais, ao Pacto de São José da Costa Rica no que refuta o

estabelecimento de condições de elegibilidade fora das hipóteses nele arroladas, dentre as quais não se encontra presente a filiação partidária, e à jurisprudência do STF que atribui envergadura supralegal ao mencionado ato normativo. Inadmitida a irresignação recursal no TSE, os recalcitrantes aviaram recurso de agravo.

Preliminarmente, é interessante notar que a Corte superou, em questão de ordem, a notória prejudicalidade do recurso, tendo em vista o encerramento do respectivo prélio, lastreada no argumento da relevância social e política do tema em discussão, bem como na interpretação ampliativa do art. 998, parágrafo único, do CPC[34].

Na verdade, ao estender o alcance desse permissivo à situação de prejudicialidade do caso concreto em momento anterior ao empréstimo de repercussão geral, o Excelso reforçou vigorosamente a tendência de objetivação do controle difuso de constitucionalidade[35].

Na prática, foi reconhecida repercussão geral ao apelo, em razão da inequívoca relevância política da controvérsia. O Ministro Relator, Luís Roberto Barroso apontou, também, a plausibilidade da invocação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e do padrão democrático predominante no mundo.

Observando o grande interesse no assunto, o Ministro Roberto Barroso convocou para a data de 09/12/2019 uma audiência pública para que pudessem ser ouvidos os argumentos de indivíduos com expertise/interesse no assunto visando esclarecer o entendimento do STF a respeito do tema.

As questões a serem esclarecidas com a convocação da audiência foram principalmente três: *(i)* os benefícios e malefícios que a

34 O preceptivo consigna que: *"A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquele objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos".*

35 Por esse ângulo, o recurso extraordinário deixaria de possuir índole marcadamente subjetiva para assumir decisivamente o papel de instrumento garantidor de defesa da ordem constitucional objetiva. Para uma análise mais detida do assunto, confira-se: DIDIER JR., Fredie. Transformações no recurso extraordinário.

candidatura avulsa poderia trazer para o sistema eleitoral brasileiro; *(ii)* as dificuldades, de qualquer natureza, para a implementação desse novo sistema de candidaturas; e *(iii)* o impacto que a adoção desse regime poderia provocar no princípio da igualdade de chances sobre o sistema partidário e regime democrático.

A lista de convocados para se manifestarem na audiência pública foi publicada no dia 27/11/2019. A lista contava com membros dos Três Poderes e de outras instituições, tais como a Defensoria Pública da União e a Ordem dos Advogados do Brasil, bem como Partidos Políticos, movimentos sociais e nomes da Academia.

Durante a audiência pública, grande parte dos partidos políticos se posicionaram contrários à candidatura avulsa. Enquanto a maioria dos movimentos sociais foram favoráveis à mudança.

Arlindo Fernandes de Oliveira, consultor legislativo do Senado, por exemplo, argumentou no sentido que uma possível mudança no sistema eleitoral deve ser realizada pelo Poder Legislativo por meio de uma emenda constitucional, e não pelo Poder Judiciário. No mesmo sentido defendeu a representante da Câmara dos Deputados, a deputada federal Margarete Coelho (Partido Progressista-PI). Segundo a deputada, mesmo a mudança devendo ser feita pelo Legislativo, ela não observa uma vontade de alteração na Câmara. O deputado Paulo Teixeira, representante do Partido dos Trabalhadores, também defendeu que esta possível mudança deve ser feita por uma reforma política e constitucional que partiria do Poder Legislativo. Por fim, o representante do MDB, o senador Marcelo Castro, disse que uma possível liberalização de candidaturas avulsas poderia impulsionar a já existente fragmentação no Congresso.

De outra sorte, o deputado Luiz Philippe de Orleans e Bragança, presidente da Frente Parlamentar de Reforma Política, posicionou-se favoravelmente às candidaturas. Segundo o deputado, os partidos políticos concentram o poder de forma a impedir uma entrada da sociedade nesse sistema, e dessa forma, as candidaturas

avulsas serviriam como uma válvula permitindo o avanço da sociedade sobre o sistema eleitoral.

Nesse diapasão, a deputada do Partido Social Liberal (PSL), Janaína Paschoal, apesar de não estar representando o partido naquela assentada, acredita que as candidaturas avulsas permitiriam o pleno gozo dos direitos eleitorais pela sociedade que, atualmente, com a obrigatoriedade da filiação à partidos políticos, fica refém do existente cartel no sistema eleitoral. A deputada acredita que, pela inércia do Poder Legislativo em debater o assunto, o Poder Judiciário possuiria a legitimidade para assumir a discussão.

O deputado federal Marcel Van Hatten, enquanto representante do Partido Novo, manifestou-se favoravelmente às candidaturas independentes devido ao estímulo à concorrência eleitoral gerada, no entanto segundo o deputado, a mudança deveria ocorrer no Congresso e não no Judiciário.

No lado dos movimentos sociais, conforme se viu no ambiente *online*[36] do Supremo Tribunal Federal, os argumentos apresentados podem ser agrupados em três grandes áreas: *(i)* fortalecimento da democracia; *(ii)* renovação; e *(iii)* solução simplista.

No primeiro grupo de argumentos**,** a "Bancada Ativista", o Movimento "Livres", o "Renova BR", o "Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE)" e o "Brasil 21", evidenciaram que as candidaturas avulsas são uma forma complementar de efetivação da democracia pela inclusão da minoria. A exclusividade de candidatura por partidos políticos limitaria a defesa de interesses da comunidade como um todo e, de outra sorte, as candidaturas avulsas permitiriam uma maior representatividade da minoria sem uma quebra do respeito à vontade majoritária.

Quanto ao segundo grupo de argumentos, os movimentos "Vem pra Rua", "Frente pela Renovação", "Frente Favela Brasil",

36 https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=432088&ori=1

"Acredito" e "Não aceito corrupção" defenderam que a implementação desse novo tipo de candidatura, pelo caráter apartidário, possibilita a defesa de pautas universais e demonstra a liberdade individual. Esse tipo de candidatura realizaria uma aproximação do Congresso com a sociedade.

No entanto, quanto ao último grupo de argumentos, o representante do movimento "Transparência Brasil", Manoel Galdino, apresentou manifestação aduzindo que as candidaturas avulsas são uma solução simplista para um problema muito mais complexo. Esse novo sistema dificultaria a governabilidade e não contribuiria para a pluralidade democrática.

Membros da Academia procuraram demonstrar os impactos que a candidatura independente poderia causar no sistema político por meio de argumentos[37] que se baseavam *(i)* na fragmentação que seria gerada no sistema político e *(ii)* nas mudanças estruturais, na atual legislação, que seriam necessárias para adequá-la a essa nova situação.

O Procurador Geral da República, Augusto Aras, manifestou-se favoravelmente às candidaturas avulsas. Para o PGR, esse novo sistema não contraria a Constituição Federal, pois permite o amplo usufruto dos direitos políticos e, ao mesmo tempo, não restringe o sistema democrático de modo a não suprimir os partidos políticos.

Ao final da audiência pública, o Ministro Roberto Barroso reconheceu que o debate a respeito da implementação das candidaturas avulsas não abrange apenas a legalização das candidaturas, ele também engloba todas as possíveis mudanças e reajustes que o sistema eleitoral viria a sofrer e também com que intensidade essa implementação seria realizada, apenas para eleições majoritárias ou para as majoritárias e as proporcionais.

Dessa forma, percebe-se que não existe unanimidade nas exposições das pessoas convocadas, restando demonstrada a complexi-

37 stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=432112

dade do assunto. É dizer: de fato, é sedutora a tese da inconvencionalidade das candidaturas autônomas. Nada obstante, se for agasalhada pode gerar algumas perplexidades, mormente se vier desacompanhada de alterações legislativas a isso correlatas, visto que todo o sistema político-eleitoral, repita-se, gira em torno do imperativo de filiação partidária.

Basta esperar para que possam ser verificados os possíveis desdobramentos deste julgamento.

REFERÊNCIAS

ARAS, Augusto. **Fidelidade Partidária: efetividade e aplicabilidade.** 1ª ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Partidos da Bancada Atual de Deputados Federais**. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/. Acesso em 15 jul.2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ARE 1.054.490/RJ**. Rel. Min. Roberto Barroso, j. 05/10/2017, DJe 09/03/2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Professores destacam os impactos da candidatura avulsa**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=432112>. Acesso em 12/02/2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Audiência pública: representantes de movimentos sociais expõem argumentos sobre candidaturas avulsas. Portal STF. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=432088&ori=1>. Acesso em 11/02/2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Candidatura avulsa: instituições e parlamentares apresentam argumentos pró e contra. Portal STF. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=432018&ori=1>. Acesso em 11/02/2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Candidaturas avulsas, bibliografia, legislação e jurisprudência temática**. Secretaria de Documentação Coordenadoria de Biblioteca. Publicado em 11/2019.

BENITES, Afonso. **Dos 513 deputados na Câmara do Brasil, só 36 foram eleitos com votos próprios. Por quê?** Jornal EL PAÍS. Disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/19/politica/1461023531_819960.html. Acesso em 11/02/2020.

CARDOSO, Fernando Henrique. **Crise e reinvenção da política no Brasil.** 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado, **Direito Eleitoral, direito processual eleitoral e direito penal eleitoral**. 4ª ed.- Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GOMES, José Jairo, **Direito Eleitoral**. 14ª ed.rev, atual. ampl.-São Paulo: Atlas, 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis.** 2ªed – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso Duviver de Albuquerque, **o § 2º do art. 5º da Constituição Federal**. *In* Ricardo Lobo Torres (org.), **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 8ª ed. ver. Atual.- São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional.** 17ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

REDAÇÃO JOTA. **As 9 razões do TSE contra candidaturas avulsas**. Portal JOTA. Disponível em <https://www.jota.info/justica/as-9-razoes-do-tse-contra-candidaturas-avulsas-03102017>. Acesso em 12/02/2020.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

SARLET, Ingo Wolfang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10 ed. ver. atual. e ampl; 2ª tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

FREITAS, Hyndara. **No STF, partidos e movimentos sociais divergem sobre candidaturas avulsas.** Disponível em <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/stf/do-supremo/no-stf-partidos-e-movimentos-sociais-divergem-sobre-candidaturas-avulsas-10122019>. Portal JOTA. Acesso em 11/02/2020.

CONSULTAS EM MATÉRIA ELEITORAL

Tarcisio Vieira de Carvalho Neto[1]

1. LOCALIZAÇÃO E IMPORTÂNCIA DO TEMA

O presente trabalho visa incursionar sobre a necessária intersecção entre o postulado da segurança jurídica e a função consultiva atribuída ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE), órgão de cúpula da Justiça Eleitoral brasileira, responsável por resguardar e consolidar os direitos políticos, bem como os valores, princípios e sistemas edificados pelo Constituinte de 1988, a fim de garantir máxima efetividade à Carta Política Maior.

A alta conflituosidade dos processos eleitorais e a crescente judicialização das eleições, a baixa densidade normativa dos preceitos que compõem o sistema jurídico eleitoral, composto, em grande parte, de cláusulas abertas e conceitos indeterminados, são indicativos da necessidade de uma hermenêutica atrelada ao texto constitucional, calcada nos princípios da proteção à confiança e da segurança jurídica, a fim de estabelecer, com previsibilidade e coerência, as regras do jogo democrático, bem como de garantir o *fair play* entre os competidores eleitorais.

Diante das novas garantias constitucionais e dos valores tutelados pelo nosso ordenamento jurídico eleitoral – igualdade, legitimidade das eleições e moralidade para o exercício dos mandatos –, o

1 Ministro do Tribunal Superior Eleitoral; pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos (Direito, Política, História e Comunicação), organizado pelo ***Ius Gentium Conimbrigae***, da Faculdadade de Direito da Universidade de Coimbra; doutor e mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FD/USP; professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – FD/UnB; subprocurador-geral do Distrito Federal; advogado.

Poder Judiciário vem sendo chamado a solucionar diversos conflitos e promover o controle qualitativo da nossa democracia, o que traz à baila o tema – bastante discutido no Brasil e em diversos outros países – relativo ao ativismo ou protagonismo judicial.

Tal situação traz a discussão para esse foro especializado, defrontando-se os operadores com a seguinte indagação: como adaptar o processo eleitoral aos princípios que lhe são mais caros e evitar um indesejável ativismo diante da prodigalidade de ações vocacionadas à alteração do resultado das eleições e à subtração dos efeitos do sufrágio popular?

Afinal, a Justiça Eleitoral, uma vez provocada, tem o dever de garantir eleições livres, justas e equilibradas, extirpando as influências abusivas e ilegítimas, atentatórias ao princípio democrático. Por outro lado, tendo em vista a natureza contramajoritária das decisões sancionatórias da Justiça Eleitoral, de natureza desconstitutiva dos mandatos outorgados nas urnas, devem-se privilegiar a soberania popular e a vontade do eleitor, a menos que a realidade fática descortinada pela prova produzida em cada caso concreto aponte para a ilegitimidade do mandato ou para a invalidade da votação de determinado partido ou candidato, o que deve ser demonstrado mediante fundamentação jurídica adequada.

Diante desse tensionamento que permeia o exercício da jurisdição eleitoral, o princípio da segurança jurídica atua como importante contrapeso a eventuais oscilações hermenêuticas, de modo que a estabilidade do processo eleitoral também importe interpretação estável e uniforme do ordenamento jurídico, evitando-se a adoção de soluções distintas para situações iguais ou semelhantes, sem perder de vista os bens jurídicos protegidos pelo microssistema eleitoral, a visão finalística e a constitucionalização desse ramo especializado do direito.

Diante do panorama entreaberto, a fim de que a atividade interpretativa, a qual implica concretização do direito e valoração dos

conceitos normativos, não se desvirtue em mera discricionariedade ou arbitrariedade do julgador, torna-se imprescindível submetê-la ao princípio da motivação racional das decisões judiciais, previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal e ratificado no texto do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), que resguarda o jurisdicionado da insuficiência das decisões omissas, genéricas e imprecisas, considerando-se não fundamentada a decisão que "não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador" (art. 489, § 1º, IV, do CPC), nem aquela que "se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos" (art. 489, § 1º, V, do CPC).

Num tal contexto, ganha força o debate sobre o postulado da segurança jurídica e seus atuais contornos a partir dos novéis paradigmas adotados pelo Código de Processo Civil de 2015 e pela festejada Lei nº 13.655/2018, doravante também chamada de Lei Anastasia, diploma que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), incluindo disposições sobre segurança jurídica na aplicação do Direito Público.

Em meio ao debate proposto, descortina-se campo fértil para o exame da problemática no âmbito de uma das mais delicadas competências (de difícil sisteatização) da Justiça Eleitoral do Brasil, qual seja: responder a consultas jurídicas formuladas por autoridades federais e partidos políticos.

Ambiciona-se aquilatar, no âmbito da presente investigação, se, após a vinda à baila do CPC/2015 e da Lei Anastasia, as respostas dadas pelo TSE no âmbito das consultas passaram a ostentar, em nome da segurança jurídica, efeitos vinculantes e se, adicionalmente, passa a vigorar certa inibição do órgão de cúpula da justiça especializada em matéria eleitoral de ferir o mérito dos questionamentos formulados pelos entes legitimados.

2. SEGURANÇA JURÍDICA EM MATÉRIA ELEITORAL

Antes do avanço sobre o núcleo do tema objeto deste estudo – consultas em matéria eleitoral –, urge incursionar sobre o dogma da segurança jurídica, a fim promover a reflexão sobre a importante função das consultas como instrumentos de prevenção de conflitos e pacificação social no âmbito jurídico-eleitoral.

Conquanto o princípio da segurança jurídica não seja estabelecido de forma explícita no texto constitucional, é possível extraí-lo de vários dispositivos,[2] o que exige do intérprete uma visão sistêmica do instituto em suas várias vertentes, como um dos pilares do Estado democrático de direito.

A respeito do tema, Gilmar Ferreira Mendes preleciona:

> É possível que a aplicação da lei no tempo continue a ser um dos temas mais controvertidos no Direito hodierno. Não raro, a aplicação das novas leis às relações já estabelecidas suscita infindáveis polêmicas. De um lado, a ideia central de segurança jurídica, uma das expressões máximas do Estado de Direito; de outro, a possibilidade e a necessidade de mudança. Constitui grande desafio tentar conciliar essas duas pretensões em aparente antagonismo.[3]

2 Alguns preceitos evidenciam a opção constitucional pela segurança jurídica como princípio estruturante do Estado de direito, como: "A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. (Art. 5°, XXXVI); Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. (Art. 5°, XXXIX); A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. (Art. 5°, XL); A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência. (Art. 16, caput); Art. 103-A [...] § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica."

3 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 352-353.

Após esmicuçar relevantes aspectos das garantias constitucionais do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, bem como dos graus de retroatividade da lei – máxima, média e mínima –, o autor elucida que, "em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça material".[4]

Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil – NCPC (Lei nº 13.105/2015), cuja principiologia envolve regras de cooperação, vedação das decisões surpresa, boa-fé, ordem cronológica dos julgamentos e motivação, além de prever a submissão do juiz aos fins sociais, às exigências do bem comum, ao resguardo da dignidade da pessoa humana e aos postulados da proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência (art. 8º), inúmeros temas processuais estão carentes de revisitação doutrinária e jurisprudencial, dentre os quais a questão relativa à força dos precedentes judiciais, versada nos arts. 926 e 927, bem como à eficácia vinculante das consultas, as quais expressam o entendimento do TSE acerca de temas sensíveis no âmbito eleitoral e, para além de orientar e prevenir conflitos, podem vir a subsidiar e integrar a fundamentação de futuros julgados sobre casos concretos.

O dever atribuído a todo e qualquer tribunal de uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, de modo a que seja obrigatoriamente observada por juízes e tribunais, isto é, com eficácia vertical e horizontal, consubstancia uma das melhores novidades deflagradas pelo NCPC. No particular, promove-se visível aproximação, teórica e prática, quanto ao papel dos precedentes judiciais, entre os sistemas do *common law* e da *civil law*, com implicações e ganhos consistentes, em prol da efetividade e da coerência ínsitas a uma atividade judicante que se pretende, por imperativo

4 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 380-381.

constitucional, conforme o chamado "direito justo", para fazer uso da consagrada expressão de Karl Larenz.

O tema é importante não só no processo civil comum, não especializado, mas também nos domínios do processo eleitoral, marcado por peculiaridades que aumentam a importância da jurisprudência eleitoral, em nome da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, tônicas das múltiplas atividades desenvolvidas, no contexto contemporâneo brasileiro, pela Justiça Eleitoral.

Na seara eleitoral, pródiga de lacunas normativas, ontológicas e axiológicas, é dos princípios do Direito Eleitoral – explícitos e implícitos, constitucionais e infraconstitucionais – e da jurisprudência setorial das Cortes eleitorais, em especial da do TSE, que se retira a harmonia sistêmica que vivifica o processo de depuração da democracia brasileira e anima, quanto à atividade eleitoral jurisdicional típica, a resolução das lides eleitorais segundo parâmetros de justiça material (legalidade substancial). Conhecer e concretizar, no dia a dia, a jurisprudência eleitoral é algo necessário, senão imprescindível, para aqueles que pretendem se lançar nas águas revoltas do Direito Eleitoral.

Paralelamente a isso, reveste-se de vultosa importância a atividade consultiva do TSE, norteada pelo ideal de prevenção de conflitos, bem como de orientação a todos os atores envolvidos no processo eleitoral, sejam eles integrantes do sistema de justiça – tribunais, juízes eleitorais, Ministério Público Eleitoral e advogados – ou da própria arena política – partidos, candidatos, eleitores e a sociedade civil em geral, cada vez mais envolvida no cenário eleitoral, mormente em virtude dos novos canais de manifestação que integram as contemporâneas sociedades em rede ou democracias digitais, ampliadas pela internet e pelas redes sociais, bem como do atual modelo de financiamento das campanhas eleitorais, custeadas majoritariamente com recursos públicos.

Em passagem magistral, Diogo de Figueiredo Moreira Neto define como "direitos fundamentais os que vêm expressos, explícita ou implicitamente, no Título I da Constituição (arts. 1º a 4º), destacando-se, para o direito Administrativo, seis deles: o da segurança jurídica, o republicano, o democrático, o da cidadania, o da dignidade da pessoa humana e o da participação".[5] Afora a emblemática menção, em primeiro lugar, no rol de direitos fundamentais, assevera ainda o autor que trata "a segurança jurídica de um mega princípio do Direito, o cimento das civilizações, que, entre outras importantes derivações relevantes para o Direito Administrativo, informa o princípio da confiança legítima, o princípio da boa-fé objetiva, o instituto da presunção de validade dos atos do Poder Público e a teoria da evidencia [...]".[6]

Acrescenta Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Ora bem, é sabido e ressabido que a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou podem fazer, tendo em vista as ulteriores consequências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da "segurança jurídica", o qual, bem por isto, se não é o mais importante dentro dos princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles.[7]

No mesmo viés principiológico, confira-se o dever de previsibilidade que deve pautar os atos do poder público na preciosa lição de Geraldo Ataliba:

---

5 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 78.

6 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 79.

7 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 124.

> O quadro constitucional que adota os padrões do constitucionalismo – do ideário francês e norte-americano instalado no mundo ocidental, nos fins do século XVIII – e principalmente a adoção de instituições republicanas, em inúmeros Estados, cria um sistema absolutamente incompatível com a surpresa. Pelo contrário, postula absoluta e completa previsibilidade da ação estatal pelos cidadãos e administrados. É que o legislador atua representando o povo e expressando seus desígnios. [...] O legislador e – com maior razão – o administrador não surpreendem o povo. Isso está na consciência cívica intransigente e robusta do taxpayer americano como no senso de responsabilidade do public servant inglês; é essência do espírito administrativista do servidor francês, como da alma de qualquer agente político ou administrativista alemão. Se os padrões culturais europeus criam clima mais favorável a esse tipo de responsabilidade política, é certo, também, que tais modelos foram entre nós sempre apresentados como paradigmáticos. [...] Sob a designação de *fair administration* a doutrina norte-americana desenvolve essa necessária implicação do princípio republicano (síntese da ideia de democracia representativa), que é a natural lealdade do Estado (Estado-legislador e Estado-administrador, para usar a fecunda elaboração do saudoso Oswaldo Aranha Bandeira de Mello) para com seus cidadãos.[8]

Aponta Luciano Ferraz, com a lucidez habitual, com base em doutrina nacional e estrangeira, os seguintes temas relacionados à compreensão da segurança jurídica (em sentido amplo):

> a) Irretroatividade das leis e demais atos estatais, bem assim de interpretações já realizadas pelos órgãos administrativos e judiciais acerca da legislação aplicável.
>
> b) Dever de o Estado dispor sobre regras transitórias em razão de alterações abruptas de regimes jurídicos setoriais (*v.g.* ordem econômica, exercício profissional, servidores públicos).

8 ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. 2. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 171-172.

> c) Responsabilidade pré-negocial do Estado (*v.g.* direito à contratação dos vencedores de licitação; direito à nomeação dos aprovados em concursos públicos.)
>
> d) Responsabilidade do Estado pelas promessas firmes feitas por seus agentes, notadamente no âmbito do planejamento econômico.
>
> e) Manutenção no mundo jurídico de atos administrativos inválidos.[9]

Gilmar Ferreira Mendes, de sua vez, ensina que a ordem constitucional tem se valido de uma ideia mais abrangente do que a de direito adquirido, que é o princípio da segurança jurídica enquanto postulado do Estado de direito. Assim:

> A revisão radical de determinados modelos jurídicos ou a adoção de novos sistemas ou modelos suscita indagações relevantes no contexto da segurança jurídica. A ideia de segurança jurídica torna imperativa a adoção de cláusulas de transição nos casos de mudança radical de um dado instituto ou estatuto jurídico. [...] Assim, ainda que se não possa invocar a ideia de direito adquirido para a proteção das chamadas situações estatutárias ou que se não possa reivindicar direito adquirido a um instituto jurídico, não pode o legislador ou o Poder Público em geral, sem ferir o princípio da segurança jurídica, fazer tabula rasa das situações jurídicas consolidadas ao longo do tempo. Situações consolidadas podem assentar-se até mesmo em um quadro inicial de ilicitude.[10]

Antonio Rulli Neto e Justine Esmeralda Rulli arrematam que é por meio da segurança jurídica que se assegura estabilidade, credibilidade nas relações sociais e jurídicas. E que:

---

9 FERRAZ, Luciano. **Processo administrativo** – temas polêmicos da Lei nº 9.784/99. São Paulo: Atlas, 2011. p. 122.

10 MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 392.

> É uma atuação da Administração Pública não mais pautada friamente na legalidade, mas em busca de resguardar direitos e expectativas por ela lançadas aos próprios administrados. Garantir que situações antigas não se alterem bruscamente sem qualquer resguardo. É preservar a boa-fé daqueles que acreditaram e se guiaram pela conduta da Administração Pública. É preservar estados que já se consolidaram com o passar do tempo. É proteger aquele administrado que acreditou na Administração Pública, na lisura e presunção de legalidade, licitude, veracidade e manutenção de seus atos.[11]

Além disso, por força do que dispõe o Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 15, aplicável supletiva e subsidiariamente aos processos eleitorais, trabalhistas e administrativos, não se pode perder de vista todo o arcabouço principiológico fundado na dignidade humana. É dizer: o administrado não pode ser tido como objeto de manobra, como ser inanimado, despido da dignidade humana constitucionalmente assegurada. Ao revés, deve ser tratado como sujeito de direito, destinatário maior das aspirações constitucionais ligadas ao bem-estar social.

Por isso mesmo é que o CPC/2015, apresentando-se como uma espécie de teoria geral do processo, abrangente do processo judicial (civil, penal e trabalhista) e do processo administrativo – na trilha da aproximação sistêmica entre processo judicial e processo administrativo, *ex vi* do disposto no art. 5º, LV e LXXVIII, da Constituição Federal – preocupou-se em estabelecer, em seu art. 1º, que o processo deve ser ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Carta Política Maior.

Tais premissas metodológicas, de índole processual-constitucional, se aplicam às inteiras, por medida de justiça, também ao jul-

11 RULLI NETO, Antonio; RULLI, Justine Esmeralda. Segurança jurídica e ato administrativo. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). Os caminhos do ato administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 180-182.

gador administrativo, inclusive ao TSE em sua atividade consultiva, capaz de irradiar balizas e referências claras que vão orientar os operadores do direito e todos os atores do processo eleitoral, umbilicalmente vinculada ao dever de motivação das decisões judiciais, que instrumentaliza efetivo controle da atividade jurisdicional, ao qual corresponde o direito fundamental a um processo justo.

3. COMPETÊNCIAS DA JUSTIÇA ELEITORAL DO BRASIL

A Justiça Eleitoral representa um dos pilares da democracia brasileira, porquanto tem por função precípua revelar e zelar pela verdade das urnas, isto é, a vontade soberana do eleitor. Destaca-se por várias peculiaridades, sobretudo por ser detentora, além da função jurisdicional típica, da função administrativa na condução de todo o processo eleitoral – desde o alistamento de eleitores até a diplomação dos candidatos eleitos –, da função consultiva e, ainda, do poder normativo ou regulamentar.

Em sua **função administrativa**, a Justiça Eleitoral atua no alistamento e na gestão do Cadastro Nacional de Eleitores, na preparação e organização das eleições, nas quais se associa a várias instituições para fins de apoio logístico e operacional, garantindo que o direito ao voto seja universalmente exercido em todo o território brasileiro, que ostenta dimensões continentais. Ainda na seara administrativa, exerce o poder de polícia sobre as práticas irregulares de propaganda, a fim de preservar a equidade, o equilíbrio e a lisura das campanhas eleitorais, cuja liberdade de expressão ganha sua máxima amplitude no correspondente direito de informação a ser exercido pelo eleitor a fim de que este manifeste sua vontade de forma livre, consciente e soberana.

Outra função peculiar da Justiça Eleitoral, ainda na seara não jurisdicional, é a de **responder consultas**. É sabido que o Poder Ju-

diciário, em regra, não emite pareceres, apenas aplica o direito diante dos casos concretos, julgando fatos pretéritos, mas na Justiça Eleitoral a atividade consultiva, com sua eficácia prospectiva, ganha especial relevo diante dos postulados da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da cooperação que devem nortear todos os sujeitos do processo eleitoral em sua dimensão material e procedimental.

No exercício da (típica) **função jurisdicional**, compete aos órgãos da Justiça Eleitoral dirimir os conflitos intersubjetivos e aplicar a legislação eleitoral, em matéria penal e extrapenal, observando os meios de impugnação e recursos expressamente previstos na legislação eleitoral, fortemente orientados pelos princípios da preclusão e da celeridade em razão das fases e dos prazos estabelecidos no calendário eleitoral.

Além das funções referidas, de difícil sistematização, o TSE é investido de **poder normativo**, pelo qual lhe compete expedir instruções ou regulamentos de caráter secundário ou derivado – vedada a restrição de direitos ou a criação de sanções não previstas em lei –, para assegurar a organização do processo eleitoral e o efetivo exercício dos direitos políticos, bem como a aplicação e execução das normas eleitorais, consoante previsto no Código Eleitoral (art. 1º, parágrafo único, e art. 23, IX), na Lei nº 9.504/97 (art. 105) e na Lei nº 9.096/95 (art. 61).

4. CONSULTAS EM MATÉRIA ELEITORAL

A. Previsão legal e competência

Compete à Justiça Eleitoral, sem prejuízo de outras igualmente relevantes, função que não encontra correspondência em outros órgãos do Poder Judiciário: a função consultiva. A despeito de não ha-

ver previsão constitucional, o Código Eleitoral, recepcionado como lei material complementar na parte que disciplina a organização e a competência da Justiça Eleitoral (art. 121 da CF/88), estabelece, no inciso XII do art. 23, entre as competências privativas do TSE, "responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político".

A expressão "matéria eleitoral" garante ao TSE a titularidade da competência para se manifestar em todas as consultas que tenham como fundamento matéria eleitoral, independentemente do instrumento normativo no qual esteja incluída, segundo afirmado pela Ministra Cármen Lúcia, relatora da ADI nº 26.604/DF, cuja matéria de fundo residia no instituto da fidelidade partidária, objeto da Consulta nº 1.398/DF, a partir da qual sobrevieram inúmeras outras consultas e questionamentos acerca desse tormentoso tema, dando azo, inclusive, a posterior edição da Res.-TSE nº 22.610/2007. Consta do voto da relatora que:

> A expressão matéria eleitoral não limita a competência daquele ínclito Tribunal Superior em responder tão somente as consultas estritamente relacionadas com a interpretação da chamada legislação eleitoral. Bem diversamente, garante-se ao mais alto Tribunal, na hierarquia da Justiça Eleitoral brasileira, a titularidade da competência para se manifestar em todas as consultas que tenham como fundamento matéria eleitoral, independente do instrumento normativo no qual esteja ele incluído [...].

Em seu art. 30, VIII, o Codigo Eleitoral prevê a competência similar dos tribunais regionais para responder às consultas apresentadas por autoridade pública ou partido político no âmbito de suas jurisdições.

B. Natureza jurídica

Quanto à natureza jurídica dos pronunciamentos emitidos pelo TSE, em resposta às consultas, trata-se de atos materialmente administrativos, diferindo, portanto, das decisões proferidas em sede jurisdicional, bem como das instruções e dos regulamentos expedidos no exercício da função normativa atribuída ao órgão de cúpula da Justiça Eleitoral.

O Ministro Néri da Silveira, no julgamento da ADI nº 1805-MC, não conheceu da referida ação "no que concerne às Resoluções referidas do TSE, em resposta a consultas, porque não possuem a natureza de atos normativos, nem caráter vinculativo". Assentou, ainda, que

> Cuida-se, aí, de exercício de competência materialmente administrativa. Não se reveste de deliberação da Corte, em respondendo a consultas, de caráter vinculativo ou obrigatório. Nada impede que, em decisão de natureza jurisdicional, sobre a mesma matéria, em caso concreto, a própria Corte, em tese, possa decidir diversamente. Porque a resposta a Consulta não obriga quer o consulente, quer terceiros, nem dela coisa julgada resulta, força e entender que não se caracterizar dita Resolução como ato normativo, suscetível de controle concentrado de constitucionalidade. Decerto, a resposta a consulta em torno da exegese de determinada norma, traduz a compreensão da Corte, em abstrato, sobre a matéria eleitoral em exame, mas não se erige em deliberação ou disposição de caráter imperativo, como se da natureza da norma jurídica ou do ato normativo, ***strictu sensu***. [...] Tem se compreendido, de outra parte, que o exercício da atribuição normativa está intimamente vinculado a de responder a consultas sobre matérias de seu núcleo constitucional e legal de competência, formalizando-se, de ordinário, as respostas a consultas, por meio de Resoluções. [...] De outra parte, a decisão do TSE, quando responde consultas, não é materialmente jurisdicional, dela não resulta coisa julgada, mas, tao só, de natureza administrativa e normativa. Isso significa que, na resposta a consulta, não declara a Corte o direito, que há de incidir numa determinada hipótese, em concreto.

O entendimento proferido pela Suprema Corte nesse e em outros julgados foi incorporado à (clássica) jurisprudência do TSE, a exemplo do que decidido no AgR-MS nº 3.710/DF, Rel. Min. Caputo Bastos, *DJ* de 16.6.2008, no qual se fixou a seguinte tese:

> Conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal (Recurso em Mandado de Segurança nº 21.185/DF, rel. Min. Moreira Alves, de 14.12.1990), a resposta dada a consulta em matéria eleitoral não tem natureza jurisdicional, mas, no caso, é ato normativo em tese, sem efeitos concretos, por se tratar de orientação sem força executiva com referência a situação jurídica de qualquer pessoa em particular.

Em verdade, ao examinar uma consulta, o TSE confere a interpretação que melhor parece se extrair de determinada norma eleitoral, indicando o seu alcance diante de situações hipotéticas delineadas pelos consulentes, de conteúdo generalizável.

Tal pronunciamento, conquanto não seja dotado de eficácia executiva, como sucede nos julgados proferidos em sede jurisdicional com efeitos *inter partes*, se reveste de inegável relevância no âmbito do Direito Eleitoral e, portanto, serve de paradigma para decisões futuras, fortalecendo sobremaneira o postulado da segurança jurídica e a proteção da confiança, conferindo maior credibilidade e robustez à atuação dessa justiça especializada, o que, sem dúvida, fortalece o ideal democrático brasileiro.

Demais disso, pode-se dizer que os efeitos subjetivos das decisões proferidas em sede de consultas são *erga omnes*, porquanto, nos termos do art. 30, XVI, do Código Eleitoral, compete aos tribunais regionais – e, por consequência, a todos os juízes eleitorais – "cumprir e fazer cumprir as decisões e instruções do Tribunal Superior".

C. Pressupostos de cabimento – legitimidade e abstração

O enfrentamento de consultas eleitorais pelo TSE está condicionado ao inequívoco preenchimento dos seguintes requisitos normativos cumulativos, de acordo com a sistematização levada a efeito na Cta nº 0600252-18/DF, Rel. Min. Rosa Weber, *DJe* de 15.8.2018:

a) Pertinência do tema (matéria eleitoral);

b) Formulação em tese;

c) Legitimidade do consulente.

O rol de legitimados ativos para a formulação adequada de consultas eleitorais dirigidas ao TSE advém do disposto no art. 23 do Código Eleitoral, a saber:

a) Autoridade com jurisdição federal;

b) Órgão nacional de partido político.

Os requisitos relacionados à pertinência da matéria (eleitoral) demandam maiores esforços intelectivos. A jurisprudência do TSE é firme no sentido de que:

> [...] quanto à delimitação do objeto da consulta, esta Corte tem perfilhado o entendimento de que 'os parâmetros para o conhecimento das consultas devem ser extremamente rigorosos, sendo imprescindível que os questionamentos sejam formulados em tese e, ainda, de forma simples e objetiva, sem que haja a possibilidade de se dar múltiplas respostas' (Consulta nº 172450, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJe* de 24.2.2012) (Cta nº 0600193-93/DF, Rel. Min. Edson Fachin, *DJe* de 9.8.2019).

Como consectário hermenêutico lógico, se "evidenciada a ausência de clareza e de objetividade nas indagações propostas, exigidas

para o enfrentamento das questões no âmbito desta Corte Superior, é inviável o conhecimento da consulta, por comportar mais de uma interpretação" (Cta nº 0600452-25/DF, Rel. Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, *DJe* de 29.6.2018).

Assim, as indagações encetadas nas consultas dirigidas à Justiça Eleitoral hão de ser inequivocamente claras e objetivas e devem versar sobre temas originais e inovadores. Do contrário, se já houver posicionamento do TSE, no exercício de sua função jurisdicional ou normativa, a consulta repetitiva não ultrapassará a barreira do conhecimento. Nesse sentido, rememore-se o seguinte precedente: "Regulamentada a matéria no âmbito deste Tribunal Superior, resulta prejudicado o exame do questionamento formulado" (Cta nº 0600054-78/DF, Rel. Min. Rosa Weber, *DJe* de 23.8.2018).

5. A LEI ANASTASIA (LEI Nº 13.655/2018)

O Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que instituiu a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), dispõe sobre a aplicação e a interpretação das demais normas existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se, portanto, de uma metanorma, pois dispõe sobre a aplicação e a interpretação das demais normas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, a qual foi recentemente alterada pela Lei nº 13.655/2018, apelidada de Lei Anastasia.

Os novos dispositivos surgiram para alcançar maior amplitude e eficácia ao postulado da segurança jurídica, proteger a expectativa legítima dos cidadãos e conferir mais coerência ao sistema público brasileiro, visando impedir arbitrariedades do Estado em detrimento das pessoas físicas e jurídicas, a gerar um ambiente propício para a harmonização das relações sociais.

No que diz respeito ao tema abordado neste estudo, destaca-se a norma prevista no art. 30 da LINDB, que tem o seguinte teor:

> Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).
>
> Parágrafo único. Os instrumentos previstos no *caput* deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).

Indene de dúvidas que, a partir do novo paradigma legal, os operadores do Direito Público têm de manter suas orientações nos trilhos da previsibilidade e da coerência, valores que devem nortear a função consultiva da Justiça Eleitoral, mormente diante das já propaladas lacunas ontológicas e deontológicas próprias desse ramo especializado do direito, a requestarem forte participação do TSE em seu papel de guardião da democracia.

Nessa linha de entendimento, o Ministro Luiz Fux, presidente do TSE à época da promulgação da Lei nº 13.655/2018, exarou decisão monocrática em que prestigiou a ideologia subjacente à conclusão de que as consultas eleitorais dirigidas ao TSE dão azo a respostas vinculantes. Na ocasião, na condição de julgador, tive oportunidade de suscitar questão de ordem a respeito da possível reunião de duas consultas e uma petição que tramitavam no TSE e versavam sobre o mesmo tema, sobre a qual foi sintetizado o seguinte entendimento:

> CONSULTA. ASSUNTOS SEMELHANTES. REUNIÃO DE PROCESSOS. ART. 30, § ÚNICO, DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO. REDISTRIBUIÇÃO.

> Como é de todos sabidos, o novel art. 30, parágrafo único, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro estabeleceu o caráter vinculante das respostas dadas a consultas em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.
>
> Assim, considerando-se a necessidade de aumentar a segurança jurídica nas respostas às consultas, bem como para evitar a prolação de decisões conflitantes ou contraditórias, devem ser reunidos sob a mesma relatoria os processos de mesma classe.
>
> (Cta nº 0600244-41/DF, Rel. Designado Min. Luiz Fux, data da decisão: 18.5.2018)

E assim é porque, como bem observado por Pedro Paulo Nascente Macedo Bichuette, em alentado estudo sobre a matéria,

> [...] o *status* de metanorma da LINDB deve ser levado em consideração, de tal sorte que a busca da segurança jurídica, a proteção à confiança legítima e a boa-fé devem ser garantidas em todo o sistema brasileiro, para além dos processos civis. A LINDB orienta a atuação em todos os ramos do direito, seja privado ou público, e, portanto, seria perfeito local para se estipularem regras de coerência e segurança.[12]

Em suma, o TSE, em sua peculiar arquitetura institucional, na qual se acumulam as funções jurisdicional, administrativa, normativa e consultiva, deve se adequar à nova sistemática incorporada à LINDB, sob pena de fomentar maior instabilidade a um ambiente naturalmente tensionado por conflitos e crescente judicialização, como sabidamente ocorre no âmbito das campanhas e disputas eleitorais.

12 BICHUETTE, Pedro Paulo Nascente Macedo. A atividade consultiva do Tribunal Superior Eleitoral – efeito vinculante, segurança jurídica e coerência sistêmica. 2019. Monografia elaborada sob a orientação do autor do presente arigo, apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

6. EFEITOS VINCULANTES DA CONSULTA EM MATÉRIA ELEITORAL

De acordo com Bichuette, ao delinear o panorama e a dinamicidade do contexto político brasileiro, por vezes incompatível com a velocidade dos avanços e reformas legislativas,

> Importante destacar que, apesar de derivar de caso concreto, a norma geral é, em verdade, a interpretação feita pelo juiz de norma já existente. Tal premissa servirá, adiante, para aproximar o instituto das consultas aos precedentes, porquanto as respostas dadas pelo TSE, além de fundamentadas, constituem verdadeira interpretação do órgão sobre matérias eleitorais, se encaixando, portanto, na ideia de norma geral que constitui o precedente.[13]

Em percuciente análise, observa ainda o mesmo autor que:

> Em verdade, é possível traçar um paralelo com a função que o STF assume na guarda da legislação constitucional. Ao analisar uma consulta, o TSE confere a interpretação que melhor parece se extrair de determinada norma eleitoral. Por assumir o papel de órgão de cúpula dessa Justiça especializada, o pronunciamento se revestiria de certa relevância no Direito Eleitoral e, portanto, serviria de paradigma para decisões futuras. É também nesses termos a lição de Castilhos (2018), digna de destaque:
>
> Ademais, como se pode facilmente perceber, as consultas ao TSE possuem inúmeras familiaridades com os processos de controle concentrado de constitucionalidade: são julgamentos em tese; emanam seus efeitos para além dos autos; contam somente com o polo ativo da ação; possuem legitimação ativa prevista em *numerus clausus*; não há contraditório; possuem relevância e repercussão social; são compatíveis com a intervenção de *amicus curiae*, etc. (CASTILHOS, 2018, p. 71)

13 BICHUETTE, Pedro Paulo Nascente Macedo. A atividade consultiva do Tribunal Superior Eleitoral – efeito vinculante, segurança jurídica e coerência sistêmica. 2019. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2019. p. 36

Vê-se, portanto, a necessidade de se enquadrarem as consultas como precedentes de observância obrigatória, inclusive por uma questão de coerência sistêmica.[14]

Bichuete revela, ainda, com mestria, que:

Conferir efeito vinculante às respostas dadas pelo TSE a consultas é consequência lógica da teoria dos precedentes, malgrado as consultas não versarem sobre casos concretos como os precedentes. Isso porque:

(i) O Plenário do TSE responde à consulta, situação que se enquadra na ideia do autoprecedente e que faz surgir um dever de fundamentação específico, pelo qual o magistrado precisa, necessariamente, referir-se ao que foi realizado anteriormente pelos seus pares para decidir adequadamente uma questão similar (autorreferência, nas lições de Macêdo (2014));

(ii) As respostas se dão com base na interpretação de normas eleitorais preexistentes, o que não fere a separação de poderes e atinge uma eficácia universalizável;

(iii) Diante da existência de lacunas no Direito Eleitoral, faz-se necessário estipular quais as orientações se extraem das normas, e essa meta é atingida nas consultas;

(iv) A resposta às consultas é absorvida pelos administrados, que, com boa-fé, se comportam conforme orientados, e, portanto, é necessário impor a observância obrigatória das consultas com intuito de se conferir segurança jurídica e dar proteção à confiança legítima e à boa-fé;

(v) Como "a resposta à consulta deve ser fundamentada" (GOMES, 2017, p. 83), afasta-se a ideia de que conferir efeito vinculante levaria ao engessamento do ordenamento eleitoral, uma vez que é sempre possível a superação do precedente. O que se impõe é apenas

14 BICHUETTE, Pedro Paulo Nascente Macedo. A atividade consultiva do Tribunal Superior Eleitoral – efeito vinculante, segurança jurídica e coerência sistêmica. 2019. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2019. p. 52.

maior ônus argumentativo a fim de se esclarecer a motivação que levou o órgão a inovar na solução de eventual demanda jurídica;

(vi) Para que se confira coerência ao sistema eleitoral, há de se reconhecer a força das consultas, sob pena de se esvaziar a razão de ser das funções do TSE; e

(vii) A consulta "orienta a ação dos órgãos da Justiça Eleitoral, podendo servir de fundamento para decisões nos planos administrativo e judicial" (GOMES, 2017, p. 83).[15]

Para o mesmo autor:

Portanto, impedir o reconhecimento do caráter de precedente às consultas não se mostra razoável e prestigia um rigor técnico exacerbado. Relevante destacar que:

Em que pese a importância das distinções terminológicas, **o problema não se resume a uma distinção entre as categorais jurídicas da decisão judicial, do precedente e da jurisprudência. Muito mais importante é a mudança de mentalidade do judiciário quanto à importância de coerência do sistema. A grande soma de decisões desencontradas, sobre a mesma tese jurídica, num mesmo Tribunal, aponta a necessidade de amadurecimento antes que se possa reconhecer a existência de caráter normativo do precedente no ordenamento brasileir**o. A questão não é se possui ou não, mas antes se vem, assim sendo aplicado. **Somente após se entender que para a escrita de cada nova página há que se respeitar a anterior é que se terá o respeito ao precedente e a conseguinte efetividade da sua força normativa**. (REQUIÃO, 2013, p. 345 – grifei)

Pelas mesmas conclusões sobre as consultas e assentando a necessidade de mudança na cultura brasileira quanto aos precedentes, confira-se lição de Castro (2016):

15 BICHUETTE, Pedro Paulo Nascente Macedo. A atividade consultiva do Tribunal Superior Eleitoral – efeito vinculante, segurança jurídica e coerência sistêmica. 2019. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2019. p. 57.

A consulta, em última análise, pode contribuir para a segurança jurídica, **desde que o Tribunal assuma o compromisso ético e institucional de manter o entendimento nela manifestado**, pelo menos durante o processo eleitoral a que se refere. **Inaceitável, como não raro acontece, o mesmo Tribunal dar solução jurídica diversa ao tema, quando em sede de solução de conflitos concretos, frustrando a boa fé do consulente e censurando a conduta dantes indicada como lícita**. Em situações tais, a resposta à consulta impõe, isto sim, insegurança jurídica. (CASTRO, 2016, p. 49 – grifei)

No mesmo sentido, Castilhos (2018, p. 71) assenta que, "ao se incutir eficácia erga omnes às respostas do TSE em procedimentos de consulta, o resultado será a aplicação prática do princípio da segurança jurídica, o qual assegurará, também, a incidência do princípio da isonomia. E vice-versa".

Verifica-se, então, o surgimento da teoria dos precedentes administrativos consultivos. E é nesse sentido que Luvizotto (2019, p. 494) escreve:

O fato é que, ao tomar-se a definição doutrinária, precedentes administrativos também poderiam ser compreendidos com as respostas as consultas formuladas – nos termos em que dispõe o artigo 30 da LINDB –, tendo em vista que **a ideia de precedente vincula-se a noção de um ato decisório anterior da Administração, que possui conteúdo jurídico, com a resolução substantiva de um caso concreto num dado momento histórico, de forma fundamentada, que pode assumir relevância suficiente para projetar efeitos para o futuro**. (LUVIZOTTO, 2019, p. 494 – grifei)

Ainda que, mesmo diante das razões acima expostas, se considere impossível enquadrar a consulta eleitoral como precedente de efeito vinculante, propõe-se mais uma linha de raciocínio: o Código de Processo Civil traz, em seu art. 927, V, a previsão de que "Os juízes e os tribunais observarão [...] a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados". Diante disso, como as consultas são respondidas pelo Plenário do TSE, órgão de cúpula da Justiça Eleitoral, deveria haver a observância pelos juízes e tribunais inferiores e, portanto, se chegaria novamente à ideia da consulta como precedente.

> Em conclusão, seja por um caminho ou por outro, é de rigor conferir efeito vinculante aos pronunciamentos do TSE no exercício da função consultiva, em atenção à segurança jurídica e à coerência sistêmica. Na mesma linha, confira-se a lição de Horbach (2016):
>
> Outro aspecto que evidencia uma quebra da segurança jurídica, especialmente no que diz com a previsibilidade e com a proteção da confiança, das expectativas legítimas, é a relacionada ao caráter não vinculante das respostas dadas às consultas no âmbito do próprio Tribunal Superior Eleitoral. Ainda que a Corte tenha respondido uma questão em abstrato e em tese sobre determinada matéria, no exercício de sua função consultiva, nada lhe impõe seguir esse mesmo entendimento quando do exercício das funções juridicional ou administrativa; numa evidente dissociação de identidades, que se ignoram mutuamente. (HORBACH, 2016, p. 370)
>
> Essa lógica foi igualmente prestigiada por Luvizotto (2019), que assim se posiciona:
>
> Na mesma linha, o desenvolvimento recente do princípio da proteção à confiança ou boa-fé do cidadão no comportamento administrativo tem revelado **a exigência atual de atuação administrativa de forma coerente no tempo**, abrangendo mais do que uma doutrina de precedentes, incluindo **a vinculação administrativa a promessas firmes feitas pelo administrador e não apenas a atos decisórios fundamentados**. (LUVIZOTTO, 2019, p. 496-497 – grifei)[16]

No campo eleitoral, as incertezas geradas pelas lacunas normativas, ontológicas e axiológicas e pelo caráter principiológico podem ser pronta e legitimamente supridas pela Justiça Eleitoral em suas diversas funções, firmando-se a jurisprudência, no contexto do NCPC e da Lei Anastasia, como mecanismo eficaz e necessário para conferir racionalidade ao sistema e promover a pacificação social diante de cenários dinâmicos e forte tensão política.

16 BICHUETTE, Pedro Paulo Nascente Macedo. A atividade consultiva do Tribunal Superior Eleitoral – efeito vinculante, segurança jurídica e coerência sistêmica. 2019. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2019. p. 58-60.

No tocante à função consultiva desempenhada pelo TSE, conquanto despida de eficácia executiva inerente aos julgados jurisdicionais e da força normativa tipicamente reservada às instruções, devem-se gerar orientações seguras de observância obrigatória pelo próprio órgão prolator, bem como pelas demais instâncias da Justiça Eleitoral.

Em retrospectiva histórica, relevante rememorar grandes temas que já foram objeto de consultas e geraram sensíveis impactos no processo eleitoral brasileiro, como o tema atinente à verticalização na formação das coligações partidárias, apreciado no ano de 2002, no bojo da Consulta nº 715, que acabou se tornando referência no tocante à formação de coligações partidárias ao instituir, na jurisprudência, o chamado princípio da coerência.

Outro ponto que sofreu profundas alterações em decorrência da atividade consultiva exercida pelo TSE diz com o instituto da fidelidade partidária. O Supremo Tribunal Federal (STF) apreciou, em conjunto, três mandados de segurança (MS nº 26.602, 26.603 e 26.604), impetrados pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), pelo Partido Popular Socialista (PPS) e pelo Partido Democratas (DEM), em face de ato do presidente da Câmara dos Deputados, que indeferira requerimento por eles formulado no sentido de declarar a vacância dos mandatos exercidos por deputados federais que haviam se desfiliado das referidas agremiações sob o fundamento de não figurar a hipótese de mudança de filiação partidária entre aquelas expressamente previstas no Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

O mandado de segurança impetrado pelo PSDB foi motivado pela resposta dada pelo TSE à Consulta nº 1.398/DF, na qual se reconheceu que os partidos políticos e as coligações partidárias têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional se, à míngua de justificativa legítima, ocorrer cancelamento de filia-

ção partidária ou transferência para legenda diversa, do candidato eleito por outro partido.

O STF manteve a tese acolhida pelo TSE em sua atividade consultiva. Um dos principais fundamentos foi o caráter partidário das vagas, extraído diretamente da norma constitucional que prevê o sistema proporcional (CF/88, art. 45, *caput*), no qual a vinculação entre candidato e partido político prolonga-se depois da eleição. Considerou-se que o ato de infidelidade, seja ao partido político, seja ao próprio cidadão-eleitor, mais do que um desvio ético-político, representa, quando não precedido de justa razão, inadmissível ofensa ao princípio democrático e ao exercício legítimo do poder, na medida em que migrações inesperadas não apenas causam surpresa ao próprio corpo eleitoral e às agremiações partidárias de origem, privando-as da representatividade por elas conquistada nas urnas.

Tais orientações foram disciplinadas, posteriormente, no texto da EC nº 52/2006, que alterou o § 1º do art. 17 da Constituição Federal, estabelecendo a ampla liberdade e autonomia dos partidos para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, o que, na prática, aboliu o chamado princípio da coerência ou verticalização.

Em sequência, foi editada, pelo TSE, a Resolução nº 22.610/07, com base nas premissas firmadas na Consulta nº 1.398, o que revela, de modo insofismável, a importância da atividade consultiva exercida pela Corte Superior. A fidelidade partidária foi objeto, ainda, de importantes alterações constitucionais no tocante às chamadas janelas partidárias, que facultam ao detentor de mandato eletivo a migração partidária sem prejuízo do respectivo mandato (EC nº 91/2015) e de mudanças incorporadas ao texto da Lei nº 9095/96 (art. 22-A, incluído pela Lei nº 13.165/2015).

7. SÍNTESE E PROGNÓSTICO: INIBIÇÃO DO TSE EM RESPONDER CONSULTAS?

Em decorrência do natural tensionamento que permeia o exercício das múltiplas atividades empreendidas pela Justiça Eleitoral, o princípio da segurança jurídica atua como importante contrapeso a eventuais oscilações hermenêuticas, notadamente diante dos novos cotornos adotados pelo Código de Processo Civil de 2015 e pela festejada Lei nº 13.655/2018 (Lei Anastasia).

Num contexto remarcado pela existência de lacunas normativas, ontológicas e axiológicas, reveste-se de vultosa importância a atividade consultiva do TSE, norteada pelo ideal de prevenção de conflitos, bem como de orientação a todos os atores envolvidos no processo eleitoral.

A partir do que contém o novel art. 30 da LINDB, com a redação determinada pela Lei Anastasia, dúvidas não há sobre serem vinculantes os efeitos das respostas conferidas às consultas eleitorais. Deveras, o texto legal é claro ao estipular que "as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas" e que tais instrumentos "terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão".

É dizer: a Justiça Eleitoral, no âmbito da sua competência consultiva, deve primar por orientações revestidas de previsibilidade e coerência. Conquanto despidas de eficácia executiva inerente aos julgados jurisdicionais e da força normativa reservada às instruções, as consultas devem dar azo a orientações seguras de observância obrigatória pelo próprio órgão prolator, bem como pelas demais instâncias da Justiça Eleitoral.

Ao tempo do fechamento do presente trabalho, sobreveio interessante decisão monocrática da lavra do Ministro Luis Felipe

Salomão, no âmbito da qual foram reafirmadas algumas premissas ora tidas por inegociáveis. Outras, no entanto, como apontou S. Exa., serão oportunamente revisitadas pelo plenário do TSE, que, a tempo e modo, poderá redesenhar o perfil do instituto das consultas eleitorais.

O Ministro Salomão negou pedido cautelar formulado em consulta (nº 0601012-64) pelo Partido Novo no sentido da possibilidade de utilização dos recursos oriundos do Fundo Partidário até abril de 2020 pelo Ministério da Saúde para a aquisição de insumos destinados ao combate à Covid-19. Na oportunidade, o experiente julgador anotou, inicialmente, que o próprio cabimento da consulta para as finalidades requestadas era matéria controvertida na jurisprudência do Tribunal, mas que, diante da situação de calamidade decorrente da pandemia, tão logo possível, a consulta seria levada ao plenário. Colhem-se do *decisum*, para a riqueza do debate, os seguintes trechos, *in verbis*:

> A jurisprudência desta Corte é uníssona, no decorrer de inúmeras composições, no sentido de que as matérias – e, por conseguinte, as respostas – versadas nas Consultas não podem guardar contornos de casos concretos, haja vista a expressa previsão do mencionado art. 23 do Código Eleitoral, a potencial afronta aos princípios do juiz natural e do devido processo legal, e, ainda, o grave risco de, em sede de contencioso administrativo, decidir-se controvérsia que está ou que será futuramente submetida a esta Justiça Especializada.
>
> A esse respeito, menciono recente deliberação unânime na qual se reafirmou que a Consulta "há de ser passível de aproveitamento sucessivo e despersonalizado, **vedado, por via oblíqua, o equacionamento de situações e controvérsias concretamente postas, sob pena de ofensa aos postulados do juiz natural e do devido processo legal**" (CTA, 0600421-68/DF, Rel. Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, sessão de 19/11/2019).
>
> Trata-se, ademais, de entendimento aplicável ainda que diante da "importância do objeto da Consulta" (ED-CTA 0600234-94/DF, Rel. Min. Og Fernandes, sessão de 28/11/2018)

[...]

3. Feitas essas considerações, anoto que a pretensão veiculada na presente petição possui nítido caráter jurisdicional de efeitos concretos, não podendo, portanto, ser desde logo conhecida.

A provocação do Tribunal Superior Eleitoral para o exercício de atribuição de caráter administrativo não admite pedido de tutela jurisdicional, com efeitos concretos determinativos.

No caso em tela, o "pedido cautelar incidental" do consulente não foi formulado em tese, pois se requereu autorização para a prática de atos específicos e determinados, o que desborda do que previsto no art. 23, XII, do Código Eleitoral.

Além disso, o provimento final, caso conhecida a Consulta e respondida em uma das múltiplas hipóteses apresentadas pelo consulente, não possui relação de congruência com o presente pedido.

De mais a mais, a possibilidade, em tese, de uso de verbas do Fundo Partidário de forma desvinculada do art. 44 da Lei 9.096/95, deverá ser enfrentada pelo Plenário desta Corte, caso conheça da Consulta e venha a respondê-la afirmativamente.

Não cabe, contudo, no bojo de procedimento administrativo que possui abrangência restrita e requisitos específicos, utilizar instrumento próprio do exercício do direito de ação visando auferir mandamento jurisdicional com efeitos concretos, como pretende o consulente por meio da cautelar.

Dito de outro modo, aplica-se à hipótese o princípio geral de direito de que o principal há de seguir o acessório, isto é, os requisitos de admissibilidade das Consultas devem também ser atendidos na formulação de pretensões incidentais.

Em suma, o partido almeja, nos autos de procedimento de cunho administrativo que somente pode envolver situações hipotéticas, obter decisão judicial versando sobre caso concreto, tendo como fundamento incerta e futura resposta positiva a questionamento formulado em tese na própria Consulta, o que não se admite.

Por fim, importa ressaltar o inegável paradoxo que se verifica na espécie, pois na inicial da Consulta o partido argumenta de forma expressa que se "atende a outro requisito essencial para seu conhecimento, qual seja, não se aplicar a casos concretos, no âm-

> bito judicial-eleitoral, submetidos ou a serem submetidos a este e. Tribunal", ao passo que, na presente petição, objetiva verdadeira concessão de tutela de urgência, envolvendo situação específica, de cunho não abstrato.
>
> Assim, considerando a natureza jurídica da Consulta, seu procedimento e suas limitações, a pretensão não merece prosperar.
>
> De toda sorte, diante da situação de calamidade decorrente da pandemia, registro que, tão logo possível, e com a urgência devida, a Consulta será levada a exame do Plenário.
>
> **4.** Ante o exposto, **não conheço** do pedido cautelar.

De se ver, assim, que está em processo evolutivo um novo olhar sobre o instituto das consultas eleitorais. Está suficientemente claro que a Justiça Eleitoral não pode ser um polo indutor de insegurança jurídica. Em suas múltiplas atividades – e na consultiva não é diferente! –, deve trilhar pela presivibilidade e pela coerência.

Num caso paradigmático, julgado em passado bastante recente, o TSE não conheceu de consulta formulada por deputado federal (Consulta nº 0601899-48) sobre a possibilidade de pagamento de multas eleitorais com precatórios. A Assessoria Consultiva do Tribunal (Assec) enfrentou o mérito e se posicionou pela adoção de resposta negativa à formulação. O relator, Ministro Sérgio Banhos, todavia, levou ao colegiado, no que foi acompanhado por todos os demais ministros, voto pelo não conhecimento da consulta, fincado em três pontos fundamentais:

a) O TSE já decidiu que "questionamentos formulados em termos amplos, sem a necessária especificidade, não merecem conhecimento (Precedente: Cta 265-42, rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* de 7.11.2013)" (Cta nº 93-32, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* de 21.5.2015);

b) O consulente não especifica em seu questionamento: (i) a natureza da multa eleitoral a que se refere (cível ou

penal); (ii) a natureza da dívida do precatório; e (iii) a Fazenda Pública devedora. Não há, assim, delimitação mais precisa do objeto da indagação;

c) O tema alusivo à execução de multas eleitorais está pendente de regulamentação pelo TSE, por meio do Processo Administrativo nº 0600280-49.2019.6.00.0000, de relatoria do Ministro Og Fernandes, cujo objeto é a análise das atividades realizadas pelo grupo de trabalho instituído pela Portaria do TSE nº 1011/2018, "incumbido de realizar estudos e propostas de normatização de procedimentos para execução/cumprimento de decisões impositivas de obrigações, independentemente de sua natureza, proferidas pelo Tribunal Superior Eleitoral", do qual resultou proposta de minuta de resolução que tem por escopo regulamentar "o procedimento de execução e cumprimento de decisões impositivas de multas e outras sanções de natureza pecuniária, exceto criminais, proferidas pela Justiça Eleitoral".

É certo que a decisão colegiada foi unânime, até mesmo pelo efeito prático, mas tive a oportunidade de deixar consignado, em voto vogal oral, que oportunamente o TSE deveria meditar sobre o risco de desnaturação dos efeitos da (correta) compreensão de que as consultas eleitorais ensejam respostas vinculantes:

> O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Eminente Presidente, eu faria apenas uma observação lateral – já adianto que estou acompanhando o eminente relator.
>
> Nós tínhamos já gizado aquela preocupação de que, logo após a modificação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, para conferir efeito vinculante às respostas dadas às consultas, teria havido o aumento de não conhecimento de consultas.

> Então, é o movimento legislativo que seria de emprestar mais segurança jurídica. A ordem jurídica estaria sendo violada por esse comportamento institucional de não conhecer das consultas.
>
> E, nesse caso específico, a Assec teria feito a manifestação quanto ao enfrentamento do mérito na linha de que, se os precatórios não detêm a necessária liquidez e essas multas devem ser dirigidas imediatamente ao fundo eleitoral com a necessária liquidez que os precatórios não têm, não seria possível, então, a utilização de precatórios para o pagamento de quaisquer tipos de multas eleitorais.
>
> Mas, ao fim e ao cabo, tanto na linha do não conhecimento ou na linha da resposta afirmativa, o resultado prático seria o mesmo.

Na realidade, diante da normativa que confere efeito vinculante às respostas dadas às consultas eleitorais, há fundado receio ou, quando não muito, o risco de que o próprio TSE possa encampar comportamento reticente em avançar sobre o mérito das indagações, o que não seria crível diante do esforço legislativo para se conferir maior segurança jurídica no trato de tão sensível matéria.

Respostas evasivas ou silêncios eloquentes podem tisnar as conquistas legislativas até aqui coligidas em nome da segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001.

BICHUETTE, Pedro Paulo Nascente Macedo. **A atividade consultiva do Tribunal Superior Eleitoral –** efeito vinculante, segurança jurídica e coerência sistêmica. 2019. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2019.

FERRAZ, Luciano. **Processo administrativo –** temas polêmicos da Lei nº 9.784/99. São Paulo: Atlas, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 352-353.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RULLI NETO, Antonio; RULLI, Justine Esmeralda. Segurança jurídica e ato administrativo. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 180-182.

APANHADOS HISTÓRICOS E REFLEXÕES ACERCA DA FILIAÇÃO PARTIDÁRIA COMO CONDIÇÃO INAFASTÁVEL DE ELEGIBILIDADE

Daniel Castro Gomes da Costa[1]
Delso Silva Neves[2]

1. INTRODUÇÃO

A crise da representação política é um fenômeno mundial, que se caracteriza pela dificuldade que os partidos políticos têm enfrentado de atuar eficazmente como elos entre o povo e as instâncias decisórias, *i.e.*, de identificar os comportamentos políticos presentes na sociedade e transformá-los em linhas programáticas de atuação política, visando saciar as expectativas e necessidades que se hospedam em suas bases de apoio[3].

Não obstante a estrutura e os direitos proporcionados aos partidos políticos e candidatos, observa-se no Brasil um grande descrédito na classe política e nas agremiações partidárias. Nesse contexto, nota-se com frequência a veiculação de notícias sobre casos de fraudes, má gestão, corrupção, mau uso dos recursos públicos, *fake news*

1 Pós-Doutor em Direito pelo Centro de Direitos Humanos e Democracia na Universidade de Coimbra com estágio de pesquisa na Harvard *Law School*. Doutor e Mestre em Direito de Estado pela Universidade Autónoma de Lisboa – Portugal. Juiz Titular do Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso do Sul. Diretor da Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso do Sul (EJE/MS). Conselheiro no Conselho Consultivo da Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral (EJE/TSE). Advogado e Consultor Jurídico em Campo Grande (MS) e Brasília (DF).

2 Chefe de Gabinete do Procurador-Geral do Ministério Público de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul. Professor da Escola Judiciária Eleitoral do TRE-MS.

3 São essas, segundo Orides Mezzaroba, algumas das atribuições dos partidos políticos. (MEZZAROBA, 2011)

e falta de transparência, o que enseja a percepção de insegurança e desconfiança.

Com efeito, essa insatisfação generalizada foi corroborada tanto no resultado da última eleição geral (2018), na qual houve uma das maiores renovações de cargos em todas as esferas dos poderes Legislativo e Executivo, quanto nas várias manifestações populares ocorridas nos últimos anos.

Nesse ponto, mister abordar as mudanças necessárias para gerar mais estabilidade no cenário político e harmonizar o sistema eleitoral e a atividade partidária com os princípios e postulados empregados no ideal do Estado Democrático de Direito. É neste espírito que surgem os pensamentos sobre a possibilidade de candidaturas avulsas no ordenamento jurídico eleitoral brasileiro, mesmo a Carta Magna pontuando a necessidade de filiação partidária.

Dessa maneira, em razão do aumento dos debates sobre as candidaturas avulsas o presente ensaio tem por escopo analisar as agremiações partidárias e a ideia de filiação partidária, com base no ordenamento jurídico pátrio e arrimo no Pacto de São José da Costa Rica, para, ao final, estabelecer parâmetros acerca da viabilidade das candidaturas avulsas no Brasil. O estudo desenvolvido é de natureza histórica, bibliográfica e documental, pautada essencialmente em periódicos científicos, livros, normas nacional e internacional, dentro outras referente à temática em tela, realizada pelo método hipotético-dedutivo.

2. OS PARTIDOS POLÍTICOS

Conforme a teoria dos partidos foi se aperfeiçoando, e se acomodando dentro da teoria do Estado, as organizações partidárias passaram a ser constitucionalmente reconhecidas, incumbidas da

tarefa de representação política e designadas garantidoras institucionais do sistema democrático. A partir de então, "o compromisso com a realização da democracia passou a ser objeto programático intrínseco às determinadas organizações partidárias". (MEZZAROBA, 2011, p.43)

Entretanto, com o advento do sufrágio universal, a partir do século XIX[4], as eleições passaram a ser realizadas com maior frequência, acentuando a disputa pela hegemonia social e controle do poder político, precipitando a busca pela ampliação das bases de influência, mediante a incorporação de novos integrantes aos quadros partidários. Estes eventos marcam o surgimento dos partidos de massa.

Com o advento dos partidos de massa, a autoadministração das organizações partidárias (nos moldes do que ocorria com os partidos de quadros), restou inviabilizada, ensejando a divisão de tarefas entre dirigentes e dirigidos, num nítido processo de profissionalização das lideranças e da própria atividade política.

Este processo foi bem ilustrado por Robert Michels (1982, p. 237-238):

> O processo, que começou em consequência da diferenciação das funções do partido, foi concluído com a ajuda de um conjunto de qualidades complexas que os líderes adquiriram pelo fato de terem se separado da massa. Os chefes que, no início, surgem "espontaneamente" e só exercem as funções de chefe a título "acessório" e gratuito tornam-se chefes profissionais. Esse primeiro passo logo

4 Manoel Gonçalves Ferreira Filho destaca que, apesar de não se tratar propriamente de um desconhecido, pois dele já falava Bolingbroke, na Dissertation upon parties, de 1733, a doutrina da representação montesquieuniana, e o modelo jurídico de mandato representativo ignoravam o partido político, cuja função se tornou visível "somente no curso do século XIX, com a difusão do governo representativo, que trouxe a frequência das eleições", demandando "a necessidade de uma institucionalização, ainda que mínima e informal, do grupo político proposto a disputar eleições, a atuar nas assembleias, para governar ou partilhar o poder." (FERREIRA FILHO; 2010; p. 65).

> vem seguido de um segundo, não tardando os chefes profissionais em tornarem-se chefes "estáveis" e "inamovíveis".

Logo, as relações democráticas construídas entre a direção partidária e seus sequazes foram subvertidas em relações meramente oligárquicas, e as ações concretas do sujeito coletivo passaram a ser direcionadas ao atendimento dos interesses objetivos da própria estrutura burocrática[5] – de manutenção e expansão de posições e vantagens outras –, culminando com autonomização do aparelho partidário em relação à base social correspondente.

Embora essas características possam estar presentes nos partidos de massa, foi com os partidos chamados partidos *catch-all*[6], teoria desenvolvida por Kirchheimer, surgidos no período pós-Segunda Guerra Mundial, que a profissionalização se consolidou.

Finda a Segunda Guerra Mundial, iniciou-se um processo e desideologização, *i.e.*, de suavização do discurso classista. Nesse interregno, surgiram os chamados partidos *catch all*, de adesão aberta, em contraposição aos partidos de massa. Sem se limitar à consciência ideológica, buscavam identificar os estímulos motivacionais que operam no processo de escolha dos eleitores e explorá-los profissionalmente, com ampla utilização da *mass media* e foco na eficácia política.

Por abrigarem indivíduos com diferentes aspirações, atuavam não como elos de ligação entre a sociedade e o Estado, mas como

5 Em seu ensaio sobre a Política como Vocação, MAX WEBER examinou o processo de profissionalização das lideranças partidárias, i.e., o surgimento do político profissional. Examinando o fenômeno do ponto de vista ético, Max Weber busca diferenciar os políticos profissionais reunindo-os em dois grupos: os que vivem para a política e que vivem da política. Viver para política significaria se dedicar a uma determinada causa e buscar na política um meio para concretização de suas crenças e expectativas internas, diferentemente dos que vivem da política, que buscam tão somente obter benefícios materiais de modo permanente É neste cenário que surgem os conceitos de "política como profissão" e "partidos empresa", programados para competir no "mercado de sufrágios" e assegurar a "eleição do chefe". (WEBER, 1968)

6 Tradução livre: partido pega tudo.

meros agenciadores de interesses individuais e de grupos pouco representativos, induzindo o emprego direto das estruturas estatais para satisfazê-los.

Essa mudança de eixo transformou profundamente o comportamento do eleitor, que passou a valorizar a capacidade do partido em prover suas necessidades imediatas, desconectadas dos interesses do conjunto social, em detrimento dos programas e propostas de ação política. Para muitos, essa transformação é o nascedouro do declínio dos partidos políticos.

Com os partidos *catch-all*, o financiamento, que, no princípio, ocorria por meio de contribuições de origens diversas, passou a ser público, quando, em razão do próprio crescimento eleitoral, as fontes provadas se tornaram insuficientes. Com acesso às instâncias legislativas, o aparato normativo foi adaptado às necessidades eleitorais dos grandes partidos, em detrimento dos pequenos, como, *v.g.*, vinculando os valores a serem recebidos a título de financiamento público ao desempenho eleitoral.

Para Kirchheimer (1966 apud GUNTHER; DIAMOND, 2015, p.35-36):

> [a] redução drástica da bagagem ideológica do partido […] mais o fortalecimento de grupos de alta liderança, cujas ações e omissões são agora julgadas do ponto de vista de sua contribuição para a eficiência do sistema social como um todo, e não tanto da identificação com os objetivos de sua organização particular […] a redução da atuação do membro individual, um papel considerado arcaico, que pode obscurecer a imagem do recém-criado partido catch-all […] a perda de importância da classe gardée, da classe social específica ou da clientela denominacional, em favor do recrutamento de eleitores entre a população como um todo […] e assegurando o acesso a uma variedade de grupos de interesse".

Complementam ainda Richard Gunther e Larry Diamond (2015, p.36) que "todas essas características definidoras referem-se

às formas como o partido *catch-all* evolui a partir do antigo modelo partidário de integração de massa".

Adiante, surgiram os partidos cartel, identificados pela simbiose com o Estado e pela existência de canais de entendimento interpartidários em benefício mútuo no tocante à apropriação das estruturas estatais.

Por conseguinte, de se ver que os partidos políticos, desde que as eleições se tornaram frequentes, foram submetidos a um processo constante de autonomização em relação às bases sociais correspondentes, pela burocratização e profissionalização – em seus sucessivos estágios.

De tal originou a máquina partidária comprometida mais com o funcionamento da própria estrutura burocrática, que com as elevadas funções que devem desempenhar dentro do sistema democrático representativo – de garantidores institucionais do sistema democrático, imprescindíveis à formação da vontade coletiva e à adaptação dos princípios democráticos ao estágio de desenvolvimento do organismo social –, subvertendo o próprio sentido das eleições, enquanto elemento ratificador de programas partidários nascidos no seio da sociedade.

Assim, a liquefação das estruturas e programas das organizações partidárias está na base da crise de representação, com desdobramentos político-sociais extremamente danosos, relacionados à inibição do exercício participativo da cidadania; ao isolamento das instâncias de formação da vontade estatal, inacessíveis ao cidadão comum; à corrosão de laços sociais e afetivos; ao comprometimento da convivência democrática; e à insatisfação, que gera instabilidade social, com potencial para, no limite, inspirar aventuras totalitárias, cujo gérmen se prolifera na apostasia política transformada em revolta.

Neste cenário é que surge a discussão a respeito da admissão das candidaturas avulsas, a partir da crença de que o seu reconheci-

mento seja capaz de desmontar parte dessas estruturas, pela oxigenação do ambiente político advinda do acesso do cidadão comum às esferas de decisão política e ampliação da concorrência eleitoral.

3. A EXPERIÊNCIA HISTÓRICA BRASILEIRA COM AS CANDIDATURAS AVULSAS.

3.1 Império

Durante o primeiro reinado – período histórico que se estende de 1822, ano em que D. Pedro I foi aclamado Imperador, até 1831, em que ocorreu a sua abdicação –, não havia, no Brasil, partidos políticos organicamente estruturados. Neste período, os embates parlamentares eram dominados por monarquistas e liberais[7].

Em 7 de abril de 1831, com a abdicação de D. Pedro I[8], iniciou-se o segundo reinado. De 1831 a 1840, durante a menoridade

7 Identificados com a ordem e com a propriedade, os monarquistas empenhavam-se em promover o fortalecimento da figura do imperador, único capaz de garanti-las, segundo a sua visão. Os liberais, embora, se identificassem também com estes mesmos valores, pendiam à defesa das liberdades constitucionais, o que, de certa forma, comprometia a integridade dos poderes imperiais. Tais embates culminariam, inclusive, com os fatos ocorridos no dia 12 de novembro de 1923, quando D. Pedro I, rompendo com a ordem legal então vigente, dissolveu a Assembleia Constituinte, que convocara em 3 de junho de 1822, outorgando, ele próprio, uma nova Constituição, em 25 de março de 1824. A esses mesmos atritos se atribui a abdicação do Príncipe Regente, em 7 de abril de 1831. (ALMEIDA, 2016)

8 A abdicação de D. Pedro I e a nova composição do Parlamento, já sob D. Pedro II, não distensionaram as relações políticas, ao contrário do que poderia imaginar. O grupo parlamentar composto por liberais de diversas matizes se fragmentou. De um lado, perfilaram-se os liberais moderados, chamados chimangos, e, de outro, os liberais exaltados, designados farroupilhas. Os chimangos se moviam por tímido impulso reformista. Até admitiam modificações pontuais na Constituição, desde que mantido o status quo. Os farroupilhas, ao contrário, defendiam a realização de profundas reformas constitucionais, como, v.g., a extinção do Poder Moderador. No meio de tudo isso, os caramurus, antigos apoiadores de D. Pedro I, saudosistas do antigo regímen, ansiavam a sua restauração. (ALMEIDA, 2016)

de D. Pedro II, o Brasil foi governado por regentes, sendo um dos mais turbulentos da história, marcado pela eclosão de uma série de revoltas em todo o território nacional, a atividade legislativa era protagonizada por liberais, exaltados e moderados, e restauradores, congregados em "grêmios patrióticos"[9], plântulas dos partidos políticos que, um pouco mais tarde, se conformariam no Brasil: o Partido Liberal e o Partido Conservador.

O surgimento do Partido Conservador, em 1836, consolidou o movimento regressista[10]. A partir de 1841, ano em que voltou à frente do governo, a agremiação reverteu várias medidas liberalizantes que haviam sido adotadas durante o período de regência, causando dissidência interna. Adiante, os liberais dissidentes se aliaram aos liberais exaltados e, juntamente com outros descontentes com as medidas regressistas, formaram o Partido Liberal.

Durante o segundo reinado, a organização do sistema parlamentar brasileiro notabilizou-se pela alternância, no poder, dos partidos Conservador e Liberal. Neste período, conhecido como "parlamentarismo às avessas", o imperador, no exercício do Poder Moderador[11], atuava como uma espécie de árbitro entre os dois par-

9 Em 29 de março de 1831, surgiu, em São Paulo, a Sociedade Defensora da Liberdade e Independência Nacional. Grêmio organizado por liberais moderados. Em 31 de dezembro do mesmo ano, instalou-se, no Rio de Janeiro, a Sociedade Federal, congregando os liberais exaltados. No ano seguinte, de 1932, os "Andradas", chefiados por José Bonifácio, organizaram a Sociedade Conservadora da Constituição Brasileira, que mais tarde passaria a se chamar Sociedade Militar. Na Sociedade Militar, congregavam os caramurus, também conhecidos como restauradores. Em 1934, a morte de D. Pedro I pôs fim ao anseio restaurador dos caramurus, permitindo a aproximação com os chimangos. Surgiu, então, o movimento regressista, tendo como principal objetivo conter o avanço liberal na primeira fase regencial, de 1831 a 1834, materializado, v.g., no Ato Adicional de 1834. (ALMEIDA, 2016)

10 Em 1840, o movimento regressista conseguiu aprovar a Lei de Interpretação do Ato Adicional, revertendo os efeitos do Ato Adicional de 1834. (BRAZIL, 1840)

11 Pelo disposto no art. 101, da Constituição de 1824, o Poder Moderador era exercido pelo imperador: nomeando os Senadores (inc. I); convocando a Assembleia Geral extraordinariamente (inc. II); sancionando os Decretos, e Resoluções da Assembleia Geral, para que tivessem força de Lei (inc. III); aprovando, e suspendendo interina-

tidos, impedindo que um deles se perpetuasse à frente dos ministérios. (ALMEIDA, 2016)

Em 1862, descontentes com os sucessivos gabinetes conservadores, liberais históricos e conservadores moderados formaram a chamada Liga Progressista, que se tornou partido em 1864 e esteve à frente do governo entre os anos de 1862 e 1868.

Com a dissolução da Liga Progressista, em 1868, conservadores moderados e liberais que não aderiram ao movimento progressista se reagruparam em torno do centro liberal, culminando na refundação do Partido Liberal. Outra ala, mais radical, formou o Clube Radical, reivindicando, dentre outras medidas liberalizantes, o fim do poder moderador e o sufrágio universal, colocando-se em rota de colisão com a Coroa, contra a qual passou a endereçar pesadas críticas, especialmente a partir de 1873, com a fundação do jornal 'A República', encorajando a formação de clubes e partidos republicanos por todo o país. (ALMEIDA, 2016)

Deveras, a simples existência do movimento republicano em território nacional provocou o descontentamento dos latifundiários, erodindo a base de sustentação política da Monarquia, processo que se tornou irreversível a partir de 1871, com a assinatura da Lei n° 2.040, conhecida como "Lei do Ventre Livre", marco no processo de abolição da escravidão no Brasil.

Paralelamente, nas últimas duas décadas do império, a Coroa se viu envolta a uma série de crises, envolvendo o clero e os militares – as chamadas Questões Religiosa e Militar – culminando com a deposição do imperador e a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889.

---

mente as Resoluções dos Conselhos Provinciais (inc. IV); prorrogando, ou adiando a Assembleia Geral, e dissolvendo a Câmara dos Deputados e convocando immediatamente outra que a substitua (incs. V e VI); nomeando, e demitindo livremente os Ministros de Estado (inc. VI); suspendendo os Magistrados nos casos de queixas contra eles prestadas (inc. VII); perdoando, e moderando as penas impostas e os réu condenados (inc. VIII), e concedendo anistia (inc. IX). (CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL, 1824)

3.2. República Velha

Proclamada a República, iniciou-se o período histórico denominado República Velha (de 15 de novembro de 1989 até a revolução de 1930), no qual o cenário político pouco se modificou. Partidos provinciais, sem reverberação nacional, representantes das velhas oligarquias locais, mantiveram-se alternadamente no poder[12]. Registra-se, ademais, que neste momento as candidaturas avulsas eram amplamente permitidas.

3.3. Revolução de 1930 - Estado Novo e Regime Militar.

Em 1930, um movimento armado, encabeçado pelos estados de Minas Gerais, Paraíba e Rio Grande do Sul, depôs o presidente da república Washington Luís, no dia 24 de outubro, e impediu a posse do presidente eleito Júlio Prestes. De tal modo, no dia 3 de novembro de 1930, pôs-se fim à República Velha, com a posse de Getúlio Vargas.

Embora o pano de fundo permanecesse inalterado, com pleno domínio das oligarquias locais sobre o destino político da nação, o processo político formal passou por uma reformulação. Inclusive, data desse período a instituição do primeiro Código Eleitoral brasileiro, instituído por meio do Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932.

Ademais, dentre outras inovações importantes – como, *v.g.*, a instituição do voto secreto, do voto feminino, do sistema de representação proporcional de votação e da Justiça Eleitoral – o Código Eleitoral de 1932 notabilizou-se por ser o primeiro normativo de na-

12 Esse movimento de alternância ficou conhecido como política "café-com-leite", que perdurou até o ano de 1929, quando lideranças da oligarquia paulista, rompendo a aliança com os mineiros, indicaram Júlio Prestes à Presidência da República. (ALMEIDA, 2016)

tureza eleitoral a fazer referência expressa a partidos políticos, embora continuasse permitindo as candidaturas avulsas. (BRASIL, 1932)

Adiante, no ano de 1935, editou-se a Lei nº 48, em 4 de maio, que modificou o Código Eleitoral, limitando as candidaturas avulsas, que passaram a ser condicionadas a um apoiamento mínimo[13]. Neste contexto, aduzem Ruy Celso Florence e Carolina Santos (2014, p.272) que:

> [...] uma reviravolta política instituiu a Constituição de 1937, mais conhecida como Constituição do Estado Novo, ou Constituição Polaca, período em que a Justiça Eleitoral, tão aclamada pelos pensadores jurídicos da época, foi extinta. Getúlio Vargas, então presidente, estabeleceu na Constituição de 1937 tendências ditatoriais, governando o Brasil de maneira centralizada e afastando da Justiça Eleitoral as questões políticas.

Dessa maneira, a norma que previa a possibilidade de candidatura avulsa não chegou a vigorar, dada a ruptura institucional promovida por Getúlio Vargas, em 1937, dando início ao Estado Novo, período no qual Justiça Eleitoral foi extinta, os partidos políticos abolidos e as eleições livres suspensas.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, os ares democráticos que percorriam mundo afora como resposta aos regimes ditatoriais que provocaram dor e sofrimento a milhões de pessoas chegaram ao Brasil. Nessa conjuntura, pressionado pelos militares, Getúlio Vargas iniciou, ainda que timidamente, um processo de abertura política, mediante a modificação da Constituição de 1937, com a previsão de eleições diretas, e a edição do Decreto-Lei

13 Código Eleitoral de 1935: Art. 84. Sómente poderão concorrer ás eleições candidatos registrados por partidos ou allianças de partidos, ou mediante requerimento de eleitores: cincoenta, nas eleições municipaes, e duzentos nas estaduaes ou federaes. (BRASIL, 1935)
Art. 88. Considerar-se-á avulso o candidato registrado uninominalmente, a requerimento de eleitores, nos termos do art. 84, e sem legenda. (BRASIL, 1935)

nº 7.586 de 1945, conhecido como "Lei Agamenon", que regulava o alistamento eleitoral e as futuras eleições. (BRASIL, 1945)

Até mesmo, foi a "Lei Agamenon" que, vedando as candidaturas avulsas, instituiu o monopólio partidário de representação política, com o fito de "preservar o espaço da elite política remanescente e dificultar o acesso de novos nomes à política, de uma maneira geral", conforme conforma registrado pelo Min. Roberto Barroso[14], no ARE 1.054.490.

14 Proferido na Questão de Ordem no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.054.490/RJ, no qual o Plenário do STF acabou por atribuir repercussão à questão constitucional referente à admissibilidade ou não de candidaturas avulsas em eleições majoritárias, o Min. Roberto Barroso registrou o seguinte sobre a "Lei Agamenon" e seu compromisso com a manutenção das estruturas existentes, in verbis: "[...] Veja-se que a Lei Agamenon foi editada ao final de um longo período ditatorial, em que inexistia vida política e vida partidária, de modo que a exigência de partidos políticos nacionais era, na verdade, uma restrição para preservar o espaço da elite política remanescente e dificultar o acesso de novos nomes à política, de uma maneira geral. E, como se exigiam partidos políticos de âmbito nacional, a vedação às candidaturas avulsas era a forma pela qual se impedia que alguém contornasse a exigência de filiação a partido nacional e pudesse furar o cerco daquela elite política, que não queria deixar repartir, digamos assim, o poder. Essa estratégia de Vargas, antes de ser destituído pelos militares, trouxe grandes proveitos para ele próprio. Ele foi muito bem-sucedido na fórmula que encontrou para se projetar no poder, mesmo depois de dele ter sido apeado. E o próprio Getúlio, pelas regras que instituiu, é o responsável pela criação de dois grandes partidos: O PSD, o Partido Social Democrata, e o PTB, o Partido Trabalhista Brasileiro. O PSD é criado com base, sobretudo, nas oligarquias locais, nos coronéis locais, e conseguiu, o PSD, criado por Getúlio, eleger para a Presidência da República, o Marechal Eurico Gaspar Dutra, candidato do PSD, eleito com o apoio de Getúlio Vargas. E, na sequência, o PSD também elegeu Juscelino Kubitschek. E o PSD foi o partido dominante na Assembleia Constituinte, que elaborou a Constituição de 1946. O outro partido, cuja criação Getúlio coordenou e inspirou, foi o PTB, que reuniu população urbana e massa operária, em grande parte, conduzida pelo Ministério do Trabalho, pelos sindicatos por ele controlado, e com alistamento de ofício dos eleitores no partido. O PTB, também controlado por Vargas, também teve grande sucesso, porque elegeu o próprio Vargas, em 1950 e, posteriormente, elegeu, para a vice-presidência da República, em 55 e em 60, João Goulart. O PTB foi extinto pelo regime militar. E o Getúlio Vargas, com as regras que criara, ele concorreu a senador por diversos Estados, elegeu-se também deputado federal, pelo PTB, em sete Estados. E a votação angariada por ele criou uma bancada para o PTB, que tinha pouca expressão eleitoral, mas, na esteira da ascensão do Vargas, conseguiu uma quantidade de assentos. Portanto, o que se tem é que a proibição das candidaturas avulsas e a exigência de partidos políticos nacionais foram instrumentos utilizados por Vargas e os seus seguidores para manter o controle da política brasileira que, de fato, mantiveram – até talvez, a eleição do Jânio Quadros, mas, em verdade mesmo – até o Movimento de 64. [...]". (STF, 2019)

No mesmo período, cerca de dez anos depois da ruptura da Justiça Eleitoral, com o advento da Constituição Federal de 1946, a ordem eleitoral brasileira retornou como parte do Poder Judiciário, cabendo a União à competência exclusiva para legislar sobre a matéria, importante registrar que a referida Carta foi a primeira a se preocupar diretamente com os partidos políticos, prevendo inclusive a possibilidade de representação nacional. (FLORENCE; CAROLINA SANTOS, 2014)

Adiante, sucederam-se, os eventos ocorridos em 31 de março de 1964, que culminaram com a implantação do Regime Militar, no dia 1º de abril de 1964. Em seguida, em 1965, editou-se a Lei 4.737, no dia 15 de junho, que instituiu um novo Código Eleitoral, e através do qual restou proibida as candidaturas avulsas. (BRASIL, 1965)

Não obstante à novel legislação eleitoral, em razão das circunstâncias políticas que o Brasil passava e a implementação de um sistema de governo mais rígido, o direito eleitoral, novamente, sofreu impacto com o denominado Ato Institucional nº 02 de 1965, pelo qual restou instituído o sistema bipartidário no cenário político nacional (BRASIL, 1965) e, consequentemente, a impossibilidade de candidaturas avulsas. (BRASIL, 1965)

Anos depois, com a chegada da Emenda Constitucional nº 01 de 1969, conhecida como a sétima constituição do Brasil, mais uma vez restou evidenciada a impossibilidade de candidaturas avulsas, como se denota do artigo 152, § único, que prevê a perda do mandato em razão do que hoje é conhecido como "infidelidade partidária"[15].

> Art. 152. A organização, o funcionamento e a extinção dos partidos políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios: [...]Parágrafo único. Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembléias Legislativas e nas Câmara Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser

15 Ausência de inscrição em partido político registrado no Tribunal Superior Eleitoral.

> às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito. A perda do mandato será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa.

Face às considerações expostas, observa-se que no decorrer da história eleitoral brasileira, as candidaturas avulsas foram permitidas em alguns períodos e impedidas em outros, não havendo elemento que as associe às mazelas, tampouco aos êxitos dos sistemas políticos adotados em cada um deles. Em outras palavras, não há qualquer motivo de ordem histórica que recomende, ou não, uma eventual autorização de candidaturas avulsas.

4. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal estabelece, no parágrafo único do art. 1º[16], que o Brasil é uma República Federativa, que se constitui em Estado Democrático de Direito, e que "todo poder emana do povo, que o exerce por meios de representantes eleitos ou diretamente", nos termos propostos pela própria Carta de 1988. (BRASIL, 1988)

No art. 17[17], em movimento liberalizante nunca antes visto,

16 Constituição Federal de 1988: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988)

17 Constituição Federal de 1988: Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: I - caráter nacional; II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; III - prestação de contas à Justiça Eleitoral; IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei. § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos

instituiu-se uma série de garantias às liberdades partidárias, especialmente relacionadas com a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos – resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana –, dotando-os, ainda, de plena autonomia para definição de suas estruturas internas, organização e funcionamento. (BRASIL, 1988)

Com essas medidas, as agremiações partidárias foram emancipadas do controle que, sobre elas, era exercido pela Justiça Eleitoral, e qualificadas como intermediárias entre a sociedade e o Estado; entre o indivíduo e o governante.

Além disso, a CF/88 exigiu que, na sua formação, os partidos atendessem ao caráter nacional, a garantir que a vontade do Estado fosse influenciada por "filosofia que diga respeito a toda a coletividade nacional, e não apenas a essa ou aquela circunscrição estadual ou municipal", conforme sopesado pelo Carlos Ayres Britto, em voto proferido na ADI n.º 3.685-8 (SBDP, 2006, p.53).

---

permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. § 2º Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral. § 3º Somente terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei, os partidos políticos que alternativamente: I- obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou II- tiverem elegido pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação. § 4º É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar. § 5º Ao eleito por partido que não preencher os requisitos previstos no § 3º deste artigo é assegurado o mandato e facultada a filiação, sem perda do mandato, a outro partido que os tenha atingido, não sendo essa filiação considerada para fins de distribuição dos recursos do fundo partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e de televisão. (BRASIL, 1988)

Nota-se, ainda, no art. 14[18], que a Constituição Federal elegeu o sufrágio universal e o voto direito e secreto, com valor igual para todos, como a formas de exercício da soberania popular. (BRASIL, 1988) Estabeleceu, ao mesmo tempo, no inc. I, do § 1º, a obrigatoriedade do voto para todos os cidadãos maiores de 18 anos, e a facultatividade para os analfabetos, para os maiores de setenta anos e para os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, no inc. II, § 1º, al. "a", "b" e "c", respectivamente. (BRASIL, 1988)

No § 3º do art. 14, a Constituição de 1988 também fixou as condições de elegibilidade, isto é, as condições fundamentais ao exercício do direito de ser votado, dentre as quais a "filiação partidária", inscrita no inc. V, recepcionando, assim, a disposição constante no art. 87, da Lei n. 4.737/65, que instituíra o Código Eleitoral, segundo a qual "somente podem concorrer às eleições candidatos registrados por partidos". (BRASIL, 1965)

É com base nessa exigência que comumente se sustenta que a Constituição Federal instituiu um modelo de democracia representativa partidária, que inadmite candidaturas avulsas, isto é, desvinculadas das organizações político-partidárias.

18 Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I- plebiscito; II - referendo; III- iniciativa popular. § 1º O alistamento eleitoral e o voto são: I- obrigatórios para os maiores de dezoito anos; II- facultativos para: a) os analfabetos; b) os maiores de setenta anos; c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. § 2º Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos. § 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei: I- a nacionalidade brasileira; II- o pleno exercício dos direitos políticos; III- o alistamento eleitoral; IV- o domicílio eleitoral na circunscrição; V- a filiação partidária; VI- a idade mínima de: a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador; b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz; d) dezoito anos para Vereador. (BRASIL, 1988)

5. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA

Conforme exposto no tópico anterior, o art. 14, § 3º, inc. III, da Constituição Federal estabelece, entre as condições de elegibilidade, a prévia filiação partidária, na forma da lei. Em linha com a Constituição, o Código Eleitoral estabelece, no art. 87, que "somente podem concorrer às eleições candidatos registrados por partidos". (BRASIL, 1965) Nessa mesma direção, o §14, do art. 11, da Lei nº 9.504 de 1997[19], incluído pela Lei nº 13.488 de 2017, proíbe expressamente o registro de candidaturas avulsas.

Na doutrina, há os que aduzem que "a democracia brasileira se caracteriza como uma democracia representativa partidária, isto é, uma democracia que não admite candidaturas avulsas, candidaturas desvinculadas das organizações político-partidárias" (MEZZAROBA, 2011, p.42). Na mesma linha, "conclui-se pela impossibilidade da candidatura avulsa no Brasil, por contrariar a Constituição Federal, que elenca dentre as condições de elegibilidade a prévia filiação partidária e também por ser incompatível com o sistema eleitoral brasileiro." (LEDESMA, REIS; 2017, p.220)

Há os que entendem que, embora seja possível viabilizá-las, exsurge a reserva de lei, no sentido de que:

> [...] a Constituição Federal fez opção por uma democracia de partidos, que se constitui no espaço de alocação de pessoas e ideias em torno das quais a vontade política toma corpo e se organiza institucionalmente para participar das eleições, sendo o instrumento de realização das candidaturas e de suporte coeso para governos e seus projetos. Sendo assim, percebe-se que há um óbice de ordem constitucional para a aceitação das candidaturas independentes no país que, a nosso sentir, poderia ser superado por decisão do

19 Constituição Federal. Art. 11, § 14. É vedado o registro de candidatura avulsa, ainda que o requerente tenha filiação partidária. (BRASIL, 1988)

> constituinte derivado mediante emenda à Constituição, de modo a alterar a previsão referida, embora seja incompatível com a ideia de Estrado de Partidos. (FERREIRA; CONCI, 2018, p.79)

E há, além disso, os que defendem ser possível extrair tal autorização diretamente do texto constitucional:

> [...] entende-se plenamente cabível a possibilidade de candidaturas independentes em nosso sistema eleitoral, haja vista que seria uma evolução para a busca do respeito à democracia, notado que o impedimento elencado pela Constituição Federal de 1988 não é compatível com a própria Constituição, com o pacto do qual é signatário e com a maioria dos sistemas eleitorais no âmbito mundial. (NUNES, LEHFELD, CATANI; 2019, p.208)

Por seu turno, o Supremo Tribunal Federal[20] tem assentado, de forma reiterada, que a filiação partidária constitui espécie de filtro de adequação do indivíduo ao regime jurídico constitucional de representação democrática, que o habilita a se candidatar e concorrer a cargo público eletivo. Nesta perspectiva, o partido político seria o único veículo capaz de transportar o cidadão ao espaço simbólico onde são desempenhadas as funções de regência política do Estado.

Nesse pensar, registram Luís Eduardo Medina Torres e Karolina Gilas (apud GILAS, 2015, p.189):

> La experiencia internacional demuestra que las candidaturas independientes no logran dominar la escena política, aunque se trate de un proceso para el funcionamiento de las democracias representa-

20 Dentre inúmeros outros precedentes, cito a ADI 1817, Relator o Min. DIAS TOFFOLI, Plenário, DJe 1º.08.2014; AI 825723 AgR, Relator o Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe 21.06.2011 e MS 26603, Relator Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJe 19.12,2008.

> tivas: los partidos políticos siempre serán los canales principales de acceso al poder político.[21]

D'outro vértice, a Excelsa Corte não desdenha da controvérsia envolvendo a viabilidade constitucional de candidaturas avulsas em eleições majoritárias e da sua "inequívoca relevância política", tanto que reconheceu a sua repercussão geral[22], habilitando a futura deliberação plenária a respeito do:

> [...] alcance da exigência de filiação partidária, prevista no art. 14, § 3º, da Constituição, à luz: (i) do status supralegal do Pacto de São José da Costa Rica, (ii) do princípio republicano, (iii) do direito à cidadania (CF/88, art. 1º, II), (iv) da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III) e (v) da liberdade de associação (CF/88, art. 5º, XX). (STF, 2018)

Incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 678 de 1992, a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica[23], ao

---

21 Tradução livre: A experiência internacional mostra que as candidaturas independentes não dominam o cenário político, mesmo que seja um processo para o funcionamento das democracias representativas: os partidos políticos sempre serão os principais canais de acesso ao poder político.

22 Trata-se do ARE 1.054.490 QO, Relator o Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 09.03.2018, Tema 974 RG.

23 Pacto de São José da Costa Rica. Art. 23: 1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: a) de participar da direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos; b) de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país. 2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades e a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal. (BRASIL, 1992)
Artigo 29. Normas de interpretação Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e

relacionar os motivos com fundamento nos quais se pode estabelecer condições de elegibilidade, não incluiu a prévia filiação partidária[24], conflitando-se, numa percepção sumária, neste particular, com o art. 14, § 3º, inc. V, da Constituição Federal.

Por conseguinte, em exame perfunctório, seria possível concluir que o conflito deveria ser resolvido em favor da norma internacional, em razão, essencialmente, da sua superioridade normativa, enquanto tratado de direitos humanos – com *status* supralegal para alguns e de emenda constitucional para outros.

Os que defendem o *status* de emenda constitucional argumentam que os tratados internacionais de direitos humanos, ainda que incorporados antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, já possuíam tal distinção, por força do disposto no art. 5º, § 2º[25].

A corroborar essa tese, suscitam o fato de o constituinte ter inserido a norma constitucional de recepção dos direitos consagrados em pactos internacionais justamente no capítulo dos direitos fundamentais constituiria um indicativo da sua intenção de lhes conceder igual dimensão normativa.

Demais disso, ponderam que os partidos políticos, malgrado a sua importância no contexto de afirmação do sistema democrático,

---

exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qual quer dos Estados-Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza. (BRASIL, 1992)

24 Pelo Pacto de São José, tais motivos se limitaram à "idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal". (BRASIL, 1992)

25 Constituição Federal de 1988. Art. 5º. § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, 1988)

não estão a salvo de mudanças, uma vez que o art. 60, § 4º, inc. II, da Constituição Federal, eterniza apenas o "voto direto, secreto, universal e periódico" (BRASIL, 1988), de sorte que inexistiria, *in tese*, qualquer óbice à emenda constitucional ou à incorporação, como tal, do Pacto de São José da Costa Rica.

Os que sustentam sua natureza supralegal, o fazem com base em jurisprudência consolidada do STF[26], e, partindo desse enquadramento, defendem que o Pacto, conquanto não disponha de força normativa para revogar a disposição constitucional a ele contrária, produz efeito paralisador sobre legislação infraconstitucional reguladora da matéria.

Logo, o art. 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal, enquanto norma de eficácia contida, se quedaria estéril, como ocorreu, *v.g.*, com a prisão do depositário infiel, a qual, embora prevista expressamente no art. 5º, inc. LXVII, acabou mitigada pelo STF[27], em favor do Pacto, que restringe a prisão civil à dívida de alimentos.

Não obstante todos esses contextos, é importante ressaltar, por outro lado, que restrições a direitos políticos não se traduzem, necessariamente, em diminuição do conteúdo desses mesmos direitos, desde que observada a legalidade, e que a restrição reste aprovada nos testes da adequação e proporcionalidade.

Segundo Jorge Amaya (apud Ferreira, 2017, s.n.p.) a Corte Interamericana de Direitos Humanos:

> [...] quando aborda os direitos e liberdades consagrados na Convenção Americana, obedece aos seguintes itens: i) a legalidade da medida restritiva, ou seja, a limitação deve decorrer de expressa

26 Conforme registrado pelo Min. Roberto Barroso, no do ARE 1.054.490 QO, esta solução já foi anteriormente adotada pelo STF, no julgamento o RE 466.343, ocasião em que se "mitigou o alcance da norma constitucional que previa a possibilidade de prisão por dívida do depositário infiel (CF/88, art. 5º, LXVII), em virtude da proibição de prisão por dívida constante do Pacto". (STF, 2009)

27 RE 349.703, RE 466.343 e HC 87.585.

> previsão legal, constar, assim, em lei formal e material; ii) a finalidade da medida restritiva, no caso dos direitos políticos, deve estar dentre aquelas causas específicas do art. 23 e, finalmente; iii) a necessidade em uma sociedade democrática e a proporcionalidade da medida.

Ainda nesta conjuntura, a Corte Interamericana de Direitos Humanos[28], em pelo menos duas oportunidades, já se pronunciou a respeito das candidaturas avulsas, concluindo que ambos os sistemas, tanto os que a permitem como os que a vedam, se compatibilizam com a Convenção, de sorte que a opção, por um ou pelo outro, encontra-se inserida na esfera de discricionariedade política dos Estados (VERGARA DA SILVA; LEITE FILHO, 2019).

De se ver, além disso, que o princípio *pro persona* ou *pro homine*[29], prevalente sobre o critério hierárquico, informa que, havendo conflito entre a ordem nacional e a internacional, deve prevalecer a que resulte maior proteção, ainda que hierarquicamente inferior.

Consequentemente, ainda que o Pacto possa gozar de *status* normativo hierarquicamente superior ao direito interno aplicável à matéria, este ainda poderá subsistir frente àquele, desde que se o reconheça como o mais eficaz para exercer a proteção dos direitos e das liberdades políticas.

---

28 Caso Yatama vs. Nicaragua, de 2005 (CIDH, 2005)
Caso Castañeda Gutman vs. México, de 2008. (CIDH, 2008)

29 Neste sentido, Marcelo Ramos Peregrino Ferreira e Orides Mezzaroba, in verbis: "A hierarquia não é o critério mais adequado para a definição do direito aplicável, quando se trata sobre o tema dos Direitos Humanos. A rigor, a norma aplicada deve ser aquela mais benfazeja ao Direito em tela, a que granjeia a maior proteção, seja ela do ordenamento interno, seja do sistema internacional de proteção. Chamado de princípio pro persona ou pro homine, tal orientação doutrinária e jurisprudencial, tal conteúdo esvazia a discussão sobre a precedência da hierarquia para a resolução de conflitos, tornando-se o "epicentro" (RAMOS, 2014, p. 105) do Direito Internacional dos Direitos Humanos." (MEZZAROBA, FERREIRA; 2018, p.160.)

6. CONCLUSÃO

A crise da representação é fenômeno social e cultural específico, não puramente jurídico. Imerso na complexidade social, não pode ser explicado a partir de uma visão reducionista ou determinista, *i.e.*, pela abordagem isolada de um específico elemento de base, como, *v.g.*, a candidatura independente.

Em outras palavras, o déficit de representatividade é uma realidade multifacetada, resultante da interação dinâmica de diversos agentes inseridos no contexto de uma sociedade complexa e em pleno desenvolvimento, que não se restringe à dimensão jurídico-normativa.

Neste contexto, a solução deve resultar de amplo entendimento social, pelo congraçamento das forças sociais, atualmente dispersas, descontes com o modelo de representação em voga, e da sustentação a um projeto parlamentar contra-hegemônico que ofereça resistência àquelas outras, que o subverteram, culminando com o aperfeiçoamento do aparato normativo correspondente.

Para isso, de grande valia o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da repercussão geral do tema envolvendo as candidaturas independentes. Ao estimular as reflexões a seu respeito, o STF permitiu maior sistematização e difusão do conhecimento científico afim, bem como a interação e organização das energias sociais capazes de provocar as mudanças necessárias à modificação da realidade vivenciada.

Por conseguinte, de fato, o momento é de reflexão, como bem ressaltado pelo Min. Roberto Barroso[30], em manifestação proferida

30 A propósito, o Min. Roberto Barroso, conforme nota publicada no site do STF, divulgando a convocação de audiência pública para discutir o tema, reconhece que a questão que extrapola os limites jurídicos. Diz a nota: "O ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal (STF), convocou audiência pública para o dia 9/12 para discutir a constitucionalidade das candidaturas avulsas (sem filiação partidária)

nos autos do ARE 1.054.490 QO[31]. Nesta consecução, alinhando-se aos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e com fundamento no princípio *pro persona*, tem-se por válida a restrição contida no art. 14, §, inc. II, da Constituição Federal, sendo o Estado brasileiro soberano para, por meio do devido processo constitucional, exercer a opção política pela admissão, ou não, das candidaturas independentes.

Por fim, eventuais avanços para a implementação de um modelo eleitoral permissivo à candidatura avulsa, seja para os cargos proporcionais, seja para os cargos majoritários, seja para ambos, demandam ampla discussão pública acerca de seus impactos e forma de adequação do sistema eleitoral brasileiro para a nova sistemática (*v.g.*, forma de financiamento, coligações majoritárias, etc.) e, além disso, a condução deste processo é privativa do Poder Legislativo, por meio de propositura de uma reforma constitucional (PEC) sobre a temática.

em eleições. A matéria é tema de Recurso Extraordinário (RE) 1238853, com repercussão geral reconhecida. Segundo o relator, o tema extrapola os limites jurídicos e, por isso, é importante dar voz às instituições e partidos políticos, aos movimentos sociais, às associações de direito eleitoral e a políticos, acadêmicos e especialistas para que o STF conheça pontos de vista diferentes sobre a questão. Entre os pontos a serem discutidos estão as dificuldades práticas relacionadas à implementação das candidaturas avulsas e os impactos da adoção dessa possibilidade sobre o princípio da igualdade de chances, sobre o sistema partidário e sobre o regime democrático. [...]". (STF, 2019)

31 Neste sentido, a ponderação do Min. Roberto Barroso, quando do julgamento do ARE 1.054.490 QO: "[...] E, à vista da preocupação manifestada pelo Ministro Marco Aurélio e, por esta razão, eu não propus uma discussão de mérito, precisamente porque acho que este é um momento de reflexão e não de modificação judicial das regras do jogo. [...]". (STF, 2019)

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Felipe. *Partidos Políticos*. In: Arquivo Nacional – Memória da Administração Pública Brasileira. Nov.2016. Disponível em: http://mapa.arquivonacional.gov.br/index.php/menu-de-categorias-2/297-partidos--politicos-no-periodo-imperial. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL, *Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965*, 1965b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm. Acesso em: 19 fev. 2020.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL, *Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932*. Código Eleitoral. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 26.02.2020.

BRASIL, *Decreto-lei nº 7.586, de 28 de maio de 1945*. Regula, em todo o país, o alistamento eleitoral e as eleições a que se refere o art. 4º da Lei Constitucional nº 9, de 28 de fevereiro de 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del7586.htm. Acesso em: 26.02.2020.

BRASIL, *Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 27 fev. 2020.

BRASIL, *Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4737.htm. Acesso em: 19 fev. 2020.

BRASIL, *Lei nº 48, de 4 de maio de 1935*. Modifica o Código Eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1930-1949/L0048.htm. Acesso em: 26.02.2020.

BRAZIL, *Constituição Politica do Imperio do Brazil de 25 de Março de 1824*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 26.02.2020.

BRAZIL, *Lei nº 105, de 12 de maio de 1840*. Interpreta alguns artigos da Reforma Constitucional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM105.htm. Acesso em: 26.02.2020.

CIDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. México*, 2008. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/castanedagutman.pdf. Acesso em: 12 fev. 2020.

CIDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, 2005. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf. Acesso em: 12 fev. 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do Direito constitucional.* São Paulo, Saraiva, 2010, 2ª edição, p. 65.

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. *Candidaturas avulsas e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.* Revista Consultor Jurídico. Disponível em https://www.conjur.com.br/2017-jul-12/marcelo-peregrino-candidaturas-avulsas-sistema-interamericano-direitos-humanos#author. Acesso em: 19 fev. 2020.

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. *As candidaturas avulsas, o sistema interamericano de direitos humanos e o Estado de Partidos.* In: FUZ, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). Direito Partidário. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.71-87. (Tratado de Direito Eleitoral, v.2).

FLORENCE, R. C. B.; CAROLINA SANTOS, A.. Os Avanços Da Legislação Eleitoral e a Consolidação Da Democracia Brasileira. In: COSTA, Daniel Castro Gomes da; CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira.. (Org.). *Direito Eleitoral Brasileiro Temas Conteporâneos*. 1ed.São Paulo, SP: Editora Pillares, 2014, v. Único, p. 269-282.

GILAS, Karolina M.. *El gatopardismo detrás de la regulación de las candidaturas independientes en* México. Justicia Electoral, Núm. 15, ISSN 0188-7998, Cuarta Época, Vol. 1, enero-junio 2015. pp. 171-194.

GUNTHER Richard, DIAMOND Larry. Espécies de partidos políticos: uma nova tipologia. Paraná Eleitoral: revista brasileira de direito eleitoral e ciência política. v. 4, n. 1, 2015, p. 7-51. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/pe/article/view/42809. Acesso em: 26 fev.2020.

LEDESMA, T. H. W.; REIS, Mauricio Martins. A (Im)Possibilidade da Candidatura Avulsa à Luz Do Elemento Gramatical. Revista da Faculdade de Direito da FMP, v. 12, p. 211-224, 2017.

MEZZAROBA, Orides. *A democracia, os partidos políticos e o Estado*. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 29-44, jan. 2001. ISSN 2177-7055. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15364. Acesso em: 19 fev. 2020.

MEZZAROBA, Orides; FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. *O Direito Eleitoral Frente aos Tratados Internacionais: O Solipsismo da Jurisprudência Nacional e o Ativismo Pro Persona no Caso Mexicano.* R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 16, n. 22, p.156-182, jan./jun. 2018, p. 156-182. Disponível em: https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/1616/624. Acesso em: 19 fev. 2020.

MICHELS, Robert. 1982. *Sociologia dos partidos políticos*. Trad. Arthur Chaudon. Brasília: UNB.

NUNES, Danilo Henrique; LEHFELD, Lucas Souza; CATANI, Leticia Oliveira. *Da Possibilidade de Candidaturas Avulsas no Direito Eleitoral Pátrio: Análise da Jurisprudência do STF*. Direitos Culturais (Online), v. 14, p. 189-210, 2019.

SBDP, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.685-8 Distrito Federal, 2006. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/185_ADI_3685[2]%20inteiro%20teor.pdf. Acesso em: 19 fev. 2020.

STF, *Questão De Ordem No Recurso Extraordinário Com Agravo 1.054.490 Rio De Janeiro*, 2017. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=313861274&tipoApp=.pdf. Acesso em: 27 fev. 2020.

STF. *Agravo em Recurso Extraordinário nº 1054490*, 2019 Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5208032. Acesso em: 19 fev. 2020.

STF. *Recurso Extraordinário nº 466343*, 2009 Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2343529. Acesso em: 19 fev. 2020.

VERGARA DA SILVA, A.; LEITE FILHO, J. de Carvalho. *Candidaturas Avulsas: Breve Análise De Dois Casos Da Corte Interamericana De Direitos Humanos*. INTER: Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ. 2019. Disponível em: https://revistas.ufrj.br/index.php/inter/article/view/28599. Acesso em: 19 fev. 2020.

ACESSIBILIDADE ELEITORAL

Joelson Dias[1]
Ana Luísa Junqueira[2]

1. INTRODUÇÃO

Embora a concepção de soberania popular advenha dos ideais sustentados pela Revolução Francesa (1789-1799), a participação do povo nos mecanismos públicos de tomada de decisão, de definição/execução de políticas públicas e de controle da gestão administrativa ainda está distante de atingir sua plenitude. No mundo ocidental, as oportunidades para a atuação do indivíduo na esfera pública foram gradualmente se incrementando a partir do final do século XVIII, período inicial do movimento de incorporação das enunciações dos direitos humanos no texto das constituições nacionais.

Com a consolidação do Estado Democrático de Direito, a dignidade humana transformou-se em axioma universal de toda e qualquer função pública. Por ser agente precípuo na consolidação do interesse público, a participação política na condução do Estado torna-se direito fundamental e pressuposto da soberania popular.

Em que pese a imprescindibilidade de se assegurar ao indivíduo liberdade para discutir publicamente suas reivindicações, em uma ordem democrática as decisões públicas só podem ser consideradas legítimas se o acesso à participação na esfera política também for garantido a todos de forma igualitária.

1 Joelson Dias, Barbosa e Dias Advogados Associados, SHIS QL 4 Conjunto 2, Casa 15 Lago Sul, 71610-225 Brasília, Distrito Federal - Brasil, (61) 3321.0913 diascjoe@gmail.com

2 Ana Luísa Junqueira, Barbosa e Dias Advogados Associados, SHIS QL 4 Conjunto 2, Casa 15 Lago Sul, 71610-225 Brasília, Distrito Federal- Brasil, (61) 3321.0913,october31ana@gmail.com

Nas palavras de Rousseau (1980 apud ADRIOLI, 2003), não existe liberdade sem igualdade. O ser humano em condição superior terá sempre mais poder, limitando os outros em situação inferior. A justiça social será alcançada apenas quando a liberdade for concedida na mais perfeita igualdade.

Na construção de um Estado que se oponha à sociedade corrompida pela desigualdade, afastando os obstáculos que oneram ou impedem que os grupos excluídos tenham voz ativa, as chances para o desenvolvimento de capacidades[3] individuais se multiplicam. Existe estreita conexão entre expressão da vontade política e os demais direitos fundamentais. Isso se deve ao fato de que o indivíduo, ao participar ativamente na esfera pública, interfere na construção e na legitimação de suas outras garantias fundamentais: civis, econômicas, sociais e culturais.

É precisamente nesse contexto que surge a preocupação em garantir acessibilidade política às pessoas com deficiência, com a eliminação dos obstáculos impeditivos ou a criação das condições necessárias à efetivação dos seus direitos. A participação política é enérgico instrumento que assegura a convivência social efetivamente inclusiva, justa e solidária.

2. OBJETIVO

Evidenciar que a participação ativa na esfera pública interfere diretamente na consagração das garantias fundamentais, demonstrando, portanto, a importância da valoração da participação políti-

3 Adotando a linha de pensamento de Amartya Sen, "capacidade" representa série de combinações alternativas de estados físicos e mentais que uma pessoa é capaz de fazer, de se tornar ou de ser. São oportunidades ou liberdades para alcançar aquilo que um indivíduo considera valioso. (SEN, A. A ideia de justiça. São Paulo: Companhia das Letras, 2011).

ca da pessoa com deficiência, com a indispensável garantia de igualdade de oportunidades, por meio do aprimoramento da sua inclusão social e acessibilidade eleitoral.

3. MÉTODO

Adota-se o *método hipotético-dedutivo,* a ser desenvolvido a partir de uma análise de determinado referencial teórico, utilizando-se, sempre que possível, de dados coletados.

Quanto aos objetivos, a pesquisa será:

(i) *descritiva*, buscando descrever a proteção e promoção do direito humano à participação política e acessibilidade eleitoral, descobrir a frequência de seu manejo e êxito de seus institutos na concretização do direito nacional; e

(ii) *exploratória*, procurando aprimorar ideias e boas práticas e contribuindo na formulação de hipóteses para pesquisas.

4. DISCUSSÃO

A garantia da acessibilidade política das pessoas com deficiência cria condições para a participação política da população em questão em condições de igualdade com as demais pessoas na sociedade. O desenvolvimento do indivíduo só é possível quando lhe são assegurados os meios necessários para a sua participação consciente e com autonomia na comunidade política. Para tal, foram reconhecidos direitos na esfera nacional e internacional, que visam à inclusão política das pessoas com deficiência e assegurar a sua participação na tomada de decisões que lhes dizem respeito.

Portanto, como será apontado no texto, há um ciclo virtuoso entre direitos políticos, cidadania e democracia e, para tal, faz-se essencial analisar a acessibilidade do sistema eleitoral brasileiro, considerando a necessidade primordial da participação política das pessoas com deficiência em dimensão equânime e inclusiva. Pôde-se analisar, portanto, as normas de proteção e promoção dos direitos políticos, especialmente de acessibilidade eleitoral já existentes, e concluir que a participação das pessoas com deficiência no processo eleitoral, tanto como eleitores quanto como candidatos, necessita de planejamento minucioso e execução de políticas públicas intersetoriais, educação em direitos humanos, bem assim no desenvolvimento de programas de apoio à participação na vida pública e política.

Considerando que tais direitos resultam de esforços e conquistas relativamente recentes, compreende-se que ainda há muito o que ser explorado, principalmente no que tange à verdadeira efetivação do arcabouço normativo estabelecidos.

5. IGUALDADE DE OPORTUNIDADES NA PARTICIPAÇÃO POLÍTICA COMO SUBSTRATO DA DEMOCRACIA

Em que pese o fato do exercício ao sufrágio[4] ser a pedra angular do direito à participação política, não devemos desconsiderar suas outras múltiplas manifestações que se expressam pelo direito à associação e reunião, ao pluralismo político, ao voto regular e universal, à militância partidária, à presença em manifestações, à pressão exercida sobre governantes, à difusão de informações políticas e discussão sobre temas públicos.

4 O direito ao sufrágio envolve dupla dimensão: o direito de sufrágio ativo (direito de eleger representantes dos poderes Executivo e Legislativo, ou opinar sobre políticas públicas) e o de sufrágio passivo (prerrogativa de se apresentar como candidato durante o processo eleitoral).

Em outros termos: direitos políticos são os meios necessários ao exercício da soberania popular. São os direitos à cidadania, garantidores da participação ativa do indivíduo nas funções do Estado e, por isso, são também considerados como um dos substratos da democracia, visto que não existe democracia sem participação popular. Daí a razão dos direitos políticos serem considerados fundamentais.

A expressão da vontade política do indivíduo fundamenta a democracia na medida em que lhe confere legitimidade. Não existe regime democrático onde a coletividade – ou parte significativa dela, como os grupos social, econômica ou culturalmente vulneráveis – esteja alijada das esferas onde se forjam o debate e as orientações de caráter público, porque, como enfatiza Urroz (2011, p. 83), a democracia caracteriza-se como o regime no qual as decisões fundamentais defluem de todos os cidadãos e cidadãs.[5]

Nesse aspecto, a abertura de canais para o exercício dos direitos políticos, além de tornar o ambiente social mais plural e em conformidade com a justiça social, transforma o indivíduo subserviente em cidadão ativo, com poder de influenciar de fato as decisões políticas tomadas em seu nome. Há, assim, um ciclo virtuoso entre direitos políticos, cidadania e democracia. Por intermédio da participação, o indivíduo se fortalece como cidadão e, mais fortalecido, participa cada vez mais, solidificando a cultura democrática e concretizando o Estado Democrático de Direito. Mas não é só.

Não obstante a liberdade de participação seja um dos pilares democráticos, a vontade política só será legítima se todos puderem exercer seu direito de sufrágio em igualdade de oportunidades. Uma

5 Embora as normas de linguagem recomendem a adoção do "masculino extensivo", nos casos que o gênero gramatical masculino se junta a um feminino, usaremos neste texto não só a expressão "cidadãos", como também "cidadãs", e outras afins, no intuito de reforçar a linguagem inclusiva, combatendo o modelo em que o homem se torna a medida do humano, a norma ou o padrão. O direito à representação linguística pressupõe um direito à identidade, sendo condição necessária para tornar real e efetiva a igualdade entre homens e mulheres.

sociedade livre da opressão e da submissão deve, obrigatoriamente, considerar a participação política em dimensão equânime e inclusiva.

Garantir meios que igualem as oportunidades de acesso às liberdades individuais é contribuir para a radicalização democrática, emancipação e mudança social. A liberdade de se expressar politicamente é por si um valor essencial, mas deve ser garantida de forma igual a todos para que se possa alcançar a justiça social.

Como aponta Della Porta (2003 apud ALVIM; DIAS, 2017), a democracia tem amparo na isonomia e, assim, refuta desigualdades nas medidas da participação, que ensejam desequilíbrios na influência política dos diferentes sujeitos e classes. O alijamento político de grupos socialmente vulneráveis – como é o caso das pessoas com deficiência – produz distorções no esquema público de distribuição de justiça, tanto porque impede as melhorias de suas próprias condições sociais como porque dificulta a sua mobilização em outros níveis.

Para Rawls (1995, p. 266), a desigualdade política mais óbvia talvez se exprima na violação do preceito "uma pessoa, um voto". Na formulação de sua "Teoria de Justiça", anuncia que o princípio de (igual) participação, quando aplicado ao processo político, exige que todos os cidadãos devem ter acesso igual ao poder público: "a justiça como imparcialidade começa com a ideia de que, se os princípios gerais são necessários e vantajosos para todos, devem ser elaborados desde o ponto de vista de uma situação inicial de igualdade bem definida, onde cada pessoa está justamente representada."

Na tentativa de formular um modelo político mais justo ou adequado à complexidade das sociedades contemporâneas, Habermas (2002) entende que a exclusão do "diferente" se dá por meio de uma vontade consciente de homogeneidade social, que provoca a marginalização interna de grupos sociais. Sua proposta contra essa exclusão sistemática consiste na defesa de que a política própria da democracia deve ser dirigida na direção da "inclusão do outro", uma

inclusão que promova a independência de características individuais de cada qual, e que conte com acesso à comunidade política. A condição para isso é que, no maior grau possível, as instituições públicas se dispam de conotações morais densas, e passem a adotar integralmente os procedimentos do direito moderno.

A rigor, como ensina Pateman (1992, p. 41), um sistema realmente democrático deve favorecer a máxima implicação dos cidadãos na definição das leis e no delineamento das políticas: em seu ambiente, o processo participativo deve assegurar que nenhum indivíduo ou grupo esteja acima de outros indivíduos ou grupos; as camadas sociais são dependentes entre si e, desse modo, devem igualmente ser abrigadas pelo sistema legal.

Por sua própria condição, determinados indivíduos necessitam de proteção específica, indispensável para que possam se incluir socialmente e participarem em condições de igualdade. Para que seja atingida integralmente a igualdade, devemos considerá-la em sua dimensão material.

Como aponta Silva (2001), em sociedades corrompidas pela desigualdade, a norma geral aplicada igualmente a todos (igualdade formal) pode gerar injustiças sociais, já que as desigualdades reais não deixarão de existir. Deve-se, então, levar em conta as distinções dos grupos sociais (igualdade material), pois, ao contrário, o direito acaba por gerar mais desigualdades. Em outras palavras, o tratamento desigual aos grupos socialmente mais vulneráveis é essencial para se garantir a igualdade na realidade fática da vida. É a chamada "desigualação" positiva, desigualando para igualar. Ademais, a noção de povo como "a razão e fim da sociedade e Estado" deve ser compreendida com base na diversidade humana, respeitando e aceitando as diferenças entre os indivíduos.

Essa é razão das normas que garantem a acessibilidade e o próprio direito à participação política das pessoas com deficiência. A garantia de que esse grupo específico de pessoas possa intervir nas

decisões do Estado, especialmente nas questões que lhe dizem respeito mais diretamente, bem assim ter acesso aos cargos e empregos públicos, segundo a sua representatividade, revela-se elemento crucial na construção e promoção de sua inclusão social e consequentemente, da própria distribuição de justiça.

Até porque, existe uma conexão íntima entre o direito de participação política e os demais direitos essenciais para a preservação da dignidade humana. Afinal, ao participar ativamente na esfera pública, o indivíduo interfere na construção e legitimação de seus outros direitos fundamentais: civis, econômicos, sociais e culturais. É, assim, agente de transformação social, incluindo e emancipando grupo socialmente mais vulnerável.

6. ACESSIBILIDADE ELEITORAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: NORMAS DE PROTEÇÃO E PROMOÇÃO

Segundo dados do Relatório Mundial de 2011 sobre as pessoas com deficiência, elaborado pela Organização Mundial de Saúde, mais de um bilhão de pessoas no mundo convivem com alguma forma de impedimento (físico, mental, intelectual ou sensorial), dentre as quais, 200 milhões experimentam dificuldades funcionais consideráveis. Só no Brasil, quase 24% da população apresenta algum tipo de impedimento. Segundo dados do Tribunal Superior Eleitoral, nas eleições de 2018, dos aproximadamente 148 milhões de eleitores, cerca de 941 mil eram pessoas com impedimento dessa ordem. No grupo socialmente vulnerável, existem, atualmente, milhões de pessoas que deixam de exercer seus direitos de participação nas atividades da vida pública e política por não terem as mesmas oportunidades que os demais indivíduos.

O direito à acessibilidade pode ser compreendido também como o direito de ter acesso a direitos. É, portanto, nessa perspecti-

va, instrumento fundamental para a efetivação dos demais direitos, razão pela qual há uma inequívoca relação entre dignidade humana e direito à acessibilidade. Afinal, a pessoa com deficiência somente poderá usufruir de uma vida digna, caso tenha garantido acesso aos direitos fundamentais.

Mais propriamente dita, a acessibilidade eleitoral visa a erradicar as barreiras que distanciam os indivíduos do exercício de seus direitos políticos. Não se traduz exclusivamente no direito de votar com facilidade, vai além. Tem como propósito a superação, dentre outros, dos obstáculos arquitetônicos das zonas e seções eleitorais, por exemplo, da inacessibilidade das propagandas partidárias e eleitorais, dos informes oficiais e debates televisivos que não contam com audiodescrição, linguagem de sinais e legenda, mas, sobretudo, das barreiras atitudinais, isto é, do preconceito e ignorância social que tanto mitigam as chances de candidatos e candidatas com deficiência serem eleitos.

A garantia ao sufrágio e às suas manifestações reclama, dessa forma, a eliminação de obstáculos (atitudinais, físicos e socioeconômicos) impeditivos ou demasiadamente onerosos, que limitam principalmente os grupos mais vulneráveis de expressarem seu potencial político. Nessa linha, Dahl (2009 apud ALVIM; DIAS, 2017) alerta que o axioma da máxima extensão do sufrágio não se esgota no amplo reconhecimento formal do direito ao voto, pois a satisfação das exigências democráticas pressupõe que "os direitos nela inerentes devem realmente ser cumpridos e, na prática, devem estar à disposição dos cidadãos".

6.1 Normas internacionais de direitos humanos que asseguram acessibilidade eleitoral à pessoa com deficiência

No sistema global de proteção dos direitos humanos, a Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre os Direitos

das Pessoas com Deficiência (CDPD) – primeiro Tratado Internacional de Direitos Humanos incorporado ao ordenamento jurídico nacional com equivalência expressa de norma constitucional –,[6] surge não apenas como oportuno instrumento de efetivação dos mais variados direitos e garantias, mas como marco normativo revolucionário, que conduz a legislação e as instituições eleitorais ao reencontro com os valores democráticos de inclusão e justiça social.

Em termos gerais, a CDPD traduz-se como importante mecanismo de alcance global para modificar o cenário de discriminação e exclusão das pessoas com deficiência nos países signatários, destacando as vulnerabilidades enfrentadas pelos beneficiários, e exigindo das autoridades nacionais e dos diversos atores sociais ações concretas para a implementação dos direitos e garantias consagrados em seu texto. A Convenção foi adotada pela comunidade internacional com o propósito estruturante de assegurar e promover a emancipação das pessoas com deficiência, principalmente, a partir do princípio da igualdade e da inclusão social, que se desdobra na proteção e promoção dos direitos humanos e fundamentais.

Como afirma Caldas (2014, *passim*), a CDPD prevê verdadeiras regras de conduta para os países signatários, que assumem a responsabilidade de, internamente, implementar as normas internacionais consagradas na Convenção, adequando a legislação interna

6 Mediante o Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, promulgado pelo Poder Executivo federal por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, o Congresso Nacional aprovou o texto da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem assim seu Protocolo Facultativo, que reconhece a competência do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência para receber e analisar comunicações submetidas por pessoas ou grupos de pessoas narrando violações ao referido tratado internacional. Além do compromisso junto à ONU firmado pela União valer para todos os entes da Federação e para os três Poderes, o texto da Convenção constitui parâmetro de controle de constitucionalidade, sendo que a não observância de seus preceitos enseja mora internacional do Estado brasileiro. Ao Executivo cabe a implementação de medidas necessárias ao cumprimento das obrigações previstas; ao Legislativo, compatibilizar a legislação com os novos compromissos; e ao Judiciário, aplicar e assegurar a obediência ao tratado, conforme o seu status de emenda constitucional.

e criando políticas capazes de intervir na realidade e modificá-la, ao propagar informação, disseminar tecnologias, e assegurar o acesso das pessoas com deficiência aos mais variados direitos e garantias.

Em seu art. 1º a CDPD define pessoa com deficiência como aquela com impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras (físicas, atitudinais, socioeconômicas) podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas.[7]

Nota-se relevante mudança de paradigma sobre a definição de pessoa com deficiência, afastando de vez o modelo médico do referido conceito. A deficiência deixa de ser tratada como uma limitação do corpo, e passa a ser encarada como construção social e questão contextual.

A pessoa com deficiência apresenta maior dificuldade de acesso não em razão de suas limitações funcionais, mas pela incapacidade da sociedade de incluí-la em sua especificidade. Assim, a limitação funcional do indivíduo deixa de ser um obstáculo quando apoiada pelos recursos de acessibilidade promovidos pelo Estado e pela sociedade e garantida à pessoa com deficiência a sua inclusão, autonomia e vida independente.

Capítulo especial da Convenção da ONU foi dedicado aos direitos e garantias de participação na vida pública e política das pessoas com deficiência, com o propósito de assegurar sua inclusão política, amortizando, assim, dívida do sistema com a dignidade humana, e revigorando o substrato democrático do estatuto eleitoral. Ao assinar e depois incorporar a CDPD em seu direito interno como

7 O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, e promover o respeito pela sua dignidade inerente. Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. [6]Vide art. 4.1, *a*, da CDPD.

norma constitucional, o Brasil assumiu o ônus de adotar medidas necessárias para garantir e promover também a acessibilidade política e eleitoral das pessoas com deficiência.[6]

Em seu art. 29, a CDPD estabelece que os Estados Partes deverão comprometer-se a assegurar o direito de as pessoas com deficiência votarem e serem votadas em condições de igualdade com as demais pessoas. Para isso, determina que os procedimentos, instalações, materiais e equipamentos para votação serão apropriados, acessíveis e de fácil compreensão e uso, assegurando a proteção ao voto secreto, e garantindo-se, sempre que necessário e a seu pedido, permissão para que a pessoa com deficiência seja auxiliada na votação por alguém de sua escolha. Assegura também o direito de as pessoas com deficiência candidatarem-se e desempenharem quaisquer funções públicas em todas as esferas de governo, usando novas tecnologias assistivas e adaptações necessárias quando apropriado.

Em acréscimo, a CDPD encoraja a promoção de ambiente no qual as pessoas com deficiência possam participar efetiva e plenamente na condução das questões públicas, mediante filiação a organizações não governamentais relacionadas com a vida pública e política do país, a participação em atividades e administração de partidos políticos e a formação de organizações (em âmbito internacional, regional, nacional e local) que representem seus interesses.

No sistema Regional Interamericano de Direitos Humanos, a proteção normativa especial das pessoas com deficiência está prevista no texto da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas com Deficiência da Organização dos Estados Americanos-OEA (Convenção da Guatemala). Embora não contemple artigo específico sobre os direitos políticos, referida Convenção obriga a adoção pelos países signatários de medidas de natureza legislativa, social,

educativa, laboral ou outra que sejam necessárias para eliminar a discriminação contra as pessoas com deficiência.

No sistema europeu de direitos humanos, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia prescreve que os Estados-Membros devem reconhecer e respeitar o direito das pessoas com deficiência a se beneficiarem de medidas destinadas a assegurar a sua autonomia, a sua inclusão social e a sua participação na vida da comunidade.

No mesmo sentido, a Recomendação (2006) 5, de 5 de abril de 2006, do Comitê de Ministros aos Estados-Membros, sobre o Plano de Ação do Conselho da Europa para promover os direitos das pessoas com deficiência, defende que a participação de todos os cidadãos na vida política e pública, e no processo democrático, é fundamental para o desenvolvimento das sociedades democráticas.[8]

Em adição, a Recomendação (2004) 10, de 22 de setembro de 2004, do Comitê de Ministros aos Estados-Membros, sobre a proteção dos direitos humanos e da dignidade das pessoas com transtornos mentais, sugere que referidos indivíduos devem poder exercer todos os seus direitos civis e políticos. A justificativa é que quaisquer restrições ao exercício desses direitos devem observar as disposições da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, e não devem se basear em discriminação de pessoa com transtorno mental.

8 De acordo com a Recomendação (2006)5, de 5 de abril de 2006, emitida pelo Comitê de Ministros aos Estados-Membros sobre o Plano de Ação do Conselho da Europa para promover os direitos das pessoas com deficiência: "A participação de todos os cidadãos e cidadãs na vida política e pública e no processo democrático é fundamental para o desenvolvimento das sociedades democráticas. A sociedade tem necessidade de refletir sobre a diversidade dos seus cidadãos e de tirar benefício da variedade da sua experiência e conhecimento/saber. Assim, é importante que as pessoas com deficiência/incapacidade possam exercer o seu direito de voto e de participar em tais atividades."

6.2 Lei brasileira de inclusão e o programa de acessibilidade da justiça eleitoral

Para reforçar os ditames da Convenção da ONU, foi promulgada no Brasil, em 6 de julho de 2015, a Lei nº 13.146 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – LBI), também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Após praticamente 15 anos de tramitação no Congresso e várias revisões, modificações, audiências públicas e estudos, a LBI foi aprovada com grande expectativa de que possa ser usada como importante instrumento para a afirmação da cidadania e a inclusão social das pessoas com deficiência, indo ao encontro, assim, das obrigações internacionais assumidas pelo País ao ratificar a Convenção Internacional da ONU.[9]

Com a LBI, mais precisamente por força do disposto em seu artigo 114, a incapacidade civil absoluta, prevista como causa de restrição de direitos políticos, no inciso II do art. 15 da Constituição Federal, foi reduzida a uma única hipótese, a dos menores de 16 anos, com a nova redação dada ao art. 3º, do Código Civil, assegurando, a partir de então, igualdade política com as demais pessoas na sociedade também aos indivíduos com deficiência intelectual ou mental. Com efeito, no §1º do seu artigo 76 a LBI garante às pessoas com deficiência não apenas o direito de voto, mas também o de serem votadas.

9 Embora grande parte dos organismos representativos e do poder público tenha defendido que a reunião dos direitos das pessoas com deficiência em um só instrumento jurídico facilitaria as decisões judiciais, bem como ampliaria a sua visibilidade, importante lembrar que número expressivo de pessoas do próprio segmento mostrou-se contrário à aprovação de um "Estatuto". Temendo que lei especial sobre o tema pudesse derrogar alguns dos direitos garantidos pela legislação então em vigor, essa corrente defendia não ser preciso remodelagem legislativa, tendo em vista que o sistema jurídico brasileiro de proteção aos direitos das pessoas com deficiência é dos mais avançados do mundo. Além do mais, no inciso I de seu artigo 14, a LC nº 95/98 prevê expressamente não ser o caso da edição de nova lei, mas de consolidação da legislação sempre que já existentes normas que tratem da mesma matéria ou de assuntos a ela vinculados.

No que se refere às garantias destinadas à participação na vida pública e política das pessoas com deficiência, a LBI (art. 76) basicamente reproduz a redação da Convenção da ONU (art. 29), incorporando no texto, todavia, algumas medidas adicionais para a efetivação do referido direito.

Seguindo a Convenção, a LBI visa garantir às pessoas com deficiência o exercício dos direitos políticos e a oportunidade de exercê-los em igualdade de condições com os demais indivíduos, inovando ao vedar expressamente seções eleitorais exclusivas para as pessoas com deficiência. Ressalte-se, por oportuno, que o TSE somente poderá continuar estabelecendo "seções eleitorais especiais"[10] se não forem exclusivas para os eleitores com deficiência e, sem prejuízo, é claro, de garantia da acessibilidade de todo e qualquer local de votação.

Nesse ponto em que segue a Convenção da ONU, o objetivo da LBI é não somente o de evitar a segregação das pessoas com deficiência e preservar o seu direito ao sigilo do voto, mas também, considerando que a maioria dos locais de votação é localizada em edifícios públicos, promover a acessibilidade dos prédios públicos ou de uso coletivo, e de suas imediações.[11] Com efeito, a LBI incluiu o §6º-A no art. 135 da Lei nº 4737/65 (Código Eleitoral)[12][13], dispondo:

---

10 Ver, por exemplo, Resolução TSE nº 21.008/2002 (art. 1º) e Resolução TSE nº 23.381/12 (art. 3º, III e IV).

11 Vide, ainda, o disposto no art. 21, parágrafo único, do Decreto nº 5296/2004, que dispõe sobre a acessibilidade nos prédios de uso coletivo e público para as pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida.

12 Tal dispositivo foi inspirado no art. 3º, I, do Programa de Acessibilidade da Justiça Eleitoral (Resolução TSE nº 23.381/12) o qual dispõe: "Objetivando a plena acessibilidade nos locais de votação, os Tribunais Regionais Eleitorais, em conjunto com as respectivas Zonas Eleitorais, elaborarão plano de ação destinado a: I - expedir, a cada eleição, instruções aos Juízes Eleitorais, para orientá-los na escolha dos locais de votação de mais fácil acesso ao eleitor com deficiência física."

13 Vide, no particular, o disposto também no art. 57, parágrafo único, do Decreto nº 5296/2004.

> §6º-A. Os Tribunais Regionais Eleitorais deverão, a cada eleição, expedir instruções aos Juízes Eleitorais para orientá-los na escolha dos locais de votação, de maneira a garantir acessibilidade para o eleitor com deficiência ou com mobilidade reduzida, inclusive em seu entorno e nos sistemas de transporte que lhe dão acesso.

A LBI (art. 76, §1º, III) também exige que os recursos de legenda, Libras e audiodescrição estejam disponíveis em pronunciamentos oficiais, na propaganda eleitoral obrigatória e debates transmitidos pelas emissoras de televisão. Anota-se que tal medida é recomendada pelo Relatório da ONU (2011) sobre a participação das pessoas com deficiência na vida pública e política.

Aliás, ainda no incentivo ao desempenho de funções públicas, garante-se constitucionalmente a reserva de cargos e empregos públicos às pessoas com deficiência (art. 37, VIII, da CR/88). De acordo com o Decreto nº 3.298/99 (que regulamenta a Lei nº 7.853/89), o candidato com deficiência concorrerá a todas as vagas, sendo reservado, no mínimo, o percentual de cinco por cento conforme a classificação obtida (art. 5º, §2º).

Sobre a relação entre capacidade jurídica e voto, como ressaltam Dias e Junqueira (2016, p. 296), o artigo 85 da LBI deu passo importantíssimo, inclusive conceitual, em direção à efetiva implementação da Convenção da ONU e à concretização dos direitos das pessoas com deficiência, ao expressamente afirmar que a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, não podendo restringir, dentre outros, o direito de voto.

Já era tempo de reconhecer que eventual necessidade de proteção patrimonial não pode implicar desnecessária limitação aos direitos existenciais do sujeito. Na linha da nova abordagem inaugurada pela Convenção da ONU, sobre a capacidade jurídica das pessoas

com deficiência,[14] enfatiza-se que a curatela é medida extraordinária (LBI, artigo 84, parágrafo 3º), que não pode lhes impor restrições indevidas em contraposição ao direito da pessoa com deficiência à tomada de decisão apoiada (LBI, artigo 84, parágrafo 2º). Com essa medida, o País também acompanha a mais recente jurisprudência de organismos internacionais de direitos humanos sobre a garantia na sua mais absoluta plenitude do direito de voto das pessoas com deficiência.[15]

Nesse sentido, a Lei Brasileira de Inclusão opera verdadeira mudança de paradigma, vista por Gagliano e Pamplona Filho (2016, p. 50) como uma homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana: a pessoa com deficiência deixou de ser genérica e aprioristicamente rotulada como incapaz, passando a ser avaliada, em uma "perspectiva constitucional isonômica", como "dotada de plena capacidade legal, ainda que haja a necessidade de adoção de institutos assistenciais específicos, como a tomada de decisão apoiada e, extraordinariamente, a curatela, para a prática de atos na vida civil".

14 Com efeito, em seu artigo 12, que garante às pessoas com deficiência o gozo de capacidade jurídica em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida, a Convenção da ONU prescreve, no item 4, do referido dispositivo normativo, que os "Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa."

15 No caso Alajos Kiss contra Hungria, por exemplo, a Corte Europeia de Direitos Humanos afirmou, à unanimidade, que a "supressão indiscriminada dos direitos de voto, sem uma avaliação judicial individualizada e assente apenas numa deficiência mental que carece de tutela parcial, não pode ser considerada compatível com os motivos legítimos para restringir o direito de eleger." Corte Europeia de Direitos Humanos, Alajos Kiss contra Hungria, nº 38832/06, acórdão de 20 de maio de 2010.

Importante destacar que, antes mesmo da promulgação da Lei Brasileira de Inclusão, na tentativa de equiparar oportunidades no exercício da cidadania aos eleitores com deficiência ou mobilidade reduzida, o Tribunal Superior Eleitoral já havia instituído o Programa de Acessibilidade da Justiça Eleitoral (Resolução nº 23.381/2012), que, na mesma linha do que posteriormente seria preconizado também pela LBI, busca equiparar oportunidades no exercício da cidadania aos eleitores com deficiência ou mobilidade reduzida, assegurando, por exemplo, acessibilidade nos procedimentos, instalações e materiais para votação[16].

Tendo como objetivo a implantação gradual de medidas que removam barreiras físicas, arquitetônicas, de comunicação e atitudinais, o objetivo do Programa é promover o acesso, amplo e irrestrito, com segurança e autonomia, às pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida no processo eleitoral.

Nesse sentido, por exemplo, o Programa estabelece que as urnas eletrônicas, além das teclas em Braille, também devem ser habilitadas com sistema de áudio, fornecendo os Tribunais Regionais Eleitorais (TREs) fones de ouvido nas seções eleitorais especiais ou, quando solicitados, por eleitor com deficiência visual. Ou ainda: os mesários devem ser orientados pelos Tribunais Eleitorais para facilitar todo o processo de adaptação à Resolução, estando previsto, inclusive, parcerias para incentivar o cadastramento de colaboradores com conhecimento em Língua Brasileira de Sinais (Libras).

Além disso, os TREs devem contar com comissão multidisciplinar destinada a elaborar plano de ação contemplando as medidas previstas na Resolução, acompanhar as atividades realizadas, e encaminhar o respectivo relatório ao TSE até o dia 20 de dezembro de cada ano. Quanto à acessibilidade digital, os sites dos TREs devem ser adaptados para garantia do pleno acesso a todos os segmentos

16 Vide art. 76, §1º, I da LBI.

das pessoas com deficiência e disponibilizarem a legislação eleitoral também em áudio.

Em reconhecimento aos seus efeitos positivos, o Programa de Acessibilidade da Justiça Eleitoral foi selecionado pelo Zero Project (iniciativa da Fundação Essl, da Áustria, com foco na divulgação de iniciativas em âmbito global que contribuam para a efetivação dos direitos consagrados na Convenção da ONU) como uma das dez políticas públicas mais inovadoras do mundo no ano de 2019, em prol da vida independente e participação política das pessoas com deficiência.[17]

Releva notar que, em seu 1º Relatório Nacional sobre o cumprimento das disposições da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o Brasil admite que ainda não garante a participação política das pessoas com deficiência em toda a sua plenitude devido a obstáculos como a falta de acesso a informações sobre as plataformas políticas e as propostas dos candidatos e candidatas. O Relatório também registra que, por diversas vezes, as campanhas eleitorais brasileiras não são apresentadas em formato acessível, principalmente no que diz respeito aos sítios eletrônicos e ao material impresso. Informa, também, que, no interior do País, é ainda mais difícil o acesso aos colégios eleitorais, o que dificulta a participação de pessoas com mobilidade reduzida.[17]

Em suas observações finais sobre o referido relatório brasileiro, de 1º de setembro de 2015, após diálogo também com a sociedade civil, do qual tive a honra de participar durante a respectiva sessão em Genebra, na Suíça, o Comitê da ONU que supervisiona a implementação da Convenção pelos países que a ratificaram externou

17 Em 2018, por sugestão do ex-ministro do TSE Joelson Dias, o então presidente do TSE, Ministro Luiz Fux, criou o Grupo de Trabalho "Projeto Zero", por meio da Portaria TSE nº 543/2018, que, em junho daquele ano, inscreveu o Programa de Acessibilidade da Justiça Eleitoral no Zero Project. Aquele grupo de trabalho também tinha por atribuição analisar eventuais medidas cabíveis para o aprimoramento do mencionado programa de acessibilidade.

preocupação com a discriminação sofrida pelas pessoas com deficiência no exercício do seu direito de voto, especialmente em razão de interdição e restrições a sua capacidade jurídica, da falta de acessibilidade em muitos locais de votação e da indisponibilidade das informações sobre as eleições em todos os formatos acessíveis.[18]

7. RECOMENDAÇÕES E BOAS PRÁTICAS

Em apoio aos esforços nacionais para a consecução dos seus objetivos, a Convenção da ONU destaca a importância também da cooperação internacional entre os países e de parcerias com organizações internacionais e com a sociedade civil, especialmente, com entidades de pessoas com deficiência.[19] Dentre outras medidas, a Convenção da ONU prevê, no particular, o apoio à capacitação, inclusive por meio do compartilhamento de informações, experiências, programas de treinamento e melhores práticas.[19]

No mesmo sentido, ao prescrever, por exemplo, a obrigatoriedade da acessibilidade nos sítios da internet, a LBI, em seu art. 63, também menciona as melhores práticas e diretrizes de acessibilidade adotadas internacionalmente como medidas a serem consideradas na garantia de acesso das pessoas com deficiência à informação e à comunicação.

A seguir, listamos algumas dessas "melhores práticas e políticas inovadoras" em diferentes países, as quais têm proporcionado às pessoas com deficiência maior participação na vida pública e política. Na seleção, lançamos mão de Estudo Temático da ONU sobre a

18 Observações finais da ONU sobre Relatório enviado pela Brasil. Disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=4&DocTypeID=5 > Acesso 2 out. 2019 vide de art. 32, 1, da CDPD.

19 Vide art. 32, 1, b, da CDPD.

participação das pessoas com deficiência na vida pública e política, do Relatório Anual de 2015 elaborado pelo Zero Project[20] e do Relatório do Instituto Nacional Democrata (IND) em parceria com a Fundação Internacional para Sistemas Eleitorais (IFES)[21]:

20 Zero Project é uma iniciativa internacional da Fundação Essl, da Áustria, com foco na garantia e promoção dos direitos das pessoas com deficiência em âmbito global. Seu principal propósito é o de oferecer plataforma de soluções práticas inovadoras e eficazes para efetivação dos direitos das pessoas com deficiência. Relatório anual de 2015: Vida Independente e Participação Política. Disponível em <http://zeroproject.org/downloads/#toggle-id-26>. Acesso 2 out. 2019.

21 A Fundação Internacional para Sistemas Eleitorais (IFES) é uma organização internacional, sem fins lucrativos, que presta assistência e apoio às eleições nas democracias novas e emergentes. Fundação Internacional Para Sistemas Eleitorais (IFES). Relatório em parceria com o Instituto Nacional Democrata (IND). Igualdade de Acesso: Como incluir as pessoas com deficiência nas eleições e nos processos políticos, 2014. Disponível em: <http://www.ifes.org/news/2014-annual-report >. Acesso em 2 out. 2019

PRÁTICA/POLÍTICA INOVADORA[22]	PAÍS	DESCRIÇÃO
Reserva de cargo eletivo no poder executivo para pessoas com deficiência	Uganda	Cada vila, subcondado, condado e conselho do distrito deve reservar, pelo menos, um cargo eletivo destinado à pessoa com deficiência.
Acesso igualitário aos meios de divulgação das atividades parlamentares	África do Sul	Durante os discursos parlamentares, o país disponibiliza intérprete de sinais, unidade de produção de material em Braile e tela com texto eletrônico.
Direito de voto e capacidade jurídica	Croácia e Eslovênia	Ampla campanha de sensibilização da opinião pública, mediante oficinas e informações transmitidas pela televisão e rádio sobre direitos das pessoas com deficiência. Os países passaram a admitir como eleitores as pessoas com deficiência intelectual.
E-voting	Austrália	Criou-se um software que auxilia o processo de votação das pessoas com deficiência visual, dos analfabetos, daqueles que não sabem ler a língua inglesa. O software foi disponibilizado nas seções oficiais de votação e também nos centros oficiais de votação antecipada.
Fundo de financiamento eleitoral	Nova Zelândia	Desde 2014, a Nova Zelândia tem utilizado o sistema de votação por telefone para as pessoas com deficiência visual ou outro tipo de deficiência que as impeçam de marcar o voto na célula.
Semana das Pessoas com Deficiência	Filipinas	Anualmente, realiza-se a "Semana das Pessoas com Deficiência", campanha nacional de sensibilização a favor da participação política das pessoas com deficiência.
Código de Conduta	Serra Leoa	Código de conduta eleitoral destinado aos partidos políticos, sob o risco de sanção em caso de descumprimento. O documento tenta promover um ambiente eleitoral sem violência e intimidação, incentivando a participação das mulheres e outros grupos socialmente marginalizados.

Quadro 1 – Melhores práticas e políticas inovadoras

22 Relatório nacional sobre o cumprimento das disposições da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=4&DocTypeID=29 >. Acesso em 2 out. 2019

Com base em recomendações da ONU e da Agência da União Europeia para Direitos Fundamentais – FRA (2014), enumeramos algumas medidas que, a partir da experiência internacional, também o Brasil, na implementação da Convenção da ONU e da LBI, pode tomar como referência no louvável e necessário esforço de maior inclusão das pessoas com deficiência e efetivação do seu direito de participação na vida pública e política:

RECOMENDAÇÃO	DESCRIÇÃO
Aumentar a conscientização social e emancipar as pessoas com deficiência	Segundo as Nações Unidas, a disseminação de informação e educação é o instrumento mais efetivo para se erradicar estereótipos, para se garantir a emancipação política das pessoas com deficiência e suprimir as barreiras de acessibilidade. Um relatório preparado pelo Centro de Vida Independente de Hanoi (Vietnã) detectou que, dentre as 50 famílias de pessoas com deficiência entrevistadas, metade acredita que as pessoas com deficiência não devem votar, para não se preocuparem com questões políticas. Como também aponta o relatório, a razão mais comum das pessoas com deficiência não terem seus documentos nacionais é o fato de seus familiares não acharem necessário.
Participação no desenvolvimento de políticas	Segundo a FRA, as organizações representativas e as próprias pessoas com deficiência devem participar ativamente na formulação, no monitoramento e na avaliação de políticas e medidas destinadas a promover e proteger os seus direitos políticos. As pessoas com deficiência não devem ser apenas objeto de programas de ajuda, devem também participar ativamente como líderes de seus respectivos governos.
Eliminação dos obstáculos administrativos à participação política	Segundo a FRA, na maioria dos países subsistem obstáculos jurídicos e administrativos que continuam a impedir que algumas pessoas com deficiência denunciem lesão ou ameaça de lesão de seus direitos políticos. São exemplos de obstáculos: processos administrativos inacessíveis e complexos, suscetíveis de privar as pessoas com deficiência do direito de voto; ou seja, processos que na prática podem privar as pessoas com deficiência dos seus direitos; dificuldades no acesso aos mecanismos de apresentação de requerimentos nos casos em que as pessoas com deficiência enfrentam problemas no exercício do direito de voto.

Dissociação entre voto e capacidade jurídica	O Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência recomendou à Espanha e à Tunísia revisarem suas legislações, de forma a conceder o direito de voto e de participação na vida pública às pessoas com deficiência intelectual ou psicossocial sob tutela ou curatela. (CDPD/C/ TUN/1) e (CDPD/C/TUN/CO/1 par. 35).
Coleta de dados para avaliar a participação política das pessoas com deficiência	Segundo Relatório mundial da ONU sobre a deficiência, ainda não é possível avaliar com rigor a situação existente no que respeita à participação política das pessoas com deficiência, devido à falta de dados fiáveis e comparáveis. Não há identificação clara a respeito dos tipos de barreiras enfrentadas pelas pessoas com deficiência em sua participação política, bem como há uma imprecisão na identificação dos suportes necessários que garantirão a acessibilidade eleitoral.
Disseminação de boas práticas	O artigo 32, da CDPD, requer cooperação internacional mediante troca e partilha de informações sobre experiências e boas práticas. Isso inclui assegurar acessibilidade aos programas de eleições inclusivas para que as pessoas com deficiência participem. Além disso, bons exemplos e materiais educativos devem ser compilados e divulgados em todo o mundo, principalmente por intermédio de ferramentas eletrônicas acessíveis.
Aprimorar a acessibilidade ao voto	Segundo a Conferência dos Estados Partes na Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência (ONU, 2011), devem ser garantidas cabines de votação que permitam o acesso em cadeiras de rodas, iluminação adequada, lugares de estacionamento acessíveis, espaços com portas suficientemente largas, formas alternativas de voto (voto eletrônico, estações móveis de voto, voto por correspondência, votação por procuração e votação antecipada).

Quadro 2 – Medidas para a maior inclusão das pessoas com deficiência e a efetivação do seu direito de participação na vida pública e política.

8. CONCLUSÕES

Em sua investigação historiográfica a respeito dos elementos que marcam a tradição republicana, Pocock (2013, p. 28) rememora o contexto do "humanismo cívico", na Florença do Renascimento, assinalando que esse "estilo de pensamento" considera que o desenvolvimento do indivíduo, em direção a sua própria realização, só é possível quando esse indivíduo age como cidadão, ou seja, como um

participante consciente e autônomo de uma comunidade política que autonomamente toma as suas decisões, a pólis, ou república.

A ideia de que a república, sob pena de se corromper, não pode subsistir sem a participação, sem a parceria de todos os seus cidadãos na busca do bem geral, ainda nas sociedades atuais parece-nos central. Não por outro motivo, temos que a participação política é elemento crucial e precípuo para a efetivação também dos direitos das pessoas com deficiências a consecução dos objetivos da Convenção da ONU.

Ao participarem da tomada de decisões políticas, especialmente sobre os assuntos que mais diretamente lhes dizem respeito, as pessoas com deficiência criam as condições favoráveis e incidem diretamente na construção e efetivação de seus direitos fundamentais. Tal participação facilita ainda o diálogo e a cooperação com governos, demais poderes e atores sociais. Como diz o lema de seu movimento internacional, "nada sobre as pessoas com deficiência, sem as pessoas com deficiência".

Não obstante as normas de proteção e promoção de acessibilidade eleitoral serem mais um importante avanço, a efetivação do direito de participação política das pessoas com deficiência reclama o planejamento e a execução de políticas públicas intersetoriais (que viabilizem a universalização do acesso a bens e serviços públicos), ações afirmativas (assim entendidas as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência), educação em direitos humanos (a fim de que as pessoas com deficiência se reconheçam como titulares ou sujeitos de direitos), e o desenvolvimento de programas de apoio à participação na sociedade civil.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA PARA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS (FRA). **O direito à participação política das pessoas com deficiência**, 2014.

ALVIM, F.; DIAS, J.. A Lei Brasileira de Inclusão e a efetivação do direito à participação política das pessoas com deficiência. **Impactos do Estatuto da Pessoa com Deficiência no ordenamento brasileiro.** Editora Jus Podivm. 2017.

ANDRIOLI, A.I. **A democracia Direita em Rousseau.** Revista Espaço Acadêmico, 03/2003. In: ROUSSEAU, Jean-Jacques Rousseau. O Contrato Social. São Paulo: Formar, 1980.

BASTOS, C.R.; MARTINS, I.G. **Comentários à Constituição do Brasil** – Promulgada em 5 de outubro de 1988, p. 13. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/ default/files/publicacoes/a-protecao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia_0.pdf>. Acesso em out. 2019

CALDAS, R. Obrigações Gerais do art. 4º da Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência. In: DIAS, Joelson; GUGEL, M.A. outros (Organ.) **Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência:** Novos comentários. Presidência da República. Brasília: 2014. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/ files/publicacoes/convencao-sdpcd-novos-comentarios.pdf>. Acesso em 2 out. 2019

DAHL, R. **Sobre a democracia**. Brasília: UNB, 2009.

DIAS, J. A Lei Brasileira de Inclusão e a efetivação do direito à participação política das pessoas com deficiência. **Impactos do Estatuo da Pessoa com Deficiência no ordenamento brasileiro.** Editora Jus Podivm. 2017.

DALLARI, D. A. **O que é participação política.** São Paulo: Brasiliense, 2004. In:

DIAS, J.; JUNQUEIRA, A. L. **A lei brasileira de inclusão e o direito das pessoas com deficiência à participação na vida pública e política.** In: LEITE, F.; RIBEIRO, L. L. G.; COSTA FILHO, W. M. da. Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2016.

Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades. Disponível em: <http:// www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>. Acesso out. 2019.

FUNDAÇÃO INTERNACIONAL PARA SISTEMAS ELEITORAIS (IFES). Relatório em parceria com o Instituto Nacional Democrata (IND). **Igualdade de Acesso:** Como incluir as pessoas com deficiência nas eleições e nos processos políticos, 2014. Disponível em: <http://www.ifes.org/news/2014-annual-report>. Acesso em 2 out. 2019.

GAGLIANO, P.S.; PAMPLONA FILHO, R. **Manual de Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 2016.In: ALVIM, F.; DIAS, J. A Lei Brasileira de Inclusão e a efetivação do direito à participação política das pessoas com deficiência. Impactos do Estatuto da Pessoa com Deficiência no ordenamento brasileiro. Editora Jus Podivm. 2017.

HABERMAS, J. **A inclusão do outro:** estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola. 2002.

MENDES, G. BRANCO, P. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1205.

NAÇÕES UNIDAS. **Oficina do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos:** Estudo temático sobre a participação das pessoas com deficiência na vida política e pública, 2011.

_____Organização Mundial de Saúde. **Relatório mundial da ONU sobre a deficiência**, 2011

PATEMAN, C. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. In:

POCOCK, J. Cidadania, Historiografia e Res Publica. **Contextos do Pensamento Político.** Coimbra: Almedina, 2013.

RAWLS, J. T**eoria de la justicia. Madrid:** Fondo de Cultura Económica, 1995.

REICHER, S.; ATALLA, R. **A Convenção da ONU sobre os Direitos Das Pessoas com Deficiência** – Status de Implementação nos países do G20. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/4434-1442-5-30.pdf>. Acesso em 2 out. 20189 REQUIÃO, M.

ROCHA, C. L. **O processo eleitoral como instrumento para a democracia.** Disponível em: <https://www.tre-sc.jus.br/ site/resenha-eleitoral/edicoes-impressas/integra/2012/06/o-processo-eleitoral-como-instrumento-para-a-democracia/index49ea.html?no_cache=1&cHash=ff561b25fe4f395adf3f064a96fe90a1>. Acesso out. 2019

SEN, A. **A ideia de justiça.** São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo.** 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

URROZ, J. **Gobernabilidad:** legitimidad – eficacia efectividad – estabilidad – participación política. In: CALANCHINI, Juan J (coord.). **Lecturas de Ciencia Política**. Tomo II. Montevideo: 2011. In: ALVIM, F.; DIAS, J. **A Lei Brasileira de Inclusão e a efetivação do direito à participação política das pessoas com deficiência.** Impactos do Estatuto da Pessoa com Deficiência no ordenamento brasileiro. Editora Jus Podivm. 2017.

VOLPATO, R. **A participação popular como direito fundamental em um estado democrático de direito.** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/33782/a-participacao-popular-como-direito-fundamental-em-um-estado-democratico-de-direito#ixzz3uofXH37c>. Acesso em: 12 out. 2019.

ZERO PROJECT. **Relatório Anual de 2015:** Vida Independente e Participação Política. Disponível em: <http://zeroproject.org/downloads/#toggle-id-26>. Acesso out. 2019.

DA "CIDADANIA" ATÉ A "CIDADANIA INCLUSIVA": participação popular, direito fundamental político e uma reflexão sobre a história brasileira.

Nicolau Lupianhes Neto[1].

1. INTRODUÇÃO

Um dos momentos de exercício pleno da cidadania, em absoluta e rara igualdade entre as pessoas, ocorre no ato de votar, por ocasião das eleições, quando o eleitor cidadão escolhe seus representantes e se oferece para tal, nos termos da lei. Trata-se de manutenção e efetivação de direito fundamental político ao direito de votar e ser votado, e mais que isso, direito de participação popular, conquistados ao longo da história do Brasil com o sacrifício da vida de muitas pessoas. Essas conquistas não devem ser desconhecidas e nem esquecidas, mas, sim reconstruídas, dia a dia, para efetivação e proteção dos direitos humanos, e direitos fundamentais, para manutenção do Estado Democrático e de Direito com a plenitude da segurança jurídica na livre manifestação de vontade do cidadão eleitor. A Justiça Eleitoral Brasileira desempenha papel essencial para tanto. Assim o tema merece reflexão, pois nos tempos atuais, há "esquecimento" do caminho trilhado para chegarmos ao estado histórico atual, privilegiando-se a formação de posições polarizadas, nem sempre respeitadoras dos direitos fundamentais, não se sabendo a quem isso interessa, efetivamente.

1 Doutor e Mestre em Direito. Professor na Unifenas-BH. Juiz Formador na EJEF -JMG. Juiz de Direito no TJMG. Juiz membro Efetivo do TRE-MG. Ouvidor no TRE-MG. Email: nicolaulupianhes@gmail.com

OBJETIVO

Analisar a participação popular, via exercício da cidadania no Brasil, partindo dos textos constitucionais em suas várias dimensões no intuito de entender a sua construção histórica até a cidadania inclusiva para garantir a efetiva garantia dos direitos humanos, e direitos fundamentais, com especial ênfase à Justiça Eleitoral, como garantidora do processo de escolha livre e consciente, apesar de não ser a única responsável para o fim de garantia da participação popular, pois "todo poder emana do povo".

MÉTODO

A análise se deu a partir da técnica de pesquisa bibliográfica e documental nos ramos de conhecimento da Filosofia do Direito, Direito Constitucional, História do Direito e Direito Eleitoral.

A inserção dos direitos humanos no plano interno dos Estados

Iniciamos considerando a participação popular como um direito humano e fundamental político, por propiciar ao cidadão a participação ativa na definição das políticas públicas e não apenas na escolha de seus representantes eleitos. O espectro é maior, quando se garante o direito à participação no processo legislativo, através das audiências públicas, manifestações em sistemas de transparência, ouvidorias, e outros da espécie. Verdadeiro sistema de controle do Estado, nos termos da Lei Maior.

Destarte, tem-se que o direto de participação popular é garantia inserta na Constituição da República Federativa do Brasil, quer por interpretação literal do artigo 14, da Carta Magna, quer pela interpretação sistêmica, com maior amplitude, garantidora da parti-

cipação popular, capaz de distinguir o cidadão (ativo) do indivíduo (mero espectador dos acontecimentos sociais e políticos)

Na democracia a condição de cidadão ativo é essencial para se efetivar a soberania popular e o legítimo exercício do poder.

Assim sendo, em dado momento histórico, ocorreu a inserção dos direitos humanos no plano interno dos Estados. Construção e conquistas diárias e permanentes.

As revoluções liberais[2] burguesas dos séculos XVII e XVIII são o ponto de partida para a compreensão dos direitos humanos no plano interno do Estado Moderno Constitucional. Estas marcaram um processo histórico em que o homem tomou consciência da sua própria identidade e lutou pelo seu individualismo, o que subtende liberdade e igualdade[3].

2 Entende-se por liberalismo a doutrina que tomou para si a defesa e a realização da liberdade no campo político. Nasceu e afirmou-se na Idade Moderna e pode ser dividida em duas fases; 1ª do séc. XVIII, caracterizada pelo individualismo; 2ª do séc. XIX, caracterizada pelo estadismo (ABBAGNANO, 2000. p. 604). Em muitas situações, o plano político do liberalismo serviu de combustível às revoluções e levantes insurrecionais. A ascensão burguesa representou a estruturação de novas formas produtivas e de novas relações econômicas na satisfação das necessidades sociais. A conjugação das dimensões políticas e econômicas do liberalismo permite dizer que ele foi o elemento revolucionário do início da Idade Contemporânea. (BORGES, 2002. p. 164)

3 Este apelo dos norte-americanos aos direitos naturais é justificado por Carl L. Becker: "a verdade é que a filosofia da Natureza, nos aspectos mais largos e nas aplicações particulares, era inteiramente inglesa. A literatura inglesa dos séculos XVII e XVIII está embebida desta filosofia. Não a tomaram os americanos por empréstimo, herdaram-- na. A filiação é direta: Jefferson copiou de Locke, e este citou Hooker". (BECKER, 2001, p. 40). Estas revoluções tiveram como base filosófica o Iluminismo. Este caracteriza-se pelo empenho em estender a razão como crítica e guia a todos os campos da experiência humana. O Iluminismo foi marcado pela valorização do culto à razão e a predominância da ciência; crença no aperfeiçoamento do homem e a liberdade política, econômica e religiosa. Os principais filósofos do Iluminismo foram: John Locke (1632-1704), para quem o homem adquiria conhecimento com o passar do tempo através do empirismo; Voltaire (1694-1778), que defendia a liberdade de pensamento e não poupava críticas à intolerância religiosa; Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), defensor da ideia de um estado democrático que garantisse igualdade para todos; Montesquieu (1689-1755), que defendeu a divisão do poder político em Legislativo, Executivo e Judiciário; Denis Diderot (1713-1784) e Jean Le Rond d´Alembert (1717- 1783), juntos organizaram uma enciclopédia que reunia conhecimentos e pensamentos filosóficos da época.

A revolução inglesa do século XVII (1640-1689) deu início à série das grandes revoluções liberais. Tendo como líder Oliver Cromwell e inspirada pelas ideias de Locke (que defendia o pacto de consentimento ao invés do pacto de submissão defendido por Hobbes), inicia-se a revolução, que vai eclodir em 1689, com a aprovação, pelo Parlamento Britânico, do *Bill of Rights*.

Pelo *Bill of Rights*, ficaram estabelecidas como ilegalidades, dentre outras: a suspensão de leis e a cobrança de tributos para a Coroa sem o consentimento do Parlamento; as dispensas e promessas de multa e de confisco, em desfavor de pessoas privadas, antes de proferida a sentença. Os súditos passaram a ter o direito de petição perante o Rei e o direito de eleição livre dos membros do Parlamento, e estes, por sua vez, conquistaram a liberdade da palavra. Além disso, ficou proibida e exigência de fianças excessivamente elevadas para que alguém fosse processado em liberdade, como também a imposição de penas cruéis ou incomuns.

Seguindo o percurso histórico, a revolução da América do Norte contribuiu, de maneira expressiva, para o avanço da noção de direitos humanos no plano interno dos Estados, podendo ser destacadas, logo de início, duas grandes consequências desta revolução: a instituição do primeiro sistema político-republicano e a primeira revolução anticolonial bem-sucedida (MARQUES, 1996, p.165). Sob influência de autores como Locke, Montesquieu e Rousseau, e do liberalismo inglês, a independência das colônias teve início no ano de 1776, sendo a Declaração de Direitos do Bom Povo de

Virgínia, de 16 de junho de 1776, a de maior destaque, proclamando em seu art. 1º:

> **Art. 1º**. Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da

> liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.

O apelo aos direitos naturais empregados na Declaração de Virgínia mostra-se comum na filosofia política da época[4], o que pode ser observado igualmente no trecho abaixo selecionado da Declaração Unânime dos Treze Estados Unidos da América, de 4 de julho de 1776:

> [...] Nós sustentamos essas verdades por serem evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, que eles são dotados pelo criador de certos direitos inalienáveis, e que entre esses estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade [...].

A independência trouxe benefícios para o grupo que dirigiu esse movimento, pois a cidadania de cunho liberal, nascente nos EUA, representava a obtenção de igualdade política para um grupo determinado (mulheres, índios e escravos compunham o grupo dos excluídos). Até esse período histórico, a cidadania nascia de um processo de exclusão, como explica Leandro Karnal:

> Na verdade, o termo cidadania foi criado em meio a um processo de exclusão. Dizer quem era cidadão - ao contrário de hoje, em que supomos se tratar da maioria -, era uma maneira de eliminar a possibilidade de a maioria participar e garantir os privilégios de uma minoria. Admitir o conceito de cidadania como um processo de inclusão total é leitura contemporânea[5] (KARNAL, 2003, p.144)

4 Este apelo dos norte-americanos aos direitos naturais é justificado por Carl L. Becker: "a verdade é que a filosofia da Natureza, nos aspectos mais largos e nas aplicações particulares, era inteiramente inglesa. A literatura inglesa dos séculos XVII e XVIII está embebida desta filosofia. Não a tomaram os americanos por empréstimo, herdaram-- na. A filiação é direta: Jefferson copiou de Locke, e este citou Hooker". (BECKER, 2001, p.40).

5 A cidadania apresenta delineamentos diversos em seu transcurso histórico. Seus primeiros indícios são apontados no mundo greco-romano. A cidadania na Grécia im-

A partir da publicação da Declaração de 1776, na qual as treze colônias proclamaram solenemente que passavam a ser Estados livres e independentes, ficando desoneradas de qualquer vassalagem para com a Coroa Britânica, estas assumiriam a condição jurídica de Estados. Com o intuito de garantir a paz interna e resguardar a defesa externa, estes assumiram a forma de Confederação. A fragilidade da Confederação fez com que os representantes dos Estados se reunissem para aperfeiçoá-la na Convenção de Filadélfia, em maio de 1787, vindo esta a culminar na criação do Estado Federal, tendo como base jurídica a Constituição Federal de 1787.

Diferentemente das constituições da época, o texto constitucional estadunidense não continha, inicialmente, nenhuma declaração de direitos, quando os Estados votaram e aprovaram, em 1791, dez emendas constitucionais que contêm a consagração dos direitos fundamentais.

Herbert J. Storing (2001, p.70-71) apontou as possíveis razões para a ausência de uma Carta de Direitos na constituição original. Primeiramente, um povo livre tinha como preocupação principal estabelecer e conduzir um bom governo, sendo a busca pela segurança

---

punha, entre outras coisas, uma plena identificação dos interesses do indivíduo com a cidade. Toda a instituição cívica (Assembléia, Tribunais, Magistraturas e Exército) presente na democracia ateniense estabelecia um conjunto de valores que tinha por função reforçar a identificação do cidadão com a comunidade. Pertencer à comunidade de Atenas era um privilégio, pois, fora da cidade-estado não havia indivíduos plenos e livres, com direitos e garantias sobre sua pessoa e seus bens. Nem todos seus habitantes eram considerados cidadãos, pois sua estrutura política assegurava a cidadania à parcela minoritária da população, excluindo: os escravos, as mulheres, os metecos, os camponeses, os rendeiros e artesãos. Para ser considerado cidadão romano, era preciso possuir três atributos: status libertatis, o status civitatis e o status familiae. O primeiro dividia os homens em livres e escravos. Somente os homens livres poderiam ser cidadãos. Já o status civitatis separava os homens em cidadãos e estrangeiros. E por fim, o status familiae determinava a capacidade jurídica do cidadão. A cidade de Roma manteve-se separada em suas duas classes sociais, para as quais a cidadania possuía significações diversas. Para os patrícios, a cidadania significava a posse de terras, fator que lhes conferia reconhecimento social e poder. Já para os plebeus, a cidadania significava expectativas jurídicas e políticas. (CROIZET; FIGUEIREDO, 2002, p.5).

desta liberdade a prioridade. Segundo a representação e os controles sociais e políticos seriam as principais proteções contra os abusos do governo, exercendo a Carta de Direito uma função secundária. A terceira justificativa consistia na utilização estratégica das emendas pelos federalistas para derrubar as principais objeções do Governo Geral. A implementação dos direitos civis por emendas reduziu drasticamente as habituais declarações de princípios fundamentais. Deste modo, os direitos foram limitados e definidos o suficiente para serem capazes de execução efetiva.

O terceiro grande marco revolucionário liberal ocorreu com a Revolução Francesa.

Na França, durante a monarquia absolutista de Luiz XVI, dois mundos se defrontaram. O primeiro era o mundo do privilégio, composto pelos homens e mulheres dos salões, dos castelos e das grandes propriedades fundiárias. O outro mundo, o mundo burguês, o do trabalho, do comércio, do negócio e da pequena fábrica. Do seu labor e dos seus próximos, o reino extraía a prosperidade que conheceu no século XVIII. Veja-se:

> Na França do século XVIII, falar do "povo em geral" era uma maneira extremamente vaga para expressar a diversidade de classes sociais que estava incorporada no Terceiro Estado. Em termos numéricos, por exemplo, o Terceiro Estado representava 96% da população total. Nele, estavam incluídos a burguesia, os camponeses e as classes populares urbanas (GARCIA, 1987, p.43).

O sistema vigente na França foi colaborando para um clima hostil, pois justamente quem trabalhava era punido com uma pesada carga tributária. O contraste crescente entre o poder econômico da burguesia e a sua falta de poder político vão culminar na Revolução. Para sintetizar os principais anseios da Revolução, foi elaborada a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Esta declaração, aprovada na sessão de 26 de agosto de 1789, serviria como uma nova

cartilha elaborada pela burguesia, que assim se autodelegou a tarefa de emancipar o mundo do feudalismo e dos privilégios herdados pelo nascimento.

Seu teor universal a transformou na mais famosa declaração de direitos, possuindo, como características a imprescritibilidade, a inalienabilidade e a individualidade.

Seguindo o próprio título do documento, os direitos podiam ser classificados em duas grandes categorias: os direitos do homem, que eram os poderes de agir ou não agir, independentemente da ingerência do Estado, e os direitos do cidadão, que constituíam meios de participação no exercício do Poder Político (FERREIRA FILHO, 1998, p.25).

Apesar das reações[6], a Revolução Francesa foi o marco da unificação do Estado e do reconhecimento de que a soberania reside no povo e não nos reis, como afirmavam os regimes anteriores.

Sob o aspecto constitucional, as Revoluções Inglesa, Estadunidense e Francesa culminaram em três diferentes experiências constituintes, que foram detectadas por Joaquim J. Gomes Canotilho (1997, p.61-63). Os ingleses compreendiam o poder constituinte como um processo de revelação que confirmava a existência de privilégios e liberdades. No caso dos Estados Unidos, o poder consti-

6 A Revolução Francesa de 1789 se propaga por todo o mundo, gerando ações e reações, em ambos os casos, extremamente exaltadas. O termo reação passa a ter um sentido pejorativo durante este período, em especial após o advento do Termidor. A reação contra a afirmação da igualdade perante a lei e dos direitos civis estabelecidos durante a Revolução Francesa foi encabeçada por autores como Edmund Burke, Joseph de Maistre, Adam Muller e Aléxis de Tocqueville. Os três primeiros autores utilizaram um argumento denominado de tese da perversidade: a tentativa de empurrar a sociedade em determinada direção fará com que ela, sim, se mova, mas na direção contrária. Alexis de Tocqueville para reagir contra a Revolução Francesa fez uso da tese da futilidade: "o argumento que será explorado agora, diz, ao contrário, que a tentativa de mudança é abortiva, que de um modo ou de outro qualquer suposta mudança é, foi ou será, em grande medida, de fachada cosmética e, portanto, ilusória, pois as estruturas 'profundas' da sociedade permanecerão intactas" (HIRSCHAMAN, 1992. p.18)

tuinte assumiu o caráter de dizer a norma, ou seja, é o instrumento funcional para redefinir a *Higher Law* e estabelecer as regras do jogo entre os poderes constituídos e a sociedade. E, por fim, Canotilho percebe, no modelo francês, uma fórmula que foi capaz de criar nova ordem jurídico-política, através da destruição do antigo e da nova cidade política num texto escrito – Constituição.

As revoluções liberais burguesas são os alicerces da cidadania moderna e da afirmação dos direitos humanos no plano interno dos Estados. Estas despertaram nos povos a tomada de consciência de sua própria identidade, transformando os súditos em cidadãos e modificando a organização política, onde os reis passam a ter suas ações limitadas por leis.

Estas revoluções permitem a substituição da ênfase na noção de dever dos súditos pela promoção da noção de direitos do cidadão. Esta será a base da construção dos regimes democráticos da Idade Contemporânea[7].

Juntamente com a construção e evolução do Estado Moderno observa-se a inserção dos direitos humanos nos textos constitucionais dos Estados.

O Estado Moderno nasce absolutista (durante a Idade Moderna), sofre grandes transformações durante as Revoluções Liberais Burguesas e transforma- se, na Idade Contemporânea, no Estado Moderno Constitucional[8].

7 Apesar de todas as alterações no status quo, deve-se ter em mente que não houve uma padronização na organização política nas pós-revoluções. As experiências republicanas e democráticas do constitucionalismo estadunidense e francês não se tornaram o padrão único de organização política no século XIX. A forma republicana não vingou em todos os quadrantes dos Estados. O que se percebe é a proliferação, no século XIX, de Constituições em monarquias renovadas, no processo de ordenação levado a cabo por impérios que se condensaram em fórmulas de Estados nacionais ou mesmo a união de reinos (como o extenso império austro--húngaro). Perceba-se que mesmo a experiência inovadora da revolução francesa foi pontilhada por retrocessos monárquicos (BORGES, 2003, p.167)

8 O Estado Moderno passa a ser constitucional, ou seja, estabelece-se a separação dos poderes e os atos dos monarcas passam a ter limitações jurídicas.

Na segunda metade do Estado Moderno (pós-Revolução Francesa), instaurou-se o chamado Estado de Direito ou Liberal, estruturado sobre os princípios da legalidade e separação dos Poderes, bem como pela proteção das garantias individuais.

A concepção de cidadania que se desenvolve no Estado de Direito está marcada pelas premissas do individualismo e as suas derivações, a liberdade e a igualdade. A cidadania moderna está marcada pela ideia de direitos individuais.

O poder do Estado não apenas encontra os seus limites dentro dos direitos fundamentais reconhecidos aos indivíduos, mas tem como finalidade principal a garantia desses direitos. O Estado de Direito encontra a sua justificação na afirmação da prioridade do indivíduo sobre a organização social e política. O Estado torna-se o instrumento cujo objetivo é proporcionar aos indivíduos a fruição de suas liberdades.

A Constituição do Estado liberal era vista como uma garantia; o Estado só poderia ser caracterizado como Estado constitucional se os indivíduos usufruíssem liberdade, segurança e propriedade e se o poder estivesse distribuído por diversos órgãos (PIOVESAN, 2000, p.29).

Nesse período, a atribuição do status de cidadão a grande parcela de pessoas não significou o usufruto de direitos:

> A pretensa universalidade contida no discurso da cidadania – que define sua "performance" moderna de forma a torná-la válida para todos, em qualquer lugar e época, como código homogeneizante, contaminador de todas as sociedades –, deve ser examinada com cautela, pois sua materialização não se dá de forma universal, nem para todas as sociedades capitalistas, nem no interior de cada uma delas (ANDRADE, 1993, p.69).

A generalização da cidadania significou a igualdade entre todas as pessoas perante a lei. Mas a realidade histórica e social demonstra

que a concessão de cidadania para além das fronteiras de classe social não permitiu o usufruto de direitos para todos os cidadãos.

O individualismo que fundamentou o Estado de Direito implicou a demanda constante de novas formas de reivindicação de liberdade e igualdade, o que criou uma grande insatisfação frente à impossibilidade material de satisfação dessas demandas.

A cidadania de cunho liberal começa a ser superada com o declínio do próprio Estado Liberal. Essa superação se deve a uma série de fatores ligados ao fato do Estado não ter proporcionado elementos suficientes para a materialização das liberdades individuais, e sim um período de extrema exploração do homem pelo homem.

Assim, em meados do século XIX, começaram as reações contra o Estado Liberal. Paulo Bonavides (1980) salienta a alteração na ordem política e econômica:

> Antes, o político (o poder do rei) tinha ascendência sobre o econômico (o feudo). Depois, dá-se o inverso: é o econômico (a burguesia, o industrialismo) que inicialmente controla e dirige o político (a democracia), gerando uma das mais furiosas contradições do século XIX: a liberal-democracia (BONAVIDES, 1980, p.23).

Os princípios do Liberalismo, voltados para a proteção das liberdades e da igualdade, mostraram-se insuficientes para reprimir a desigualdade que geraram. Nesse momento fica claro para inúmeras parcelas da sociedade, que os direitos humanos, entendidos como mera formalidade, não são suficientes para garantir a efetivação dos ideais da liberdade e da igualdade.

A teoria liberal foi renovada no final do século XIX por preocupações ainda centradas na liberdade individual, mas com ênfase na igualdade de oportunidades. Começa a se desenhar o liberalismo com um sentido positivo. Um liberalismo que foge ao enfoque minimalista e destaca formas positivas do Estado na promoção do

bem-estar indispensável ao crescimento e desenvolvimento do homem. É o esboço inicial de uma preocupação welfarista (BORGES, 2003, p.172).

A este propósito, segundo Antônio Enrique Perez Luno temos que:

> o componente socialista do Estado Social de direito está presente na busca da superação do agnosticismo axiológico e do formalismo positivista e da imposição ao Estado da realização de uma política que possa fundamentar uma reforma social e econômica em termos de justiça social (LUNO, 1992, p.223-224).

Os textos constitucionais dos Estados capitalistas, buscando superar as tensões internas (status de participação igual, mas privação econômica desigual), configuram novo tipo de constitucionalismo, recepcionando concepções socialistas e redefinindo os direitos fundamentais pertinentes à liberdade, à propriedade e à igualdade, materializando-se, ensejando a ampliação do catálogo de direitos fundamentais (SOARES, 2004, p.189).

As Constituições no Estado social passaram a ter um novo perfil; trouxeram a reconciliação da sociedade com o Estado. Marcado pelo intervencionismo, o Estado social solicitava sempre a presença ativa do poder político nas esferas sociais, pois era crescente a dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que este se achava de prover certas necessidades existenciais mínimas (BONAVIDES, 1980, p.196).

Quanto ao Estado social, faz-se necessário distinguir suas duas modalidades principais: o Estado social marxista e o Estado social democrata.

Como explica Paulo Bonavides (1980, p.2), no primeiro, "o dirigismo é imposto e se forma de cima para baixo, com a supressão da infraestrutura capitalista e a consequente apropriação social dos meios de produção – doravante pertencentes à coletividade".

Sendo que, neste tipo de socialismo:

> O compromisso ativo e o direito de participação pressupõem a unidade dos direitos e deveres dos cidadãos. A criação das condições materiais viabilizadoras do desenvolvimento dos direitos fundamentais socialistas exige ou supõe a apropriação coletiva dos meios e gestão coletiva da economia (SOARES, 2004, p.200).

Pode-se exemplificar esta linha de socialismo pela Constituição soviética de 1936. Contrapondo-se ao Estado social marxista, o Estado socialdemocrata "admite a mesma ideia de dirigismo, com a diferença apenas de que aqui se trata de um dirigismo consentido, de baixo para cima, que conserva intactas as bases do capitalismo" (BONAVIDES, 1980, p.2). Uma das características centrais do Estado socialdemocrata é a responsabilidade atribuída à administração de proporcionar aos cidadãos serviços públicos necessários para o seu desenvolvimento.

Historicamente, as primeiras Constituições sociais que buscaram conciliar direitos de liberdades e direitos socioeconômicos foram a Mexicana, de 1917, e a de Weimar, de 1919. A Constituição Mexicana foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho, a firmar o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho e a lançar as bases para construção do moderno Estado Social de Direito (COMPARATO, 2004, p.177). O Estado social encontra seu esgotamento por uma série de fatores, sendo o mais determinante o fato de que a luta pelo controle do mercado pelo Estado promovera uma relação amistosa entre a democracia e o capitalismo.

Assim, surge o Estado Democrático de Direito[9] com a junção dos elementos anteriores: Estado de Direito e Estado Social, sob uma nova ótica, com o acréscimo da Democracia, como explica Maria Silvia Zanella Di Pietro:

9 A expressão "Estado Democrático de Direito" foi cunhada pelo espanhol Elias Diaz que a empregou no livro O Estado de derecho y sociedad democratica, com o significado de Estado de transição para o socialismo. (FERREIRA FILHO, 1999, p.63).

> [...] o Estado, sem deixar de ser Estado de Direito, protetor das liberdades individuais, e sem deixar de ser Estado Social, protetor do bem comum, passou a ser também Estado Democrático. Daí a expressão Estado de Direito Social e Democrático. Não que o princípio democrático já não fosse acolhido nas concepções anteriores, mas ele passa a ser visto sob nova roupagem. O que se almeja é a participação popular no processo político, nas decisões do Governo, no controle da Administração Pública (PIETRO, 1998, p.76).

Às liberdades individuais foram somadas a constitucionalização dos direitos sociais, sua proteção e materialização através de políticas públicas, além da participação política dos cidadãos. Houve uma expansão dos instrumentos processuais de garantia às liberdades individuais e o Estado foi coroado com o princípio da soberania popular.

Observa-se que os direitos humanos ganharam maior destaque nas constituições após o período pós-Segunda Guerra Mundial. As constituições europeias passaram a ser dotadas de um perfil voltado para a dignidade humana, dado que pode ser observado nas constituições que influenciaram o constitucionalismo brasileiro de 1988: Constituição alemã (Lei Fundamental – *GrundGesetz*, 23 de maio de 1949), portuguesa (02 de abril de 1976) e espanhola (29 de dezembro de 1978)[10].

10 Constituição Alemã – art. 1º (1) A dignidade da pessoa humana é inviolável. Todas as autoridades públicas têm o dever de a respeitar e a proteger. (2) O Povo Alemão reconhece, por isso, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamentos de qualquer comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. (3) Os direitos fundamentais a seguir enunciados vinculam, como direito directamente aplicável, os poderes legislativo, executivo e judicial. A Constituição Portuguesa em seu art. 1º assim dispõem: "Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária". O Texto Constitucional Espanhol assim estabelece em seu art. 10º 1. "A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito pela lei e pelos direitos dos outros são fundamentos da ordem política e da paz social" (MIRANDA,1986).

A cidadania ganha robustez com o advento dos direitos humanos nos textos constitucionais, os que, após a positivação, passam a ser denominados, também, de direitos fundamentais. Um exemplo dessa afirmação pode ser constatado no ordenamento jurídico alemão como explana Celso D. de Albuquerque Mello:

> O Tribunal Constitucional da Alemanha considera os direitos fundamentais consagrados no Texto Constitucional como uma ordem de valores que serve para interpretar todo o ordenamento jurídico. [...] Em Weimar os direitos fundamentais só existem dentro da lei, enquanto em Bonn as leis só existem dentro dos direitos fundamentais (MELLO, 2004, v.1, p.834)

CIDADANIA E CIDADANIA INCLUSIVA: A experiência constitucional brasileira

A evolução da cidadania no Brasil será analisada durante os períodos históricos e nas Constituições, tendo em vista não só a participação do cidadão no processo político, mas também a implementação dos direitos civis e sociais. Para tanto, utilizar-se-á a célebre distinção entre as três dimensões da cidadania: civil, política e social, elaborada por T.H. Marshall (2002).

São considerados como elementos civis os direitos necessários à liberdade individual – liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à justiça. Por elemento político se deve entender o direito de participar no exercício do poder político, como um membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo.

T. H. Marshall termina sua distinção afirmando que o terceiro elemento, o social, refere-se a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar social ao de viver conforme um ser civilizado

de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade. As instituições mais intimamente ligadas ao elemento social são o sistema educacional e os serviços sociais.

A cultura anticidadã do período colonial

O descobrimento do Brasil marcou o início de um período em que a visão e os objetivos da metrópole eram de mera exploração das novas terras. Exploração esta que não se processou por um empreendimento metódico e racional, com o propósito de construir um novo mundo, fez-se antes com desleixo e certo abandono. "O que o português vinha buscar era, sem dúvidas, a riqueza que custa ousadia, não a riqueza que custa trabalho" (HOLANDA, 1995, p 49).

Quanto às divisões sociais, primeiramente havia distinção entre pessoas e não pessoas, ou seja, índios, escravos e mulheres estavam à margem da organização social.

As manifestações cívicas da Colônia podem ser os primeiros indícios da consciência da própria identidade, ou seja, consciência de ser brasileiro. Entre os movimentos destacaram-se a Inconfidência Mineira de 1789, Alfaiates de 1798 e a Revolução Pernambucana de 1817.

Nesses movimentos, as palavras de ordem eram "patriotas" e não "cidadãos". O "patriotismo" era um sentimento mais regional.

O que muito surpreende, no mundo colonial, era a possibilidade de participação na vida política estendida a toda população pelo Código Eleitoral das Ordenações (Título 67 do Livro Primeiro) que serviu até 1828.

Por sufrágio universal e eleição indireta o povo elegia os governos locais, isto é, os conselhos municipais. O povo votava em seis eleitores e estes escolheriam os que iriam ocupar os cargos de oficiais das Câmaras: juízes, vereadores, procuradores, tesoureiros, almotacéis e escrivão.

Com o advento da Lei Eleitoral de 19 de junho de 1822, outras regras foram impostas estabelecendo aqueles que poderiam votar e os que estavam excluídos desse direito. Poderiam votar nas eleições paroquiais todo cidadão casado e todo cidadão solteiro com mais de 20 anos que pudessem prover a própria subsistência. Somente poderiam ser eleitores os assalariados das mais altas categorias e os proprietários de terras ou de outros bens que lhe dessem renda. Religiosos regulares, estrangeiros não naturalizados e criminosos não poderiam eleger.

Até 1822 o povo votava em massa, sem limitações e sem restrições. Ao ganhar o Brasil a sua independência política o povo perdeu o direito que teve, durante três séculos, de votar, pois o voto tornou-se também um privilégio. O Brasil ganhou a sua independência política e, ao mesmo tempo, o povo perdeu os seus direitos políticos (de votar em massa).

Assim, no Brasil Colônia, os direitos civis beneficiavam a poucos; os direitos políticos a pouquíssimos e dos direitos sociais ainda não se falava, uma vez que a assistência social estava a cargo da Igreja e de particulares (CARVALHO, 2003).

O império, a primeira carta constitucional e a cidadania

O país teve dificuldade no seu reconhecimento como Estado soberano. Os Estados Unidos da América o fizeram, em 1824, de maneira pioneira. Os ingleses, interessados na renovação do tratado comercial de 1820 que lhes proporcionava uma série de privilégios nas relações comerciais com o Brasil, forçaram Portugal a reconhecer a independência do território brasileiro, o que ocorreu em 1825.

A transição foi tranquila e o papel do povo não foi tão importante, como salienta José Murilo de Carvalho:

> Nas capitais provinciais mais distantes, a notícia de independência só chegou uns três meses depois; no interior do país, demorou ainda mais. Por isso, não se pode dizer que a independência se fez à revelia do povo, também não seria correto afirmar que ela foi fruto de uma luta popular pela liberdade (CARVALHO, 2003 p.28).

Assim, foi implantada no Brasil uma monarquia Constitucional (primeiro constitucionalismo latino-americano monárquico), inspirada nas Constituições inglesa e francesa e nos princípios filosóficos e políticos do contrato social de Rousseau.

Antes de adentrar no mérito dos direitos políticos e civis, há de se responder a seguinte indagação: Quem era o cidadão brasileiro?

Pelo art. 6º da Constituição de 1824 eram cidadãos os que no Brasil tiveram nascido, quer sejam ingênuos ou libertos, ainda que o pai fosse estrangeiro, uma vez que este não residia por serviço de sua Nação; os filhos de pai brasileiro e os ilegítimos de mãe brasileira, nascidos ainda que em país estrangeiro, que vieram estabelecer domicílio no Império; os filhos de pai brasileiro, que estivessem em país estrangeiro em serviço do Império, embora eles não venham estabelecer domicílio no Brasil; todos os nascidos em Portugal e suas Possessões, que sendo já residentes no Brasil na época em que se proclamou a Independência nas Províncias, onde habitavam, aderiram a esta expressa, ou tacitamente, pela continuação da sua residência e o estrangeiro naturalizado qualquer que fosse a sua religião.

A Constituição estabelecia duas espécies de cidadão. Uma constituída pelos nacionais que, preenchendo determinados requisitos, podiam ser chamados a participar da organização e do funcionamento do Estado (cidadãos ativos); outra, representada pelos demais nacionais, que pelo fato de não preencherem aqueles requisitos não poderiam gozar daquela prerrogativa.

Para usufruir direitos políticos era preciso preencher os critérios censitários, etário e profissional, dentre outros preceitos estabelecidos pela legislação.

A constituição excluía do processo de participação da vida política do Império: os menores de vinte e cinco anos; os que não eram economicamente independentes e permaneciam na companhia de seus pais (salvo se tivessem ofícios públicos); os criados de servir; os religiosos e quaisquer que viviam em comunidade claustral e os que não tinham renda líquida anual de cem mil réis por bens de raiz, indústria, comércio ou empregos.

Assim que foi sancionada a Lei Saraiva (Lei do Censo), o voto passou a ser direto: a exigência de renda era de duzentos mil réis, proibia o voto de analfabetos e tornava o voto facultativo. Mulheres, mendigos, soldados e membros de ordem religiosa estavam excluídos da participação política.

José Murilo de Carvalho vislumbra a lei como um retrocesso:

> Onde a lei de fato limitou o voto foi ao excluir os analfabetos. A razão é simples: somente 15% da população era alfabetizada, ou 20%, se considerarmos apenas a população masculina. De imediato, 80% da população masculina era excluída do direito do voto (CARVALHO, 2003, p.39).

No tocante aos direitos e garantias fundamentais, o Título 8o da Constituição do Império "Das disposições gerais e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros" tinham inspiração na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na Constituição Francesa de 1791, na Constituição de Cadiz de 1812 e na Constituição Portuguesa de 1822.

O art. 179 com seus trinta e cinco incisos esboçava os primeiros contornos dos direitos civis. O caput do art. determinava a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, tendo como base a liberdade, a segurança individual e a propriedade.

O princípio da legalidade já era previsto, nenhum cidadão poderia ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em

virtude da Lei e estas não poderiam ser estabelecidas sem utilidade pública (suas disposições não teriam caráter retroativo).

A liberdade de manifestação do pensamento era permitida desde que a pessoa respondesse pelos abusos que viesse a cometer. Também havia a liberdade ao culto religioso uma vez que se respeitasse a religião do Estado: Católica Apostólica Romana (o culto a outra religião deveria ser doméstico ou particular, sem forma algum exterior de templo).

A prisão só poderia ser executada por ordem de autoridade competente e ninguém seria sentenciado, senão pela autoridade competente, por virtude de Lei anterior e na forma por ela prescrita. Esta era uma das mais valiosas garantias.

A Constituição determinava que a lei fosse igual para todos (sendo abolidos todos os privilégios); qualquer cidadão poderia ser admitido em cargos públicos, em contrapartida, ninguém ficava isento de contribuir com as despesas do Estado em proporção dos seus haveres.

O direito de propriedade no Brasil monárquico é ilimitado. A única exceção prevista era a utilização pública dela, mediante indenização. A liberdade de profissão também foi assegurada, pois tinha sofrido graves crises durante o período colonial. Era previsto na Carta de 1824 o estímulo ao inventor e a defesa da invenção.

Todo cidadão poderia apresentar, por escrito, ao Poder Legislativo e ao Executivo reclamações, queixas e petições e até expor qualquer infração da constituição, requerendo perante a competente autoridade a efetiva responsabilidade dos infratores.

Apesar da Carta Constitucional de 1824 ser omissa ao tratar das relações de trabalho (devido seu cunho liberal) havia na declaração dos direitos um germe dos direitos sociais, ao garantir os socorros públicos e a instrução primária gratuita a todos os cidadãos.

Finalizando o catálogo de direitos civis, havia a vedação à suspensão das garantias individuais. Estas só poderiam ocorrer nos casos de rebelião e invasão do inimigo.

Os direitos do cidadão na Primeira República

No dia 24 de fevereiro de 1891, o Congresso Constituinte decretava e promulgava a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Tendo entre seus maiores arquitetos a figura de Rui Barbosa, adotou os princípios diretores do federalismo, do presidencialismo, do liberalismo político e da democracia burguesa, segundo o estilo norte-americano. Também foi adotada a tripartição dos Poderes Políticos nos moldes da doutrina clássica de Montesquieu: Poder Executivo, Legislativo e Judiciário.

Eram chamados de cidadãos brasileiros: os nascidos no Brasil, ainda que de pai estrangeiro, não residindo este a serviço de sua nação; os filhos de pais brasileiros e os ilegítimos de mãe brasileira, nascidos em país estrangeiro, se estabelecessem domicílio na República; os filhos de pai brasileiro, que estivessem noutro país a serviço da República, embora nela não viesse domiciliar-se; os estrangeiros que, achando-se no Brasil aos 15 de novembro de 1889, não declarassem, dentro de seis meses depois de entrar em vigor a Constituição, o ânimo de conservar a nacionalidade de origem; os estrangeiros que possuíam bens imóveis no Brasil e eram casados com brasileiros ou tiverem filhos brasileiros contanto que residissem no Brasil, salvo se manifestassem a intenção de não mudar de nacionalidade e os estrangeiros, por outro modo, naturalizados.

Quanto aos direitos políticos, antes mesmo da promulgação da nova Constituição, o Decreto no.6, do Governo Provisório chefiado pelo Marechal Deodoro, datado de 19 de novembro de 1889, abolia todos os privilégios eleitorais, estabelecendo em seu art. 1o:

"Consideram-se eleitores, para as câmaras gerais, provinciais e municipais, todos os cidadãos brasileiros, no gozo dos seus direitos civis e políticos, que souberem ler e escrever".

Não havia mais privilégios eleitorais, mas a principal barreira ao voto, a exclusão dos analfabetos, continuou a ser mantida. Além dos analfabetos eram excluídos os mendigos, praças de pret. e religiosos de ordens monásticas, companhias, congregações, ou comunidades de qualquer denominação, sujeitas a voto de obediência.

Quanto aos direitos civis, previstos no art. 72, algumas alterações foram feitas do texto de 1824.

Primeiramente, foram asseguradas aos estrangeiros residentes no país as inviolabilidades dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade.

A Constituição marcou a ruptura do Estado com a Igreja ao determinar que nenhum culto ou Igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o governo da União, ou dos Estados.

A pena de morte foi abolida (excetuando em tempos de guerra) e o habeas corpus passou a ser uma garantia prevista constitucionalmente (inciso XXII). Os dispositivos constitucionais não contemplaram normas sobre as relações de trabalho e direitos sociais. A Carta da República sequer declarou a gratuidade do ensino primário para todos os cidadãos.

Leis com conteúdo social foram aprovadas durante a Primeira República. Em 1891, foi regulado o trabalho de adolescentes. Em 1927, foi editado o primeiro Código de Menores. Em 1903 e 1907, foram reconhecidos, respectivamente, os direitos de organização sindical rural e urbana. Em 1926, a Constituição, então emendada, passou a autorizar a União legislar sobre matéria trabalhista.

A implantação dos direitos sociais na constituição de 1934

Nas décadas de 1920 e 1930, o panorama político-mundial sofreu grande modificação. No Continente Europeu se instauraram a crise econômica e formas totalitárias de governo. A Rússia instituiu o primeiro governo comunista; a Alemanha, após a derrota na Primeira Guerra, organizou-se como República Weimar, seguida pelo social- nacionalismo; a Itália tornou-se fascista em 1922.

Em 24 de junho de 1932 foi instalada a Justiça Eleitoral Brasileira. Foram drásticas as mudanças no panorama político-social brasileiro: os movimentos políticos de oposição ganharam força, ao impacto da presença dos assalariados como atores políticos somou-se a atuação das camadas médias urbanas reivindicando direitos sociais e políticos. Nascida das revoluções de 1930 e 1932 (Revolução Constitucional de São Paulo) a Constituição de 1934 tinha como ideias mestras a Justiça, representação e a Constitucionalização do país. Influenciaram sua elaboração, a Constituição de Weimar, de 1919 e a Constituição Republicana Espanhola, de 1931.

Diferentemente das Constituições que a precederam, a Constituição de 1934 não empregou o termo cidadãos tampouco nacionais para designar quem eram os brasileiros. Estes constituíam: os nascidos no Brasil, ainda que de pai estrangeiro, não residindo este a serviço do governo do seu país; os filhos de pai brasileiro ou mãe brasileira, nascidos em país estrangeiro, estando os seus pais a serviço público e, fora deste caso se, ao atingirem a maioridade, optassem pela nacionalidade brasileira; os que adquirissem a nacionalidade brasileira, em virtude do art. 69, nº. 4 e 5, da Constituição de 24 de fevereiro de 1891 e os estrangeiros por outro modo naturalizados.

Passaram a ser eleitores os brasileiros e brasileiras maiores de 18 anos que se alistavam. O direito à participação política continuava vedado aos mendigos, analfabetos e praças de pret. O Código Eleitoral havia consagrado o caráter obrigatório e secreto do voto, com intuito de moralizar o processo eleitoral.

Quanto aos direitos e garantias individuais, as inovações da Constituição estavam presentes na possibilidade de a União expulsar, do território nacional, estrangeiros perigosos à ordem pública ou nocivos aos interesses do país. O direito de propriedade continuava garantido, mas não poderia ser exercido contra interesse social ou coletivo. Não havia permissão para prisão por dívidas, multas ou custas.

O germe da ação popular também foi inserido no Texto Constitucional de 1934 ao prever que qualquer cidadão seria parte legítima para pleitear a declaração de nulidade dos atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios.

A Constituição de 1934 também inovou ao incluir um título específico sobre a ordem econômica e social, no qual subordinou a atividade econômica ao interesse social, prevendo mecanismos de intervenção do Estado na economia e estabelecendo um amplo catálogo de direitos sociais consagrando, deste modo, a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, em matéria econômica. Quanto aos direitos dos trabalhadores, as normas que podem ser destacadas são aquelas que regulavam a proibição de diferença de salários para um mesmo trabalho; o salário-mínimo; a jornada de oito horas; a proibição de trabalho de menores de catorze anos; o repouso semanal; as férias anuais remuneradas; a indenização ao trabalhador despedido sem justa causa; a assistência médica e sanitária ao trabalhador e à 38 gestante, assegurando a esta o descanso, antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego e a instituição da previdência.

A educação passou a ser um direito de todos e devia ser ministrada pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no País.

Durante o curto período de vigência da Constituição de 1934, o processo político nacional foi permeado por reivindicações operárias, pela radicalização ideológica promovida pelas disputas entre os

movimentos integralistas de direita e a Aliança Nacional Libertadora, formada pelas forças de esquerda e hegemonizada pelos comunistas. Estes, em 1935, fracassaram na tentativa de tomar o poder através de uma insurreição militar. A partir de então, medidas excepcionais de caráter repressivo foram tomadas pelo governo, com o consentimento do Congresso. As garantias democráticas foram suspensas com a decretação do estado de sítio. Em 10 de novembro de 1937, com o apoio da corrente autoritária do bloco do poder, Getúlio Vargas dissolveu o Congresso, declarou o estado de emergência, instalou a ditadura populista do Estado e outorgou uma nova Constituição, de cunho autoritário (BORIS,1997).

A cidadania no período democrático (1945- 1964)

Terminada a II Guerra Mundial, com a participação do Brasil ao lado dos aliados contra as ditaduras nazistas e fascistas, logo começaram os movimentos no sentido de redemocratizar o país. A Constituição de 1946 constituiu-se como um importante marco desta retomada da democratização.

No título IV "Da declaração dos direitos", o capítulo I que versava sobre a nacionalidade e cidadania determinava que eram brasileiros: os nascidos no Brasil, ainda que de pais estrangeiros, não residindo estes a serviço do seu país; os filhos de brasileiros ou brasileiras, nascidos no estrangeiro, se os pais tiverem a serviço do Brasil ou, não estando, se vierem residir no país (neste caso, atingida a maioridade deverão, para conservar a nacionalidade brasileira, optar por ela, dentro de quatro anos) os que adquiriram a nacionalidade brasileira nos termos do art. 69, nos incisos IV e V, da Constituição de 24 de fevereiro de 1891 e os naturalizados pela forma que a lei estabelecesse, exigidas aos portugueses, apenas residência no país por um ano ininterrupto, idoneidade moral e sanidade física.

Comparativamente à Constituição de 1934, a de 1946 repetiu o catálogo dos direitos civis, trazendo como novidade a explicação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional em caso de lesão a direito individual. Esse princípio e a garantia de assistência judiciária aos necessitados, também reafirmada no novo texto, deram uma nova dimensão aos direitos de acesso à Justiça.

A Constituição de 1946 consagrou, definitivamente, o voto direto, obrigatório e secreto aos homens e mulheres maiores de dezoito anos de idade. O direito de voto continuou vedado aos analfabetos, aos praças de pret., aos que não sabiam exprimir-se na língua nacional e aos que estivessem privados dos direitos políticos. Reafirmou-se a competência da Justiça Eleitoral para a presidência de todo processo eleitoral. Informado pelo princípio do Pluralismo político, o sistema partidário foi reorganizado em bases nacionais, com surgimento de partidos políticos de massa.

No capítulo da Ordem Econômica e Social, a Constituição de 1946 trouxe muitas inovações. O texto Constitucional previa a promoção da justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos. A Constituição de 1946, portanto, diferentemente da Carta de 1934, acolhia a ideia da reforma agrária, mas somente como um compromisso, limitando-se a recomendar ao Congresso Nacional que legislasse. Comparando-a às duas cartas precedentes, a de 1946 amenizou o teor dos preceitos relativos à intervenção estatal na economia, visto que, ao contrário daquelas, não contemplou explicitamente a nacionalização de atividades econômicas.

Os direitos sociais foram mantidos e os direitos aos trabalhadores urbanos reafirmados, se acrescentado nesse rol a participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa. Os trabalhadores rurais continuaram à margem da cidadania social.

Durante o período de vigência da Constituição de 1946, os movimentos sociais se fortaleceram, especialmente no campo. Os trabalhadores rurais passaram a lutar pela cidadania social, pela iso-

nomia com os trabalhadores urbanos, bem como pela mudança da estrutura agrária do país.

Essa mobilização popular iniciou-se na década de 1950. Intensificou- se no início da década de 1960, em torno das reformas de base prometidas pelo governo de João Goulart. A Direita se mobilizou pois, para eles, o governo de um país não podia sair do controle de suas elites esclarecidas.

Ao tomar medidas que representavam verdadeiro desafio ao Congresso Nacional, aos setores oligárquicos e às Forças Armadas, João Goulart precipitou o golpe da direita, que se consumou em 1.o de abril de 1964, instalando-se uma ditadura militar no país.

A cidadania no regime militar (1964-1985)

A Carta de 1967 tem vigência até a edição do Ato Institucional no. 5, de 13 de dezembro de 1968. Os diretos individuais e os direitos políticos foram inteiramente suprimidos e a brutal repressão que se seguiu ao AI-5 consagrou o absoluto predomínio dos militares sobre todo o Estado Brasileiro.

José Murilo de Carvalho (2002) assim retratou o eclipse da cidadania civil e política nesse período:

> O habeas corpus foi suspenso para crimes políticos, deixando os cidadãos indefesos nas mãos dos agentes de segurança. A privacidade do lar e o segredo da correspondência eram violados impunemente. Prisões eram feitas sem mandado judicial, os presos eram mantidos isolados e incomunicáveis, sem direito a defesa. Pior ainda: eram submetidos a torturas sistemáticas por métodos bárbaros que não raro levavam à morte da vítima. A liberdade de pensamento era cerceada pela censura prévia à mídia e às manifestações artísticas e, nas universidades, pela aposentadoria e cassação de professores e pela proibição de atividades políticas estudantis. O Poder Judiciário, em tese o garantidor dos direitos civis, foi repetidamente humilhado.

> Ministros do Supremo Tribunal Federal foram aposentados e tiveram seus direitos políticos cassados. Outros não fizeram honra à instituição, colaborando com o arbítrio. O número de ministros foi aumentando para das maiorias aos partidários do governo. Além disso, a legislação de exceção, como o AI-5, suspendeu a revisão judicial dos atos do governo, impedindo os recursos aos Tribunais. (CARVALHO, 2002, p.193,194).

No campo dos direitos sociais, os governos militares unificaram a previdência social, que foi universalizada para também atender os trabalhadores rurais, domésticos e autônomos. Inclui-se no sistema público de previdência o seguro de acidentes de trabalho. Foi instituída a política habitacional, fomentada pelo Banco Nacional de Habitação (BNH). Também foram marcos do regime as criações do Estatuto da Terra e a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente.

Em 17 de outubro de 1969, os Ministros Militares outorgavam a Emenda no1 à Constituição de 1967, reformando amplamente o texto anterior.

A cidadania civil e política começou a ser resgatada a partir de meados da década de 1970, momento em que, superado o duro período da luta armada, o regime militar perdeu o apoio da classe média, e afirmou-se a oposição da Igreja Católica.

Em 1978, o Ato Institucional no. 5 foi revogado. Em 1983, o Partido dos Trabalhadores assumiu uma campanha pelas eleições diretas para a Presidência da República, o que não acabou sucedendo, mas movimentações garantiram a vitória de Tancredo Neves em 1985, através de eleições indiretas. Fato que representou o fim do regime militar.

A redemocratização (1985-1988)

A Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988 refletiu as pressões de diversos grupos da sociedade abrangendo, deste modo, uma vasta gama de interesses, o que vai acarretar um Texto por muitas vezes lacunoso, ambíguo e vago.

Há uma grande expansão nos direitos políticos com a eliminação do obstáculo do direito ao voto aos analfabetos e com o estabelecimento do voto facultativo para as pessoas entre 16 a 18 anos de idade. O Texto inova ao alargar a dimensão dos direitos e garantias individuais, para além destes, passam merecer a atenção do Constituinte, a tutela de interesses difusos e coletivos. Os direitos sociais também são ampliados constitucionalmente, mas as suas garantias sempre foram duvidosas.

A democracia política não resolveu os problemas na área social como a desigualdade e o desemprego. Entre a Constituição de 1988 e a realidade social brasileira há um grande universo de nomas que enunciam programas de implementação da cidadania.

A cidadania na Constituição Federal de 1988

Buscando o perfil da Constituição de 1988, percebe-se que esta caracteriza-se como uma Constituição constitutiva e dirigente, como uma Carta aberta direcionada ao futuro e não conformadora com o status quo do presente, que busca a transformação social, em consonância com a função promocional do direito (PIOVESAN, 2003).

Este é um dos grandes problemas com quem se depara ao estudar cidadania na Constituição de 1988: o caráter polissêmico do termo no Texto. A cidadania instituída no art.1o, inciso II, tem um sentido mais amplo do que titular de direitos políticos. Mas não se pode ignorar o fato de que a Constituição de 1988 também men-

ciona a cidadania no sentido estrito tradicional de titular de direitos políticos. Assim é quando diz que compete à União legislar sobre nacionalidade, cidadania e naturalização (art.22, XIII). A ideia fica mais confusa com o emprego do termo no inciso II do §1o do art.68, quando exclui do âmbito de delegação legislativa a legislação sobre "nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais" já aí se excluem, separadamente cidadania, e direitos políticos, dando a entender que aquela é diverso destes.

> O processo de democratização possibilitou a reinserção do Brasil na arena internacional de proteção dos direitos humanos [...] o conceito de cidadania se vê, assim, alargado e ampliado, na medida em que passa a incluir não apenas direitos previstos no plano nacional, mas também direitos internacionalmente enunciados. A sistemática internacional de *accountability* vem ainda integrar este conceito renovado de cidadania, tendo em vista que, ao lado das garantias nacionais, são adicionadas garantias de natureza internacional.[...] Hoje pode–se afirmar que a realização plena, e não apenas parcial dos direitos da cidadania, envolve o exercício efetivo e amplo dos direitos humanos, nacional e internacionalmente assegurados. (PIOVESAN, 1996).

Quanto os direitos civis, previstos no art.5o da Constituição de 1988, o Constituinte determinou no §1o do mesmo art. que "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Segundo Canotilho (2006), esta aplicação imediata além de não depender de intervenção legislativa, significa também que eles valem diretamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a Constituição, o que implica a inconstitucionalidade de todas as leis pré-constitucionais contrárias às normas da Constituição que consagram e afirmam estes direitos, liberdades e garantias ou direitos de natureza análoga.

Os direitos políticos também possuem aplicabilidade imediata. Alguns dos arts. que dependiam de legislação infraconstitucional

já foram regulamentados, como é o caso do art.14, onde o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular foram regulamentados pela Lei n. 9.709/98.

Já nos direitos sociais é que a doutrina Constitucional contemporânea encontra uma grande discrepância entre a norma estabelecida e sua efetiva aplicação, o que Canotilho (2006) denomina como paradoxo da programaticidade.

É importante ressaltar que o papel incumbido ao Poder Judiciário na concretização efetiva dos direitos fundamentais (especialmente os direitos sociais) é um dos temas mais ingentes na dogmática Constitucional atual.

A base antropológica da Constituição, a dignidade da pessoa humana, tem influência dos Textos Constitucionais da Alemanha, Portugal e Espanha. Nos dizeres de Rizzatto Nunes para se "definir a dignidade é preciso levar em conta todas as violações que foram praticadas, para, contra elas, lutar. [...] a dignidade nasce com a pessoa. É-lhe inata. Inerente à essência" (NUNES, 2002, p.49).

Outro direito de cidadania é o de ser reconhecido como pessoa. O texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 estabelece em seu art. 6o "Toda pessoa tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei".

Nesse ponto dois comentários devem ser feitos: primeiro, o problema da nacionalidade. No momento histórico anterior a concepção da Declaração, a pessoa que era despojada de sua nacionalidade, sem ser opositor político, poderia não encontrar nenhum Estado disposto a recebê-lo, simplesmente deixava de ser considerado pessoa humana.

Assim, com a Declaração passam a ser reconhecidos o direito de asilo a todas as vítimas de perseguição (art. 14) e o direito de todos a ter uma nacionalidade (art. 15) (COMPARATO,2015).

O segundo comentário a tecer é sobre a possibilidade da pessoa não reconhecida como tal na fruição de seus direitos e, poste-

riormente, ser reconhecida como pessoa quando da prestação de seus deveres e responsabilidades. Marcelo Neves (1994), que bem observa esta ocorrência, a denomina como relações de subintegração e sob-reintegração:

> Definida a cidadania como integração jurídica igualitária na sociedade, pode-se afirmar que ela está ausente quando se generalizam relações de subintegração e sobreintegração no sistema Constitucional, tal como ocorre nos países periféricos, destacadamente no Brasil.[...] Do lado dos subintegrados, generalizam-se as relações concretas em que não tem acesso aos benefícios do ordenamento jurídico, embora permaneçam dependentes de suas prescrições impositivas. Portanto, os subcidadãos não estão excluídos. Embora lhes faltem as condições reais de exercer os direitos fundamentais constitucionalmente declarados, não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostos pelo aparelho coercitivo estatal, submetendo- se radicalmente às suas estruturas punitivas. [...] Para os subintegrados, os dispositivos constitucionais têm relevância quase exclusivamente em seus efeitos restritivos de liberdades. [...] Os sobrecidadãos utilizam regularmente o texto Constitucional democrático, em princípio, desde que isso seja favorável aos seus interesses e/ou para proteção da "ordem social". Tendencialmente, porém, na medida em que a Constituição impõe limites à sua esfera de ação política e econômica, é posta de lado. (NEVES, 1994, p-260-261).

Diante disso, é necessário ampliar o conceito de cidadania para afirmação de uma sociedade inclusiva garantidora dos direitos fundamentais e humanos.

Na última eleição, 2018, o pleito foi marcado por muitos fatos surpreendentes. Veja-se: Foi a primeira eleição nacional sem doações oficiais de empresas, e a primeira em que o presidente eleito sofreu um atentado em plena campanha. Foi a primeira também em que um presidenciável foi substituído por outro, que acabou em segundo lugar.

Houve protestos nas ruas, nas redes sociais, e até em shows internacionais. As informações falsas abundaram, assim como as checagens e desmentidos. Não houve debates no segundo turno;

As eleições de 2018 resultaram numa grande renovação no Congresso. Dos 513 eleitos, 243 deputados são de primeiro mandato. A Câmara passou pela maior mudança nos últimos 20 anos: 47% O Senado, por sua vez, passou pela maior renovação desde a redemocratização: dos 32 senadores que tentaram a reeleição, só 8 conseguiram. O número de mulheres na Casa, porém, se manteve em 7, o mesmo de 2010, última eleição em que foram eleitos 54 senadores.

Acontecimentos que demandaram, por vezes, a atuação mais firme da Justiça Eleitoral, justamente para se garantir o exercício do voto com a livre manifestação e ação do eleitor, que tantas vezes foi influenciado pela mentira, por estratégias menores, e sem o necessário debate de ideias, planos de ações e demonstração da verdade.

Penso que o velho modo de "fazer política" precisa ser alterado. Mudanças ocorreram, mas o novo modo, aliado à tecnologia, mormente das redes digitais/sociais ainda não se descortinou e assim, várias situações mórbidas se apresentam, buscando ocupar esse espaço.

As próximas eleições, ao que parece, também terão um cenário polarizador a demandar a atualização constante e permanente de pessoas e das instituições, em especial da Justiça Eleitoral.

Algumas tarefas não poderão ficar para depois, entre outras, o combate efetivo às *fake news*; a biometria deverá ser concluída, em menor espaço de tempo para se tirar o atraso verificado e garantir a implantação para a próxima eleição; o fornecimento de instalações dignas e estruturas efetivas aos juízos de primeiro grau para julgamento dos processos criminais eleitorais.

Porém, além destes aspectos gerenciais e técnicos cada vez mais se exigirá da Justiça Eleitoral, especialmente de seus dirigen-

tes, contribuição ímpar para a manutenção do Estado Democrático, julgando as contendas e mantendo o equilíbrio entre as partes, em momento social de constatada intolerância e tensão entre extremos, para que, ao final, a vontade soberana do eleitor prevaleça, desde que não maculada por qualquer vício de ilegalidade ou influência indevida a contaminar o pleito. Cabe a essa justiça especializada materializar, realizar as normas eleitorais e esclarecer os eleitores.

O Prof. Dr. Denilson Luís Werle, professor de ética e filosofia política no departamento de filosofia da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), pesquisador do núcleo "Direito e Democracia" no Centro Brasileiro de Análise Planejamento (CEBRAP) e pesquisador do Núcleo de Ética e Filosofia Política da UFSC (NEFIPO), atualmente está desenvolvendo projeto de pesquisa sobre pluralismo, tolerância e democracia na filosofia política contemporânea (J. Rawls) e na teoria crítica (J. Habermas, A. Honneth e R. Forst). escreve que se extrai das lições de Habermas que:

> O jogo político jurídico-institucional das democracias modernas é marcado por muitas dimensões e elementos complementares e contraditórios ou de difícil conciliação. Qualquer que seja a forma como caracterizamos esse jogo, três elementos parecem ser fundamentais em qualquer descrição ou reconstrução da política democrática moderna: a autonomia privada dos cidadãos, assegurada por um conjunto de direitos individuais fundamentais que lhes permitem conduzir um plano de vida próprio, configurado a partir de interesses, crenças e valores pessoais; a autonomia da cidadania democrática (a soberania popular) expressa num conjunto de direitos de participação política e inclusão equitativa de cidadãos livres e iguais na comunidade política; e uma esfera pública política independente, que, enquanto esfera de formação livre da opinião e da vontade, faz a mediação entre a sociedade civil e o Estado. O processo de racionalização social que levou à separação funcional entre o poder político administrativo do Estado e a economia capitalista de mercado explica por que as sociedades modernas não podem prescindir do elemento mediador de um espaço público,

> no qual as contribuições, atitudes, interesses e valores dos cidadãos podem encontrar ressonância e influenciar as decisões políticas. Esses elementos formam, em geral, o cerne normativo do Estado de direito democrático (HABERMAS, 2009, p. 89).

Aos operadores do Direito, em especial os que militam na Justiça Eleitoral cabe, pois, considerável parcela para a manutenção e aprimoramento da democracia, influenciando positivamente para se garantir ao eleitor escolhas livres, eleições transparentes dentro dos princípios éticos e legais.

Devem ser, também, mediadores no espaço público para o debate jurídico de ideias normativas para garantia da democracia e da cidadania, participativas.

Para tanto a condução de um tribunal depende da liderança e atuação de seus integrantes, em especial de seus dirigentes. A imparcialidade, a independência, a constante efetividade alicerçam a autoridade moral que legitima o exercício da jurisdição e do poder e geram a confiança na instituição.

Santiago Dantas nos escritos de "Poder Nacional, Cultura Política e Paz Mundial" lecionou que Ética e Técnica convivem na sociedade Ocidental.

Argumenta que "dentro da atitude fundamental em face da vida, que é a sua atitude afirmativa, a civilização ocidental construiu uma ética e uma técnica". Conclui que a supremacia da ética, ou seja, o governo do homem através da consciência pode ser considerada uma constante da civilização ocidental"

Faz-se a diferença entre a ética e a técnica dizendo que a ética é o conjunto dos meios com os quais o homem governa a sua própria natureza, e a técnica, o conjunto dos meios com que o homem governa o mundo físico, com que o homem submete a si mesmo a natureza exterior. Numa civilização, técnica e ética desempenham

papéis complementares, mas é característico de determinadas épocas a elevação e aperfeiçoamento da ética e a estagnação ou decadência da técnica, como é característico de outras épocas o desenvolvimento da técnica, dos meios de controle da natureza, sem o desenvolvimento paralelo da ética, dos meios de controle do homem.

De mesmo modo, os nossos tempos têm sido apresentados por mais de um pensador, notadamente por Johan Huizinga, historiador e linguista holandês, como uma época em que os controles técnicos se desenvolveram sem que os controles éticos se desenvolvessem paralelamente e, até pelo contrário, entrando estes em decadência por falta de fundamentação filosófica adequada na consciência das elites e das massas.

De outro lado, José Ortega e Gasset também laborou sobre o tema. A mais famosa frase escrita por Ortega y Gasset, na introdução do livro Meditações De Quixote, é: "Eu sou eu e a minha circunstância e se não a salvo, não salvo a mim mesmo", se traduz em excelente síntese filosófica. Ela revela muito em filosofia, é a representação da razão vital orteguiana, que, ao meu sentir supera o unilateralismo idealista e encerra de vez um eventual resgate do realismo filosófico.

A maior parte dos autores citam a primeira parte da sentença "Eu sou eu e a minha circunstância", deixando em segundo plano a segunda parte, "e se não a salvo, não salvo a mim mesmo".

Nivaldo Cordeiro afirma que a primeira parte é, digamos, a mais contemplativa. Ela demonstra que o Eu é tão fundamental quanto as coisas são, aquelas que encontramos, cada um de nós, na longa jornada que é a vida individual. As pequenas e as grandes coisas por igual. A verdade é resultado desse encontro do olhar humano com as coisas em derredor. "Pensar é olhar", ensinou Ortega certa vez, em outra passagem.

A segunda parte da sentença desperta maior atenção, apesar de menos contemplativa, porque se revela um olhar do homem de

ação, depois da contemplação. Há uma forte ressonância cristã – o apelo à salvação – embora não pretenda ter um elo teológico. É que "salvar-se" tem sempre uma conotação metafísica e a pressuposição de que a transitoriedade da vida humana é aparente. A jornada continua por toda a Eternidade. A responsabilidade diante de Deus está posta ao vivente, mesmo que eventualmente ele a recuse e nem a reconheça. Mas o que estava à vista do filósofo era a coisa mais terrena, mais imediata, mais histórica. Era o contexto social, sua sociologia. Ortega estava vendo, àquela altura dos idos de1916, a dramática emergência do homem-massa na Espanha e na Europa em geral, que triste memória deixou para a humanidade. Pensando sociologicamente, a expressão remete ao vivente a responsabilidade de salvar as circunstâncias. E as circunstâncias de um indivíduo são dadas precisamente pelo que ocorre na política. E a política não é alheia à ação individual de cada um.

"Tirar ou livrar a si mesmo de perigo, dificuldades, ruína ou morte". Há um grande perigo em nosso momento, muito semelhante àquele que Ortega viu a seu tempo. O ponto é que não temos escolha que não agir para salvar-nos a nós mesmos e a todos. Ninguém fará isso por nós, que somos os agentes históricos. A omissão não salvará ninguém, muito ao contrário, ela apenas entregará os destinos coletivos nas mãos dos que têm a alma moralmente deformada.

Agir para salvar as nossas circunstâncias é, antes de tudo, tornar-se um líder. É ter o sentido da civilização, é conhecer o legado espiritual do Ocidente. É assumir a responsabilidade. A horda dos decadentes só toma o comando do Estado quando os homens egrégios se apequenam. O momento é de se fazer o movimento inverso, de pôr o homem-massa no seu lugar. A vida convida todos nós à responsabilidade existencial. Salvar-se requer, antes de tudo, ter uma atitude moral consigo mesmo, que fatalmente influenciará o meio. As massas, deixadas por si mesmas, serão enganadas pelos demagogos no rumo do desastre.

Como fazer isso? Mudando cada um de nós mesmos e formando o caráter daqueles que nos são próximos. Sem esse proceder não se mudará nada. A ordem social depende da ordem na alma individual. Tornar-se alguém maduro, recusar as falsas facilidades do populismo, resgatar valores e santificar a vida cotidiana. Cabe aos integrantes da Justiça Eleitoral realizar sua imensa parcela para as necessárias mudanças sob a liderança individual de seus dirigentes.

Temos o dever de legar aos nossos sucessores uma sociedade mais equilibrada, segura, mais justa e perfeita.

CIDADANIA INCLUSIVA

Existe uma relevância política nos direitos básicos individuais enquanto representação da limitação formal para o legislador infraconstitucional. Isso possibilita o avanço no reconhecimento de cidadania e a sua implementação, por sinalizarem as ações do Estado afim de que o princípio da dignidade da pessoa humana venha a ser concluído. A proteção institucional requerida pelo sistema de Direitos Humanos prevista pelo Estado Democrático de Direito é, então, referendada. A Constituição valida a proteção mediante os direitos civis, políticos e sociais, juntamente com a concepção de normas que garantem a efetivação desses direitos.

O conceito clássico de cidadania caminha para um novo estudo, uma vez que há novos conceitos de Estado e mudanças sociais. Constrói-se, então, uma sociedade inclusiva, já que o ambiente interno tem sido transpassado pela atual realidade, exigindo que os conceitos básicos de cidadania sejam definidos. Além disso, há a ideia de cidadão cosmopolita, análoga ao princípio kantiano de universalidade, o que vem a se tornar ideal para a inclusão da cidadania mundial, dada a intenção de efetivação dos direitos humanos, do

cidadão do mundo sob chancela aristotélica. Logo, realiza-se uma integração universal relacionada à uma constituição republicana, uma federação de Estados e um governo universal.

A perspectiva de uma cidadania cosmopolita é bem criticada, conforme analisa José Maria Gómez:

> Formulada a partir de uma abordagem "realista" da política internacional, do problema da guerra e da paz, do conflito da cooperação, e se resume na impossibilidade de alcançar pelo menos três condições gerais para sua realização: uma legitimação suficiente das instituições internacionais para o exercício da autoridade e a criação de oportunidades efetivas de participação política dos cidadãos; a unificação moral e a homogeneidade cultural requeridas para se sentir e ser universalmente reconhecido 'cidadão do mundo'; e um mínimo de justiça distributiva que atenue os conflitos e supere o abismo crescente entre países ricos e pobres. (GÓMEZ.2000, p.128).

Segundo o cientista político, não há previsão de quanto o processo poderia se afirmar, já que vivemos em um mundo capitalista, com sua arena internacional em fragmentos, tanto em termos de cultura como econômicos. A única chance seria a possibilidade de integração dos povos, uma sociedade mundial baseada no paradigma cosmopolita, na busca pela inclusão de todos. Uma cidadania global que tenta diminuir as tensões entre Estados e globalização, já que observa entre ambos a busca pela afirmação de poder frente à realidade social (GÓMEZ, 2000).

Logo, é preciso encontrar processos alternativos cujo objetivo seja promover os ideais de cidadania, que vençam os problemas econômico-políticos oriundos do processo de exclusão. Sendo, então, necessária a criação de um novo modelo democrático, com base em uma sociedade cosmopolita que

> [...] requer uma nova cultura política internacional e uma séria análise das diferentes identidades nacionais, éticas, culturais e sociais, que impõem limites e ao mesmo tempo fornecem possibilidades para o desenvolvimento de uma democracia e de uma cidadania cosmopolita (TORRES, 2001, p. 113).

Uma vez que cada indivíduo possui sua cultura e sua identidade como ser humano, se torna necessária a observação do novo conceito de cidadania, sem que a sociedade, em nível mundial, precise se tornar homogênea. É importante observar que a atual concepção de cidadania tem por objetivo criar uma identidade na busca por interesses em comum e que seja relevante para todos os indivíduos.

Liszt Vieira (2001, p. 250) aponta cinco níveis de alcance da cidadania no contexto atual, que estão aquém das fronteiras do Estado-nação sendo, o primeiro, relacionado com a intenção de unidade, que procura criar uma sociedade interligada e em busca do interesse comum. Nesse sentido, a experiência da humanidade segue em prol de "valores e políticas em defesa da paz, justiça social, diversidade cultural, democracia e sustentabilidade ambiental em nível planetário" com vistas a se criar um ambiente de integração e busca pelo interesse comum.

Em segundo lugar, o autor avalia como a integração da economia em relação a identidade nacional se impacta. Isso se dá uma vez que muitas pessoas acabam por incorporar a cultura de nacionalidades diferentes ao fazer viagens de um lugar para outro, por meio de negócios entre empresas transnacionais, perdendo a menção à sua nacionalidade de origem.

Em terceiro, a pessoa que surge no âmbito internacional é analisada com a intenção de garantir a sustentabilidade, a fim de que não haja percalços no futuro da sociedade. Estes são ligados "à administração da ordem global em suas variadas dimensões, ambientais,

econômicas e sociais.". Eles estariam "impulsionados na perspectiva do famoso Relatório da Comissão Bruntland, nosso futuro comum". (VIEIRA, 2001, p.251).

A quarta maneira de se estender a cidadania mundial seria relacionada à criação de blocos regionais, assim como uma cultura política supranacional. Um dos exemplos que teríamos seria a União Europeia, em um território que é o berço histórico representado pelo Estado — Tratado de Vestfália —, e que possui uma postura de ordem política mundialmente unificada.

Já o quinto cidadão global apontado por Liszt Vieira surgiria da militância transnacional, daqueles que lutam na preservação dos direitos humanos, do meio ambiente, da valorização da mulher, entre outros, que fizeram surgir a consciência social imprescindível para um futuro sustentável. Essas redes de colaboração internacional surgem com base na perspectiva de uma sociedade civil global, que desafia e remodela a antiga base da cidadania. Gómez reforça a proposta de Liszt Vieira, afirmando que é fundamental

> [...] articular um duplo processo de democratização, de fortalecimento mútuo, capaz de aprofundar a democracia no plano doméstico (abrangendo o Estado e as sociedades civil, política e econômicas e, ao mesmo tempo, de impulsionar a ampliação radical de formas e processos democráticos nos âmbitos regional e global. Mas isso supõe, em última análise, uma dupla tarefa, orientada por uma perspectiva cosmopolita emancipatória. Por um lado, a crítica à ordem hegemônica global vigente — esse "cosmopolitismo negativo" sustentado na articulação complexa de capital transnacional, doutrinas econômicas neoliberais, Estados centrais e instituições financeiras e de segurança internacionais —, bem como ao sistema de Estados soberanos, historicamente estruturados como unidades políticas que atendem a rígidos critérios de inclusão e de exclusão e que exigem lealdades incondicionais e exclusivas. E, por outro lado, a defesa da ampliação das fronteiras étnicas das comunidades políticas, de modo a impulsionar uma tríplice transformação dessas últimas, fazendo

> com que sejam mais universalistas, mais sensíveis às diferenças culturais e mais comprometidas com a redução das desigualdades materiais. (GÓMEZ apud LISZT VIEIRA 2000, p.135).

A cidadania cosmopolita prevê que a sociedade se interaja mais com as questões relacionadas às liberdades básicas e direitos da população e a outras questões como a paz no mundo, a saúde e o meio ambiente. A cidadania inclusiva busca a legitimação de um Estado que passe a ser agente do bem-estar social e equilibrado, com políticas públicas que seja forte frente às sociedades internacionais e que tenham como base o desenvolvimento político, econômico e social.

Bernardo Kliksberg reforça que podemos apontar, atualmente, algumas correntes de discussão sobre os pressupostos econômicos que têm orientado o desenvolvimento nas últimas décadas. O debate em curso não aparece como um debater no interior da academia, onde diversas escolas de pensamento ou personalidades defendem determinados enfoques surgidos de sua própria especulação. (KLIKSBERG, 2000, p.108).

Como afirma o sociólogo, existe uma grande influência no atual debate, pois há dificuldades referentes ao tradicionalismo, ainda presente, assim como problemas graves na economia do Sudeste asiático e desajustes e desigualdades sociais na América Latina. Além disso, os problemas da economia em transição na Rússia e a instabilidade financeira apresentada por outros mercados internacionais interferem no processo. Os avanços consideráveis na interpretação dos efeitos da economia no âmbito global e dos fenômenos sociais são a premissa para o surgimento destes, como uma discussão em que a especulação sem fim, que partem dos próprios objetivos, advindos de décadas passadas, é trocada por análises oriundas da grande evidência já experimentada, que tem gerado o instrumental quantitativo e estatístico (KLISBERG, 2000).

Kliksberg analisa o atual debate na economia como ebulição e busca soluções estabilizadas, já que há carências na sociedade que são consideradas agudas

> e onde se estima que um terço da população ativa mundial se encontra atingida por sérios problemas de desemprego e subemprego, o debate está revendo supostos não convalidados pelos fatos, e abrindo-se a variáveis às quais se destinava escasso peso nas últimas décadas (KLIKSBERG, 2001, p.106-107).

Sendo assim, pressupõe que o desenvolvimento econômico de uma população não é a estrutura de medição do seu grau de desenvolvimento, sendo necessário, então, um desenvolvimento econômico, político e social que vá ao encontro de todos e que diminua a exclusão.

Para Celso Lafer:

> [...] cidadania é o direito a ter direitos, pois a igualdade em dignidade e direitos dos seres humanos não é um dado. É um construído da convivência coletiva, que requer o acesso ao espaço público. O mundo comum é construído com base nesse acesso ao espaço político, por meio do movimento de afirmação que regem os direitos humanos. [...] (LAFER, 1991.p.22 apud CORRÊA 1999, p. 220).

De fato, o processo de asserção dos direitos humanos, enquanto invenção para a convivência coletiva, exige um espaço público, a que só se tem acesso por meio da cidadania.

Logo, pode-se concluir, então, que há urgência no enfrentamento das causas de exclusão social e, também, na adoção de políticas sociais melhores pelos Estados nacionais. É preciso respeito aos direitos e garantias dos indivíduos, principalmente, dos que vivem em situações desprivilegiadas. A partir do momento que esse direito

é reconhecido, inicia-se o processo de resgate do respeito a todos que vivem na posição de excluídos.

Na mesma direção, Amartya Sen (2000) compreende o desenvolvimento como um processo de expansão das liberdades reais de cada um, sendo o Estado responsável por excluir todas as formas de privação que existem no seu ambiente, de maneira a garantir o direito nas áreas social, econômica e política. Áreas essas que representam as condições básicas de todos os cidadãos, para que esses tenham garantidas as suas liberdades e, também, para que Estado encontre o caminho para o desenvolvimento de uma justiça social e de maneira inclusiva, fortalecendo a premissa de cidadania em nível local.

De tal modo, é necessário que todos os cidadãos participem da implementação de políticas públicas que venham atender às suas necessidades urgentes para que haja desenvolvimento efetivo da sociedade, conforme defende Sen (2000.).

As políticas públicas têm como função atender as prioridades advindas de valores e afirmações, como também de proporcionar e garantir a discussão pública de forma completa. A liberdade de imprensa e independência dos meios de comunicação - com atenção para a não censura-; a expansão da educação básica e da escolaridade - principalmente a educação de mulheres -; o crescimento da independência econômica – principalmente o emprego feminino - e outras mudanças sociais e econômicas que ajudem os indivíduos a se tornarem cidadãos colaborativos, podem favorecer a qualidade das discussões abertas.

Sendo assim, a população poderá expressar os seus anseios e colaborar para o desenvolvimento da sociedade, assim como sua entrada no cenário internacional como protetora e concessora de direitos aos indivíduos. É importante, então, que se criem essas políticas públicas que ofereçam o acesso a todos os meios de discussão, segundo o autor.

É interessante frisar, a partir do conceito encimado, a ideia do público como um participante colaborativo da mudança, ao contrário de recebedor dócil e passivo de instruções ou de auxílio concedido (SEN, 2000, p. 318-319).

Para que haja uma sociedade solidária e inclusiva, é necessário um consenso entre os agentes sociais no âmbito das prioridades, com o envolvimento de todos os membros da sociedade. Essa interligação entre setores e atores poderá construir uma sociedade mais justa e inclusiva. Essa integração, em nível interno e mundial, tem como representação uma alternativa em busca do desenvolvimento dos Estados nacionais e de seus alicerces organizacionais, assim como na instituição de políticas públicas que procurem auxiliar na superação dos indivíduos excluídos, desenvolvendo, então, uma espécie de globalização contra hegemônica, conforme aponta Boaventura de Sousa Santos, quem analisa o fenômeno da inclusão social na construção de uma sociedade desenvolvida e solidária, pela reafirmação da dignidade em sociedade.

Em face disto, pertinente o ensinamento de Ingo Sarlet:

> [...] dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com 49 os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida (SARLET, 2008, p. 63).
>
> [...] onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para um existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em

> direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço pra a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças (Ibdem, p. 71).

Com isso, pode-se apontar que são essenciais o reconhecimento, o asseguramento e a efetivação no cumprimento do princípio da dignidade do ser humano.

CONCLUSÃO

A fechar o estudo ao qual nos dedicamos, estamos certos de que algumas conclusões, mais importantes uma que outras, é lícito extrair:

Antes do mais, afirmou-se ser a participação popular um direito fundamental político; o cidadão ativo é essencial para se efetivar a soberania popular, garantindo-se a Democracia; pontuou-se a inserção dos direitos humanos nos ordenamentos jurídicos internos, em face de reordenações constitucionais e jurídicas valorativas da dignidade da pessoa humana que se deram a partir da positivação doméstica dos direitos fundamentais, tudo até defluir numa demanda objetiva pela providência de um sistema eleitoral garantidor e protetor dos direitos humanos e fundamentais, para respaldar a garantia constitucional de acesso à Justiça e à cidadania inclusiva e manutenção do Estado Democrático e de Direito. A maturação do conceito até nosso atual momento histórico importou demonstrar dada a incoerência, ainda gravosa, que existe entre o discurso dos direitos humanos e a real efetivação da proteção do homem enquanto pessoa humana e cidadão ativo.

Neste diapasão, demonstramos que a promoção de uma cidadania inclusiva eficaz passa pelo conhecimento da história nacional,

e constante dedicação de todos no enfrentamento de todo obscurantismo da ordem jurídica que se dá ao arrepio do que ora resta sedimentado em sede de Direito Constitucional e Eleitoral, cabendo, também à Justiça Eleitoral, e não apenas a ela, a efetivação do direito fundamental político do sufrágio, e dos demais meios de participação popular, na própria limitação do agir estatal.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. 4.ed. São Paulo: Martins

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Cidadania: do direito aos direitos humanos. São Paulo: Acadêmica, 1993.

ANNONI, Danielle. A geopolítica dos direitos humanos e sua violação na ordem internacional. In: CARVALHO, Leonardo Arquimimo de (org.). Geopolítica & relações internacionais. Curitiba: Juruá, 2002.

ARENDT, Hannah. A condição humana. Rio de Janeiro: Forense, 1987. ARENDT, Hannah. As origens do totalitarismo: totalitarismo, o paroxismo do poder; uma análise dialética. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: 2007.

ARINOS, Afonso. Discurso proferido na Sessão solene de Promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Revista de informação legislativa. Brasília, v.25, n.100, p. 13-18. out./dez. 1988.

BECKER, Carl L. Antecedentes históricos da declaração: a filosofia dos direitos naturais. In:_____; STORING, Herbert J. A cidadania nos EUA.2.ed. Brasília:Senado Federal, 2001. BERARDO, Telma. Soberania, um novo conceito?. Revista de direito constitucional e internacional, São Paulo, v.10, n.40, p. 21-45., jul./set. 2002.

BOBBIO, Norberto. Era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. O futuro da democracia. 8.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

_____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. 4.ed. Brasília: UNB, 1992. 2.v.

BOBBIO, Norberto [1909]. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. 7. reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Do Estado liberal ao Estado social. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense: 1980.

BORGES, Alexandre Walmott. A ordem econômica e financeira da constituição e os monopólios. Curitiba: Juruá, 2002. 130

_____. Do Estado liberal ao Estado social. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense: 1980.

_____. A quinta geração de direitos fundamentais. [s.d.]. Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf.

BRASIL. Constituição 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e Teoria da Constituição. Lisboa: Almedina, 1998. ---------. "Brancosos e interconstitucionalidade": Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Documentário, 1979. 2. Coimbra: Livraria Almedina, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e Teoria da Constituição. 9. reimpr. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2011.

CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil. O longo Caminho. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CROIZET, A. A cidadania na Grécia. In: CROIZET, A.; FIGUEIREDO, Genuíno Amazonas de. A cidadania na Grécia e em Roma. 2.ed. Brasília: Senado Federal, 2002.p.9-39.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos humanos e cidadania. São Paulo: Moderna, 1998.

_____. Elementos de teoria geral do Estado 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Ser cidadão. Revista Lua Nova Cultura e Política, São Paulo, v.1, n.2, p.61-64, jul./set. 1984.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. Democratização do Estado Social de Direito. In: PEREZ, Augusto Martinez (org.). Transformações do Estado: caráter das mudanças. Franca: UNESP- FHDSS, 1998.

_____. Direito administrativo. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2001

FAUSTO, Boris. História do Brasil. 11.ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantias: la ley del más débil. 4. ed. Madrid: Ed. Trotta, 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira e Folha de São Paulo: 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Constituição e governabilidade. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 31, n.123, p.219- 227, jul./set., 1994.

GARCIA, Marília. O que é constituinte. 16.ed. São Paulo: Brasiliense. 1987.

GOMEZ, José María. Política e Democracia em Tempos de Globalização – Coleção a Outra Margem. Petropólis. Vozes, 2000.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003

_____. Mas Alla Del Estado Nacional. Madrid: Trota, 1997.

HIRSCHAMAN, Albert O. A retórica da intransigência: perversidade, futilidade, ameaça. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

KARNAL, Leandro. Estados Unidos, liberdade e cidadania. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs). A história da cidadania. 2.ed. São Paulo: Contexto, 2003.p.135- 155.

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.___. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLIKSBERG, Bernardo. Desigualdade na América Latina – o Debate Adiado. Unesco, 2000.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. 5.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

_____. A ONU e os direitos humanos. Estados Avançados, São Paulo, IEA/USP, v.9, n.25, set.-dez.1995.

MARQUES, Viriato Soromenho. A era da cidadania: de Maquiavel a Jefferson. Portugal: Publicações Europa- América, 1996.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de direito internacional público. 15.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 1v. MENEZES, Wagner. Direito internacional: na América Latina. Curitiba: Juruá, 2007.

MIRANDA, Jorge. Constituições de diversos países. 3.ed. Lisboa: Imprensa Nacional da Casa da Moeda. 1987. 2v. p. 328.

_____. Constituições de diversos países. 3.ed. Lisboa: Imprensa Nacional da Casa da Moeda. 1986. 1v. p. 285

_____. Teoria do Estado e da Constituição. Forense: Rio De Janeiro, 2002.

MARSHALL, Thomas Humphrey. Cidadania e classe social. 2.ed. Brasília: Senado Federal, 2002.

NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. Dados, Rio de Janeiro, v. 37, n.2, p. 253-276, 1994.

_____. Transconstitucionalismo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. Transconstitucionalismo. São Paulo: Martins Fortes, 2016

NIETZSCHE, Friedrich. Humano, demasiado humano. São Paulo: Companhia de Bolso, 2005. NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. Dados, Rio de Janeiro, v. 37, n.2, p. 253-276, 1994.

NUNES, Rizzatto. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS (1966). Ratificado pelo

Brasil em 24 de janeiro de 1992. In: SEITENFUS, Ricardo (org). Legislação internacional. Barueri: Manole, 2004. PEGORARO, Olinto A. Ética e justiça. São Paulo: Vozes, 1997. PINSKY, Carla Berssani. A história da cidadania. São Paulo: Contexto, 2003.p 469-494.

PEREZ LUNO. Derechos humanos, Estado de derecho y constitucion. Madri: Tecnos, 1992.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e a jurisdição constitucional internacional. Revista latino-americana de estudos constitucionais, Belo Horizonte, n.1, p.319-338, jan./jun,2003.

_____. Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.29.

_____. Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. A justicialização do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, v.1, n.4, jul./set. 2002.

_____. Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e a jurisdição constitucional internacional. Revista latino-americana de estudos constitucionais, Belo Horizonte, n.1, p.319-338, jan./jun,2003.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1998 e a proteção Internacional dos Direitos Humanos. Puc Minas, 1996. Disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista2/art.3.htm

_____. Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.29.

_____. Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. A justicialização do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, v.1, n.4, jul./set. 2002.

_____. Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Direitos humanos e diálogos entre jurisdições. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, n. 19, p. 8, jan.-jul. 2012.

PIOVESAN, Flávia (cords.). O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 4. ed., São Paulo: Max Limonad, 2000.

PIOVESAN, Flávia (Coord.). Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002. RAMOS, André de Carvalho. Processo internacional de direitos humanos. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgan. Eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SEN, Amartya. Desenvolvimento Como Liberdade. ed. Companhia das Letras. 2000.

SOARES, Mario Lúcio Quintão. A teoria geral da cidadania em suas expressões clássicas (paradigma greco-romano e medieval). Belo Horizonte: Faculdade de Direito, 1995.149f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, 1995.

_____. Teoria do Estado: introdução. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como précompreensão para o direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STORING, Herbert J. A Constituição e a Carta de Direitos. In: BECKER, Carl L.; STORING, Herbert J. A cidadania nos EUA. 2.ed. Brasília: Senado Federal, 2001.

_____. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. Temas polêmicos do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Conceito, 2007.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Curso de direito constitucional positivo. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In:. Teoria dos direitos fundamentais. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VIEIRA, Listz. Argonautas da Cidadania a Sociedade Civil na Globalização. Record, 2001

DIREITO ELEITORAL, DEMOCRACIA E AÇÃO COMUNICATIVA: Possibilidades para efetivação da representação política

Claudio Alberto Gabriel Guimarães[1]
Themis Maria Pacheco de Carvalho[2]
Bruna Danyelle Pinheiro das Chagas Santos[3]

1. INTRODUÇÃO

Longo foi o caminho percorrido pela humanidade para o alcance de sistemas políticos que lograssem possibilitar a convivência humana pautada em bases decisionais oriundas do próprio corpo social.

1 Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Especialista em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Especialista em Docência Superior pela Universidade CEUMA - UNICEUMA. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Mestre em Gestão de Segurança pelo Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Pública - ISCPSP, Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE, com área de concentração em Direito Penal. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, com área de concentração em Criminologia. Pós-Doutorando pela Universidade de Lisboa – FDUL, com área de estudos em Teoria da Pena. Professor Pesquisador do CNPq e da Universidade CEUMA – UNICEUMA. Coordenador do Núcleo de Pesquisas em Violência e Cidadania – NEVIC da Universidade CEUMA - UNICEUMA. Professor da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Maranhão, Professor Adjunto da Universidade Federal do Maranhão dos cursos de graduação e do Programa de Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça. calguimaraes@yahoo.com.br

2 Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Maranhão. Especialista em Ciências Criminais pela UFSC. Mestra em Problemas Atuais do Direito Penal e da Criminologia pela Universidade Pablo de Olavide, Sevilha-Espanha, themis@mpma.mp.br.

3 Geógrafa formada pela Universidade Federal do Maranhão - UFMA. Especialista em Engenharia Ambiental pela Universidade CEUMA – UNICEUMA. Bacharela em Direito pela Universidade CEUMA - UNICEUMA. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade CEUMA – UNICEUMA. Mestranda em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA.

A história já nos mostrou e, não é demais afirmar, que ainda hoje estão a se desenvolver monarquias, aristocracias e democracias, sob as mais variadas formas de representatividade popular, que transitam, outrossim, nos mais variados graus de igualdade e liberdade, diretamente relacionados aos sistemas de governo que adotam.

Nesse caminhar histórico, sistemas e formas de governo se mesclavam ao modo de produção de bens de consumo e, nessa trilha, o gênero humano conheceu os horrores da escravidão, a profunda injustiça do sistema feudal, até que hodiernamente, na pauta do dia, está posta a discussão sobre o sistema capitalista de produção, cada dia mais relacionado à globalização e ao neoliberalismo.

Concretiza-se, assim, no atual momento do gênero humano, o que se convencionou chamar de pós-modernidade, caracterizada por relações humanas profundamente complexas que, a reboque, tencionam as formas tradicionais, até então desenvolvidas, de gestão democrática, forçando a abertura de novos campos e tópicos para discussão sobre as necessidades de alcance de melhores meios para representatividade e, consequentemente, de funcionamento da sociedade política.

Diretamente relacionada a todo o contexto de organização política da sociedade, acima sintetizado, está a questão da legitimidade, ou seja, não obstante a polissemia de tal categoria, na essência, procura-se investigar o que justifica a dominação jurídico-política em determinado espaço e tempo.

Nesta difícil e controversa área da Teoria do Estado e, portanto, da Teoria Política, mesclam-se elementos distintos, haja vista que a legitimidade requer tanto a existência de critérios empíricos, como os que cercam e lastreiam o devido processo eleitoral para escolha representativa, como critérios filosóficos, como indicativos para a correta utilização do exercício de poder atribuído pelo voto.

Enfim, a representação política pressupõe adesão livre e espontânea da população, refletida em um consenso e consequente

obediência às regras do jogo, de maneira que o poder estabelecido seja reconhecido como legítimo e, por essa via, cada cidadão se sinta representado moral, ideológica e filosoficamente por aqueles que exercem o poder.

Eis o ponto de intersecção do presente texto: a partir das relações entre o Direito Eleitoral e a democracia, objetiva-se demonstrar a importância da existência de regras positivadas para o seguro e efetivo exercício das escolhas políticas que redundem em proveito para todo o corpo social.

Entretanto, temos consciência, que a positivação de normas é apenas a consequência de escolhas oriundas da democracia representativa, sendo imprescindíveis, porém, não suficientes para garantir avanços sociais, haja vista que, mais do que o direito de escolha, se faz necessária a possibilidade de análise para tais escolhas, assim como, a capacidade de cobrar pelas mesmas.

A partir de tal posicionamento, defende-se a ideia, segundo a qual, é possível que existam outros meios para o enfrentamento da desigualdade social, que se reflete em cores fortes na violência estrutural, oriunda das más escolhas que efluem dos sistemas eleitoral e político mas, categorias como cidadania ativa, composição demográfica racional e democracia substancial devem entrar em tal contexto de apreciação.

É nessa perspectiva, adotando a posição de Alessandro Baratta, quando da análise sociológica das assimetrias sociais, assim como, de Jürgen Habermas e sua Teoria da ação comunicativa, como indicativo para desenvolvimento das possibilidades de participação dos cidadãos nas escolhas que lhes dizem respeito – enquanto corpo social politicamente organizado –, que intenta-se apontar melhores meios para o exercício da representação política.

O caminho metodológico percorrido passa pela abordagem indutiva – ao nosso sentir a mais adequada para elaboração de pes-

quisas no campo das Ciências Sociais –, posto que em constante busca para ampliar o que até então estabelecido cientificamente sobre o objeto pesquisado.

Não sendo objetivo do presente texto discutir questões metodológicas, entende-se que pela via da indução adentra-se no campo teórico-interpretativo da realidade para, através daquilo que é sobejamente conhecido – entretanto, imune a consensos – se chegar a ilações até então não realizadas; nesse caminhar, respeitando-se as exigências epistemológicas do fazer ciência, mas no âmbito de perspectivas metodológicas abertas e críticas[4], pela via da argumentação intenta-se ampliar o que está estabelecido, passando-se para o desconhecido, do particular para o geral, com o objetivo último de se elaborar uma forma de conhecimento com o necessário rigor científico.

Através de um procedimento jurídico-descritivo e, ao final do texto, jurídico-propositivo, entende-se que a técnica de pesquisa mais adequada para desenvolver e operacionalizar tal abordagem metodológica é o da pesquisa qualitativa de cunho teórico, haja vista que será aprofundada a pesquisa pela via exclusivamente bibliográfica; por se tratar de análise eminentemente conceitual centrada em um tema com recorte bem específico, alheia a questões de ordem técnica ou normativa, transita-se pelo campo da pesquisa jurídico-científica, na qual intenta-se rever teorias e conceitos, com a incessante busca do novo, o que não impede, por certo, o necessário estabelecimento de um diálogo interdisciplinar, com contribuições da Ciência Política, da História e da Filosofia[5].

Para o alcance do desiderato aqui proposto, o texto será dividido em três tópicos, a saber: inicia-se pelo resgate descritivo das relações entre o Direito Eleitoral e a democracia, para, no segundo tópico, apresentar-se uma discussão crítica atualizada sobre o funcio-

4 Assim, Bachelard (1999).

5 Nessa perspectiva, cfr. Gustin e Dias (2015), Minayo (2018).

namento destes institutos de organização social, jurídica e política para, ao final, a partir do marco teórico eleito, apontar-se possibilidades de enfrentamento dos problemas até então levantados.

2. DIREITO ELEITORAL E DEMOCRACIA: A FORMAÇÃO DOS IDEAIS POLÍTICOS E O DESENVOLVIMENTO DA IDEIA DEMOCRÁTICA

O século XVIII, sob a influência dos ideais iluministas, que embasaram a insurgência de vários movimentos políticos, foi palco de revoluções[6] cujos objetivos consistiam na emancipação do povo a partir do gozo das liberdades civis, possibilitando o surgimento dos Estados Republicanos e Democráticos liberais. A especificidade desse século corresponde, além do fato de ter nascido sob a égide do absolutismo, ao modo de compreensão da realidade baseada na racionalidade.

Os movimentos políticos modernos, oriundos daquele período, guiados pelo pensamento racionalista, almejavam a efetivação dos direitos dos indivíduos em face às ações autoritárias do Estado dando ênfase às reivindicações dos cidadãos que buscavam cada vez mais uma postura negativa do poder estatal na vida das pessoas, o que veio a constituir uma nova ordem, de domínio do povo, influenciada pelo princípio da soberania popular.

Assim, categorias como estado de natureza, liberdade, contrato social e sociedade política, passaram a ser utilizadas para a construção de um ideário que desse sustentação à concepção de um Es-

6 Para Bobbio (2004), indubitavelmente, a história das conquistas civis e do gozo das liberdades estão atreladas aos resultados da Revolução Francesa no século XVIII. Foram os princípios políticos instituídos em 1789 que conduziram à busca pela emancipação e pela libertação do povo. Embora os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, objetivados pela revolução, não tenham sido alcançados, a propalação desses ideais permanecem presentes hodiernamente na condução das sociedades ocidentais.

tado Moderno, com o foco voltado para as imprescindíveis relações a serem construídas com a sociedade civil[7].

O liberalismo, como exemplo, foi um movimento abrangente, baseado na conquista de liberdade de consciência e de pensamento, e das formas de produção denominada de *laissez-faire*.

A partir daí foi alicerçado um espaço para a inserção de normas de organização social legitimada pelas pessoas com o fito de garantir, segundo Hayek (1985), o estabelecimento de uma superestrutura normativa que garantiria o gozo dessas liberdades, todas compiladas na Constituição[8].

A condução dos preceitos do movimento constitucionalista[9]

7 Uma esclarecedora síntese histórica sobre as bases fundacionais do contratualismo pode ser encontrada em Guedes e Silva (2013), que assim se posicionam: "Os autores contratualistas preocupam-se em interpretar esse movimento político no período de gênese e consolidação do capitalismo, final do século XVII e primeira década do século XVIII. É um período que demarca a gênese da sociedade moderna, marcada pelos rebatimentos de uma nova forma de produção sob a qual se reconstruía a forma como o homem interpretava as bases de sua relação com o mundo e com os outros homens. Uma nova forma de sociedade nascia e, nela, idealizava-se a orientação da conduta e das escolhas humanas pela razão. Diante disso, diferentes perspectivas foram construídas pelos teóricos e, dentre elas, os contratualistas, para interpretar a constituição dos pactos políticos construídos à luz dos novos paradigmas emergentes nesse contexto".

8 Nas palavras de Habermas (1997, p. 171): "É por meio do Estado que a normatização e a implementação do direito tornam-se uma obrigatoriedade fática, e deixa de depender apenas do poder das liberdades subjetivas e comunicativas e dos poderes das entidades metafísicas e religiosas. A comunidade jurídica necessita dessa instância central autorizada que deve agir em nome do todo: o Estado. É ele que mantém a identidade de convivência juridicamente organizada. Desse modo, um tribunal organizado politicamente e com poder de decisão passa a garantir os direitos fundamentais a "uma justiça independente e imparcial" nos julgamentos, instaurando – com o auxílio do poder politicamente organizado – direitos fundamentais à participação em processos legislativos democráticos. O Estado assume, como instituição, o exercício burocrático da dominação legal efetivada, à medida que a sociedade se serve do *medium* do direito para influir conscientemente em seus processos de reprodução. A decisão de um tribunal só tem chances de obter eficácia em termos de sua execução, se for garantida e sustentada pelo Estado"

9 Segundo Canotilho (2000), o constitucionalismo e o liberalismo modernos correspondem à ideologias comuns entre si, haja vista se constituírem para além do propósito da limitação do poder autoritário e da garantia de direitos individuais, abrangendo os vários domínios da vida política, económica e social, considerando o indivíduo

baseava-se, contudo, na supremacia do indivíduo, agora conduzido pela necessidade de efetivação de seus direitos, na limitação do poder dos governantes, posto que incumbidos de garantir o gozo das liberdades individuais formais, e, sobretudo, na racionalização do poder, extraindo do contexto político as compreensões metafísicas.

O Estado, deste modo, como ente de deliberação das condutas para o convívio social, passou a ser concebido como expressão soberana do povo, fazendo compor uma sociedade pautada na contenção dos desejos individuais para favorecimento das liberdades formais compartilhadas coletivamente, em respeito ao contrato social, cuja promessa fundante seria a de evitar cenários de opressão promovidas deste ente em relação a seus governados.

A modernidade, sob tal prisma, incutiu entre os indivíduos a ideologia de um Estado organizador e provedor dos direitos civis e da segurança das pessoas, sendo necessária, para isso, a realização de um pacto de unidade pela adesão de um acordo baseado na abdicação de parte da liberdade, para a fruição do desenvolvimento moral, social e político de cada um. Surgindo, a partir dessa perspectiva, a noção de comunidade e sociedade política[10].

O engajamento social para a efetivação da ideia democrática, que legitimou a força de muitos homens reunidos em prol da liberdade[11], conduziu a formação do Estado Constitucional

autônomo capaz de desenvolver sua personalidade política e de conduzir livremente sua história.

10 Rousseau (1996) esclarece que o contrato social consiste num pacto de perdas e ganhos para os indivíduos, ao passo que abdicam constantemente de sua liberdade natural, sobrepostas umas às outras, para garantir as liberdades civis garantidas pelo Estado. Entretanto, o gozo dessas liberdades formais tende a ser limitadas pelo próprio Estado para a garantia da liberdade geral.

Sobre a liberdade, Rawls (2000) afirma que os cidadãos se consideram livres quando conseguem refletir e compreenderem-se como participantes de uma sociedade democrática cuja finalidade é a efetivação da justiça política.

11 Sobre a liberdade, Rawls (2000) afirma que os cidadãos se consideram livres quando conseguem refletir e compreenderem-se como participantes de uma sociedade democrática cuja finalidade é a efetivação da justiça política.

Democrático e, consequentemente, das Instituições do Sistema de Justiça.

Este sistema proporcionou a construção e, ainda está a gerar o aperfeiçoamento dos ideais políticos, tornando-os pressupostos fundamentais da própria Democracia, impedindo a imposição de limitações aos indivíduos que não sejam por meio do Direito legislado constitucionalmente respaldado[12].

Desse modo, a própria sociedade, direta ou indiretamente, produz, conforme seu próprio interesse e considerando a regra da maioria – a partir das propostas mais votadas –, decisões que acabam por legitimar, em um primeiro momento, formalmente, o sistema de dominação assente[13].

Importante ressaltar que a fragmentação do poder na condução da sociedade, nos moldes do sistema republicano e democrático, tornou-se o modelo político indicado para melhor desenvolver a governança, haja vista que aquele que possui o poder concentrado em suas mãos tende a cometer excessos. Ademais, no atual estágio de desenvolvimento dos corpos políticos organizados democraticamente, ninguém pode imaginar-se isento da obediência às leis ou tentar moldá-las conforme seus interesses[14].

---

12 Sob esse ponto de vista, Heller (1968, p. 266), destaca a importância da referência axiológica necessária à construção de um sistema jurídico legítimo. Segundo suas palavras: "Ao falar aqui de direitos, referimo-nos, em primeiro lugar, aos princípios morais do direito que constituem a base das normas jurídicas positivas. É imanente a todos estes princípios, cuja validez ideal há de ser suposta, a exigência de uma validez social. Tão-somente como algo que ao mesmo tempo é ser e dever ser tem, em geral, um sentido o dever ser de tais princípios do direito; não se contentam com possuir uma validez de caráter ideal, absoluto, mas aspiram a agir também como preceitos jurídicos até onde seja possível".

13 Sobre o tema, imprescindível a leitura de Goyard-Fabre (2002), para quem o poder político, longe de ser regido por circunstâncias particulares ou contingentes, encontra seus critérios de validade no direito posto, que o condiciona e limita.

14 Heller (1968) nos parece avançar bem na questão quando afirma que o Estado está justificado enquanto representa a organização necessária para garantir o direito de uma determinada etapa de sua evolução, baseado no preceito jurídico que é alicerçado moralmente no princípio ético do direito. Por conseguinte, o princípio ético

Nesta perspectiva de evolução do sistema jurídico-político até agora sintetizada, necessário discorrer sobre a maneira como as escolhas populares pudessem se efetivar, haja vista que, embora a proposta liberal considerasse que as escolhas sociais, políticas e econômicas devessem ser uma deliberação direta do povo, em uma perspectiva literal da ideia democrática e efetivação de liberdades, houve a necessidade de se pensar a condução do Estado a partir de representantes políticos, erigindo, desse modo, mais um direito oriundo de um século de conquistas civis, a saber: o direito ao sufrágio.

O Direito Eleitoral, nesse contexto, está diretamente ligado ao exercício da Democracia, vez que é nele que está disciplinado o modo formal através do qual as pessoas podem exercer direitos intrínsecos às escolhas dos seus representantes que conduzirão o corpo social.

Afirma-se, portanto, que seus fundamentos remontam justamente desse período de insurgência do povo, quando historicamente passou a deter mecanismos eficientes, contra o Absolutismo, de forma que todos os indivíduos passaram a concorrer para a tomada de decisões referentes às suas próprias vidas e ao bem-estar geral.

Desse modo, conclui-se que o Direito Eleitoral, ao formalizar o direito fundamental ao voto, efetivando a fruição do direito à escolha dos representantes políticos de uma sociedade, também pode suscitar – a partir dos processos eleitorais – debates que levem à mudanças estruturais no próprio Estado, justamente quando o interesse comum é modificado e encontra opositores, tudo legitimamente possível, pois pertencente ao contexto da Democracia[15].

---

do direito transmuda-se em preceito jurídico, trazendo consigo a força cogente da norma positiva

15 Rousseau (1996), ao descrever a Democracia, considerou se tratar de um governo sujeito a incompreensões, e vulnerável à tirania, pois se amolda às conjunturas históricas, socioeconômicas, demandando sempre uma vigilância referente aos discursos utilitaristas, de cerceamento de direitos em detrimento de alguma garantia.

Com o devir histórico e no cenário atual, o desenvolvimento das sociedade politicamente organizadas, nas quais as liberdades individuais foram se tornando molas propulsoras para a acentuação das desigualdades sociais, e, por via de consequência, as participações políticas efetivas dos indivíduos nas deliberações sociais foram se tornando cada vez mais dispares e tênues, novas formas de compreender a democracia foram sendo estabelecidas.

Em tal contexto, no qual a democracia formal não é mais capaz de se configurar como sustentáculo de legitimação do sistema, a ideia de democracia substancial ganha força e demonstra um preocupante e paulatino processo social, que se mostra ineficaz na inclusão de pessoas aptas a atuarem, de forma ativa, na escolha de seus representantes, e, deste modo, na participação política das mesmas na condução dos destinos da sociedade[16].

Nesta ambiência social, as Constituições Federais estão a se configurar como as grandes indicadoras e filtros de procedência dos fundamentos jurídicos e políticos apresentados para justificar o exercício do poder, mormente na produção legislativa, seara na qual se deve sempre buscar a conciliação entre os direitos e garantias individuais e as liberdades públicas, entre os interesses do cidadão e os da coletividade[17].

16 Para Bobbio (2004) os pensamentos políticos referentes às conquistas das liberdades civis dos séculos XVII e XVIII evoluíram muito, e, embora sejam vulneráveis a contradições, refutações, limitações, ainda embasam todos os discursos referentes à conquistas e efetivação de direitos das pessoas. Um percurso alicerçado que, embora não tenha efetivado uma sociedade de livres e iguais, não permite facilmente que se volte atrás. Sobre democracia formal e democracia substancial, cfr., em profundidade, Guimarães (2010).

17 Na visão de Habermas (2011), no atual estágio dos sistemas jurídico-políticos, direito e moral são categorias que se pressupõem mutuamente, haja vista que a moral possui uma força socializadora e integradora na sociedade, cuja potencialidade só é possível pela propagação dos seus conteúdos através dos canais das regulamentações jurídica. Desse modo, o sistema jurídico, expressivo de direitos, como um todo, é o novo *habitat* da moral, posto que, por meio dos sistemas normativos revela-se a moral social. Assim, por essa via, o conteúdo moral entra em todas as áreas da vida que são alcançadas por regulamentações jurídicas. Em síntese, para o referido autor, a força da moral está intimamente ligada à força integradora do direito.

Um poder que se pretende justificado deve reunir, dessarte, as qualidades da justificação formal, vista nos sistemas democráticos como o direito de votar e ser votado, redundando na escolha de representantes do povo e pelo povo, como também, de maneira imprescindível, na justificação material, que se estabelece no exercício de poder que reflete os anseios do corpo social e que devem estar consubstanciados na Constituição Federal.

Tal justificação deve refletir enquanto anseio do corpo social, portanto, um consenso mínimo de ideais, de fundamentos morais, de valores e de princípios ideológicos. Assim sendo, sua concretização acaba por refletir o exercício do poder ditado pelas concepções de justiça de determinada coletividade. Neste sentido, a justificação material pode ser entendida como um processo que ocorre não por mera obediência ou aceitação, mas por seu atributo intrínseco de realização da justiça[18].

Assim, pela via da ideia democrática e, consequentemente, através da necessidade de aperfeiçoamento do processo de escolha que dá vida a tal sistema de organização jurídico-política do corpo social, novas perspectivas se abrem, de forma crítica, para a reconstrução de todo o aparato que norteia a legitimação do Estado social, democrático e de Direito, sendo necessária a exposição de tais problemas para a indicação de possíveis formas de enfrentamento, o que será feito no próximo tópico.

3. CRÍTICA PÓS-MODERNA AO EXERCÍCIO ELEITORAL E AOS FUNDAMENTOS DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

É certo que durante todo o trajeto de solidificação dos fundamentos do Estado moderno, muitos foram os percalços que se erigi-

18 Sobre o tema, por todos, cfr. Rawls (1997).

ram contra essa nova forma de gestão da sociedade, se configurando o período entre as duas Guerras Mundiais, assim como, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), como marcos, nos quais, os ideais da modernidade passaram a ser questionados[19] sob a recusa da lógica das inconsistências do movimento liberal, e, sobretudo, pelo surgimento de novos atores sociais buscando a inserção de suas reivindicações na pauta política, contestando a realidade imposta até então[20].

No Brasil, por exemplo, a denominada pós-modernidade compreendeu um momento de importantes transformações[21], com a emergência de vários movimentos sociais que se baseavam na situação concreta da vida das pessoas, o que impulsionou a elaboração de uma nova Constituição, rompendo com os resquícios da modernidade, a partir do aperfeiçoamento da legislação para o tratamento das questões referentes aos direitos e garantias individuais, que se refletem, até a atualidade, no comportamento dos cidadãos e nas atuações das instituições governamentais.

19 Segundo Goyard-Fabre (2002), o Estado moderno, cujo humanismo jurídico, tecido pela filosofia do iluminismo, depositou uma enorme esperança no sistema normativo para organizar seu espaço político, através deste se atribuiu o programa e o desafio de promover e salvaguardar os direitos do homem.

20 Na perspectiva de Gohn (2012), esses novos atores sociais estavam contextualizados em uma condição social especifica, ou seja, compreendidos dentro de uma realidade particular (identidade), pertencente exclusivamente a eles. Entretanto correspondem a uma mesma realidade no que diz respeito a supressão de suas contribuições e conhecimentos mediante a sociedade capitalista. Reagem como movimentos contestatórios das injustiças provenientes do paradigma moderno.

21 Giddens (1991) teoriza a respeito da pós-modernidade, considerando-a um momento da história da humanidade de rupturas com as instituições do período moderno, traçando uma nova trajetória do desenvolvimento social. Uma sociedade com muitas demandas concernentes aos novos sujeitos sociais emergentes, cujas questões políticas não estavam na pauta do dia até então. As pautas da garantia das liberdades sociais passaram, nesse período, a serem consideradas aptas a uma nova análise, considerando o contexto social do pós-guerra. Assim, considera este autor, que o período moderno entra em crise pelo esfacelamento da unidade; o que existe agora são inúmeras perspectivas que dificultam uma linearidade histórica, há uma ruptura com as metanarrativas.

Nessa senda, pode-se inferir que o liberalismo enfatizou as desigualdades que, embora historicamente sempre presentes na sociedade[22], passaram a ser consideradas um "entrave" ao aperfeiçoamento da Democracia, tornando necessária a atuação do Estado, agora de forma positiva, com ações compensatórias para determinados grupos sociais que não vivenciaram durante os séculos pretéritos os direitos adquiridos, por alguns setores, até então. (SOWELL, 2012)

Aliado a todos esses obstáculos, ainda parece prevalecer o valor formal da democracia, cuja legitimidade se exaure nas regras do jogo, basicamente nas regras do jogo eleitoral, do direito de escolha, de votar e ser votado, não se exigindo, em tal âmbito de legitimação do sistema, um mínimo de igualdade real dentre os indivíduos, como ponto de partida para que possam funcionar estas regras de procedimento do modo de escolha dos representantes políticos.

Nessa linha de entendimento, é possível inferir que as liberdades que vieram sendo conquistadas, consignadas paulatinamente nas Constituições modernas, e que conduziram, por exemplo, os indivíduos ao direito de escolha de seus representantes, muitas vezes constaram como meras formalidades, isso porque as sociedades se constituíram e permanecem em meio a desigualdades sociais e econômicas[23] e, embora tais liberdades tenham influenciado no aperfeiçoamento da própria Democracia, não foram suficientes para dimi-

22 Rawls (2000) considera que a sociedade, por sua própria composição, é desigual e tendente aos conflitos e injustiças sociais, haja vista as divisões referentes às compreensões metafísicas, filosóficas e morais e as divergências conflitantes e incompatíveis referentes à realidade de cada um.

23 Na visão de Baratta: "A forma da mediação jurídica das relações de produção e das relações sociais na sociedade capitalista moderna (o direito igual) é ideológica; o funcionamento do direito não serve, com efeito, para produzir a igualdade, mas para reproduzir e manter a desigualdade. O direito contribui para assegurar, reproduzir e mesmo legitimar (esta última é uma função essencial para o mecanismo de reprodução da realidade social) as relações de desigualdade que caracterizam a nossa sociedade, em particular a escala social vertical, isto é, a distribuição diferente dos recursos e do poder, a consequência visível do modo de produção capitalista". (BARATTA, 1999, p. 213)

nuir estas disparidades, já que os elementos básicos para o exercício da cidadania não são usufruídos equitativamente[24].

Esse estado de coisas não passou despercebido pelos estudos desenvolvidos na seara do controle social, em especial pela Criminologia Crítica, que categorizou a diferença estre as promessas democráticas e o déficit no alcance do mínimo existencial para a fruição de uma vida digna como violência estrutural.

A violência estrutural, vista como uma das possibilidades de desencadeamento da violência criminal[25], foi sintetizada como a seara na qual ainda estão presentes no meio social, em pleno século XXI, lesões, doença ou morte em razão de pobreza e desigualdade; condições extremamente desfavoráveis no ambiente de trabalho que acabam por acarretar riscos ao consumidor; poluição e desequilíbrio ambiental colocando a própria vida do planeta em risco; sexismo, racismo e exclusão étnica, que tornam as relações comunitárias cada vez mais tensas.

Todas as mazelas acima apontadas, nas quais adicionaríamos o déficit, alimentar, educacional, de moradia, de transporte e de pleno emprego são preveníveis mas, a *contrario sensu*, acabam por serem

24 A constituição de uma sociedade que almeja o bem comum, no entanto é composta de uma variedade de interesses e particularidades que sobrepujam o coletivo, Arendt (2007, p. 67) destaca que: "[...] nas condições de um mundo comum, a realidade não é garantida pela «natureza comum» de todos os homens que o constituem, mas, sobretudo pelo fato de que, a despeito de diferenças de posição e da resultante variedade de perspectivas, todos estão sempre interessados no mesmo objeto. Quando já não se pode discernir a mesma identidade do objeto, nenhuma natureza humana comum, e muito menos o conformismo artificial de uma sociedade de massas, pode evitar a destruição do mundo comum, que é geralmente precedida pela destruição dos muitos aspectos nos quais ele se apresenta à pluralidade humana".

25 É exatamente esse o ponto destacado por Baratta (1991, p. 263) na relação entre a violência estrutural e a violência criminal que, para parte da população vulnerável social e economicamente, representa a entrada no cárcere. Para o autor, somente uma sociedade que se proponha a resolver, pelo menos em certo grau, os próprios conflitos e desigualdades, superando a violência estrutural, pode afrontar com êxito o problema da violência individual e, por via de consequência, da violência criminal.

facilitadas pelo próprio Estado, por ação ou omissão, acarretando como consequência a perda de vidas, saúde, recursos econômicos e autonomia, devido à má gestão que permeia grande parte dos sistemas jurídico-políticos no mundo, mormente daqueles situados nos países emergentes[26].

Assim, longe de haver uma evolução no gozo das liberdades individuais, a fruição dos direitos políticos, pressuposto da democracia, não foram efetivadas pelas diversas mazelas sociais apontadas, que geram uma apatia política ou mesmo uma despolitização das massas que, não tendo sido superadas durante os séculos de desenvolvimento do Estado Moderno, apresenta-se, hodiernamente, como uma verdadeira vulnerabilidade substancial do governo democrático[27].

Além disso, as liberdades individuais passaram a conduzir o afrouxamento dos vínculos sociais, pela preponderância dos interesses de cada um em detrimento dos coletivos, refletindo, tudo isso, no processo de escolha dos governantes.

O modelo democrático tornou-se um grande desafio, haja vista que as instituições representativas dessa forma de governo, conforme Rawls (2000), estariam sempre sobre a expectativa de permanecerem estáveis diante da pluralidade social e das variadas interpretações sobre a realidade.

No que pertine ao sistema eleitoral, em específico, inúmeros são os problemas atrelados ao mesmo. Nessa esfera, diversos sistemas

26 Para maior aprofundamento na temática, consultar Baratta (1999), Michalowski (2010)

27 Na visão de Habermas (1997), a possibilidade de legitimação dos sistemas jurídico-políticos a partir da legalidade á absolutamente dependente do grau de liberdade de um povo, refletido ou imanente ao grau de desenvolvimento da liberdade comunicativa. Assim sendo, para o autor em referência, o sistema dos direitos assume, a partir da perspectiva da ação comunicativa, uma nova dinâmica e estrutura interna, ou seja, é imprescindível que o cidadão participe efetivamente dos processos de legitimação da normatização da sua convivência em comunidade pela via da formação discursiva da opinião e da vontade.

político-eleitorais – incluído o brasileiro – apresentam déficits de representatividade, excesso de partidos políticos, alto custo financeiro, partidos políticos com pouca abertura democrática, abuso de poder econômico, dentre tantas outras mazelas que acabam por incidir diretamente na legitimidade das escolhas que de tais sistemas se originam[28].

Do exposto, percebe-se que o exercício da democracia, no caso a democracia substancial, está diretamente conectado as possibilidades carreadas pelo próprio sistema eleitoral para que possam se tornar efetivas as promessas que fundamentaram a constituição deste novo modelo de sistema de gestão política da sociedade, denominado de Estado democrático.

Em síntese, a nova configuração dos Estados moldada ao longo da história recente, cujas bases fundantes pensadas no Iluminismo se basearam na separação dos poderes governamentais, mas, sobretudo, na subordinação dos mesmos ao Direito, está em processo de evolução e, atualmente, traz consigo, de forma imanente, a promessa de análise de questões sociais insurgentes que gerem a reflexão e necessário enfrentamento dos problemas da sociedade, pela necessária via das escolhas democráticas inerentes aos modernos sistemas eleitorais.

Ademais, como tentativa de superação dos desafios que se apresentam aos sistemas político-jurídicos vigentes e como consequência direta dos ideais democráticos acima referidos, uma vasta pauta de reivindicações sociais e ações de resistência de grupos minoritários passaram a ser legitimadas pelas Constituições mundo afora, dando às mesmas um caráter contra majoritário, cuja perspectiva seria a de garantir a universalização de direitos.

Não obstante o expendido, importante frisar que, no Brasil, para a concretização desses ideais foi necessária a inclusão dos Direitos

28 Barroso (2020) em entrevista concedida para o programa Poder em Foco faz uma profunda análise do sistema eleitoral brasileiro.

Políticos na Constituição Federal de 1988, em seu art.14[29], sob a influência das diretrizes da época, como o da dignidade humana, considerando, por exemplo, a universalização do sufrágio para a condução das questões políticas, passando, assim, o país ao estágio de Estado Democrático, Social e de Direito, sem, contudo, ter havido até o presente resultados efetivos ou satisfatórios no exercício do nosso sistema democrático, o que está a se refletir na incapacidade política do Estado em minimizar os efeitos deletérios da ausência de justiça social.

É a partir desta perspectiva que algumas possibilidades serão apresentadas no próximo tópico, como forma de enfrentamento do problema.

4. CIDADANIA ATIVA, COMPOSIÇÃO DEMOGRÁFICA RACIONAL E AÇÃO COMUNICATIVA COMO PRESSUPOSTOS DO EXERCÍCIO ELEITORAL PARA RESGATE DO IDEAL DEMOCRÁTICO

Apresentados os fundamentos teóricos de justificação do modelo político pautado na democracia representativa, cujo meio operacional é alicerçado no Direito Eleitoral e as profundas correlações entre ambos, pela via do amplo direito de votar e ser votado, assim como, as mais reiteradas críticas a este modelo de ordenamento governamental, necessário se faz investigar as possibilidades que se nos apresentam no horizonte das correções, não só possíveis, mas desejáveis para o desenvolvimento e fortalecimento deste sistema que como dito alhures, é o pior que existe, exceto todos os outros.

Em busca de tal desiderato, os caminhos a serem percorridos devem ter por referência o ideal democrático que, como aci-

29 O artigo 14 da Constituição Federal do Brasil compreende o princípio da soberania popular, em relação à condução política da sociedade, considerando os preceitos do Estado Democrático de Direito, além da garantia individual universal ao sufrágio.

ma exposto, ultrapassam em muito o aspecto meramente formal da democracia, para alcançar seu aspecto substancial no sentido mais profundo, a saber: a fruição de uma vida digna, pautada no mínimo existencial.

Assim, como pressuposto fundamental da possibilidade democrática e, por via de consequência ou correlatamente, como justificação da existência do próprio Estado, deve se afigurar a permanente construção de um sistema que garanta a fruição das liberdades democráticas[30], ou seja, deve ser concreta a possibilidade de convivência coletiva pautada, antes de mais nada, em um sistema que combata as desigualdades sociais refletidas na profunda violência estrutural que permeia grande parte das populações dos países que, embora formalmente democráticos, ainda se encontram na zona cinzenta de desenvolvimento humano.

Em um ambiente no qual a cidadania possa ser exercida de modo pleno, levando ao aprimoramento da democracia e a incessante busca dos meios para alcance de uma existência digna dirão se é legítimo ou não o exercício democrático, dirão exatamente se o modo como está a ser desenvolvida a soberania popular se coaduna com os princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

Nessa linha doutrinária, defende-se a ideia de que o aprimoramento do Estado Democrático, passa pelo alcance da democracia substancial (ou material), que se fundamenta na dignidade da pessoa humana e se expressa necessariamente através do exercício da cidadania, exercício esse que exterioriza a fruição dos direitos e liberdades fundamentais, de maneira ampla e irrestrita e reflete a participação direta das pessoas que compõem o corpo social nas escolhas que garantam tal fruição[31].

30 Um aprofundado estudo sobre a democracia, em seus aspectos formal e material, e as intrínsecas ligações com o exercício da cidadania pode ser encontrado em Guimarães (2010).

31 Outro não é o pensamento de Bobbio (2000, p. 32), para quem: "[...] mesmo para

Democracia e cidadania, portanto, são instituições umbilicalmente ligadas. A democracia real facilita o acesso à ampla cidadania e dela precisa para se manter e continuar efetiva. Ambas, assim, se pressupõem, razão pela qual não se chega à plena democracia sem o exercício da cidadania, assim como não existe cidadania plena sem o exercício da democracia.

Nesse caminhar, a cidadania real e concreta há que pressupor – mais ampla que os direitos de sufrágio, frise-se – a aproximação dos sujeitos enquanto indivíduos, para que em um âmbito coletivo reivindiquem a realização de direitos socioeconômicos, através da efetiva participação no processo de elaboração e controle de políticas públicas que concretizem tais aspirações populares, evidenciando, assim, a necessária politização na luta por tais direitos e, principalmente, pela manutenção destes, vez que para que se construa uma democracia, necessária a realização da cidadania[32].

---

uma definição mínima de democracia, como é a que aceito, não bastam nem a atribuição a um elevado número de cidadãos do direito de participar direta ou indiretamente da tomada de decisões coletivas, nem a existência de regras de procedimento como a da maioria (ou, no limite, da unanimidade). É indispensável uma terceira condição: é preciso que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra. Para que se realize esta condição é necessário que aos chamados a decidir sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação etc. – os direitos a base dos quais nasceu o Estado liberal e foi construída a doutrina do Estado de direito em sentido forte, isto é, do Estado que não apenas exerce o poder ***sub lege,*** mas o exerce dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos "invioláveis" do indivíduo".

32 Para Andrade (1993, p. 130), não é mais possível dissociar ou abstrair-se o discurso da cidadania das condições materiais de produção e existência em que os indivíduos se inserem. Assim, trata-se de pensar a cidadania de indivíduos histórica e socialmente situados, haja vista ser a partir de tal contexto que se engendram as identidades e os conflitos e se criam as condições para a emergência de sujeitos políticos. A cidadania, portanto, pressupõe uma referência espacial e temporal. Em relação ao Brasil, especificamente, a autora defende a ideia, segundo a qual, o esquadrinhamento da questão da cidadania na sociedade brasileira contemporânea permite visualizar a materialização que caracteriza seus potenciais democráticos, ou seja, a existência de uma pluralidade de discursos enunciados pelos sujeitos sociais, erigindo a cidadania em espaço político de reivindicações de direitos; seja de velhos

Percebe-se, deste modo, ser imprescindível ultrapassar as fronteiras de uma democracia meramente formal[33] para que se possa entender como procedentes os fundamentos apresentados para legitimar um sistema político estabelecido, vez que somente através da concretização de uma democracia plena ou substancial, na qual os indivíduos tenham efetiva capacidade de escolha, ou seja, exerçam uma cidadania ativa que paulatinamente vai se transformando em cidadania democrática, é que se alcançarão as exigências mínimas de validade do pacto social.

Dessa forma, explicitados o que acredita-se serem os fundamentos do exercício político no Estado democrático, social e de direito, feitas as devidas aproximações com as categorias que levam a este entendimento, parte-se do inafastável pressuposto, segundo o qual, só quem pode garantir a elaboração legislativa eleitoral coerente e a sua aplicação justa, segura e igualitária é a concretude democrática, através de uma composição demográfica racional[34], formada a partir do exercício individual da cidadania ativa.

---

direitos de efetividade nula ou relativa, seja de novos direitos ainda não reconhecidos legalmente e nem institucionalizados.

33 Segundo Guimarães (2010, p. 145) "A democracia, no seu aspecto formal, sempre é vinculada aos procedimentos ou, conjunto de regras, anteriormente estabelecidas, que devem definir as relações de poder, ou seja, quem vai decidir e como deverá se decidir. A força motriz da democracia formal é a regra da maioria, ou seja, é vencedora a proposta mais votada, ainda que, quando da efetivação de tal escolha, ela possa refletir – através dos representantes eleitos – uma melhor distribuição de oportunidades ou, ao contrário, apenas a legitimação dos resultados obtidos".

34 Termo inicialmente cunhado por Gramsci (1978) quando da análise do desenvolvimento do capitalismo americano sob as doutrinas do Americanismo e do Fordismo e que aqui é tomado na acepção da capacidade intelectiva dos indivíduos fazerem suas escolhas, o que leva ao exercício de uma cidadania ativa, com influência direta nos rumos da democracia representativa, ou seja, todos os problemas ligados à política, somente serão solucionados no próprio âmbito desta, é dizer: precisa-se avançar na órbita de implementação de uma democracia substancial, na qual, em um contexto ideal, todos os membros do corpo social possam fazer escolhas responsáveis, de maneira racional. Imprescindível que os componentes da sociedade aprendam a controlar o poder que disponibilizam para seus representantes legais.

Em síntese, como alhures insistentemente repetido, o exercício político tem como pressuposto, assim como consequência, uma imprescindível participação dos cidadãos, o que configura a cidadania ativa e, por esta via, paulatinamente, vai se construindo uma composição demográfica racional, na qual as capacidades de escolha política e gerenciamento daquilo que programado e que deram origem a tais escolhas para representação política da comunidade, vão se intensificando, acarretando, como profícua conclusão deste processo democrático, o monitoramento e a cobrança pela efetivação de todas as políticas propostas.

Tal fiscalização e ajustes devem se originar dos consectários de uma democracia ideal, na qual a cidadania ativa acabará por configurar uma composição demográfica racional, levando a uma ambiência onde, senão a totalidade, mas a maioria do corpo social vai estar em condições de, no exercício da democracia representativa, fazer escolhas e cobrar de seus representantes pelas escolhas feitas.

Nessa perspectiva, Habermas (2012), através de sua Teoria da ação comunicativa, defende a ideia, segundo a qual, as soluções para os problemas da sociedade passam por atos de comunicação entre sujeitos livres e iguais, capazes de através do diálogo racional deliberar sobre escolhas que produzam efeitos em seu próprio entorno[35].

Esta posição reflete, de forma clara, o repúdio do referido autor à visão da irracionalidade das massas, teoria que defende não estarem a maioria das pessoas qualificadas para a tomada de decisões, em razão da falta de preparo para tal mister.

35 Para Habermas (2002), a interação é a forma de alcançar uma sociedade mais democrática, ou seja, pela via da interação social deve ser substituída a razão prática pela razão comunicativa e, através de um discurso com bases éticas construir e fundamentar uma comunicação da qual possa emergir uma razão partilhada pelos sujeitos. Assim sendo, o diálogo é o caminho para a construção de uma sociedade mais igualitária e tolerante, sempre mediada pela linguagem. Tomando por referência a ética do discurso, os argumentos apresentados pelos participantes da construção de um consenso possível não podem ser vazios de sentido ou falsos porque, se assim forem, não se sustentarão e, consequentemente, serão descartados pelos outros componentes do diálogo.

Para tanto, entende ser possível a participação política esclarecida – categoria neste trabalho utilizada como composição demográfica racional – pela via da necessidade de serem ativadas ferramentas que melhor possibilitem aos integrantes dos debates, enquanto atores da esfera do mundo da vida, uma capacitação prévia mínima que permita aos mesmos a efetiva participação nos atos de ouvir, compreender, falar e optar pela melhor escolha, que leve ao consenso verdadeiro – categoria aqui denominada de cidadania ativa.

Em síntese, a ação comunicativa, desenvolvida a partir do paradigma do giro linguístico, possibilita a formulação de pretensões de validade criticáveis entre cidadãos livres e iguais, submetidas, portanto, a crítica intersubjetiva destes participantes do debate – falantes e ouvintes – como exercício pontual da cidadania, em busca do entendimento sobre as melhores escolhas a serem feitas, sobre o melhor caminho a seguir, enfim, em busca do consenso verdadeiro[36].

Atento às dificuldades de implementação real de suas proposições, muitos são os desafios percebidos pelo autor para que se possa progredir na inserção dos sujeitos sociais na seara de solução de suas próprias reivindicações, haja vista, que a racionalidade cultural que deve permear o mundo da vida, refletida em boas escolhas comunitárias encontra, no âmbito do seu desenvolvimento, o significativo obstáculo da racionalidade social, sistêmica, defendida por grupos de interesses que, em detrimento do bem estar comum, defendem os interesses do dinheiro e do poder.

Tal configuração social acaba por produzir patologias sociais, denominadas por Habermas (2012) como desengate entre os interesses do mundo da vida e os interesses do sistema político-jurídico

36 Um trabalho que foca na utilização da Teoria da ação comunicativa para implementação de políticas públicas, na perspectiva dos interesses sociais, pode ser encontrado em, Alves (2017) que, ademais, se configura como uma boa introdução às categorias habermasianas.

estabelecido, gerando dissociação entre ambos e, por via de consequência, um profundo déficit de legitimação de tal sistema[37].

Do exposto, pode-se inferir sem maiores dificuldades, serem profundas as convergências entre os pensamentos de Alessandro Baratta e Jürgen Habermas que, através de categorizações distintas acabam por compartilhar um mesmo entendimento[38].

É nítida a similitude entre a categoria dissociação, desenvolvida por Habermas, enquanto desconexão entre os anseios e, portanto, consensos comunitários pelo desenvolvimento social e a elaboração legislativa e, consequentes, decisões e implementações dos poderes competentes representantes do sistema que, amiúde, estão sendo pautadas na perspectiva de interesses do dinheiro e do poder e a categoria violência estrutural que, como exposto acima, explicita toda esta problemática, que traz como consequência certa a violência criminal.

Ademais, a teoria de Habermas ao apresentar a possibilidade de inclusão e engajamento dos cidadãos no processo de tomada de decisões, pressupondo a participação destes integrantes do corpo social na produção de um diálogo orientado para o entendimento que

37 Em idêntico posicionamento, pouco antes de sua morte, em um de seus últimos trabalhos, Baratta (2001, p. 8, tradução nossa) ratificava sua postura humanista ao afirmar que "Uma política integral de proteção e satisfação dos direitos humanos e fundamentais não é só um modelo possível (mas improvável), alternativo àquele existente (mas não necessário): esse é também um modelo legítimo, porque corresponde à validez ideal das normas, contidas na Constituição do Estado social de direito, ao direito internacional de direitos humanos e à demanda social de implementação destas normas".

38 Segundo Baratta (2004, p. 425, tradução nossa), "Outra coisa é a comunicação política de base, na qual, efetivamente, em todos os espaços públicos permitidos, desde os espaços institucionais até os espaços da comunidade, das comunidades locais, dos partidos, das associações, dos movimentos sociais dos portadores de necessidade, é dizer, dos cidadãos – neste conceito amplo de cidadania que eu trato de utilizar – se trata de permitir, de emancipar uma comunicação entre portadores de necessidades, segundo o princípio de Habermas, livre do poder. Uma articulação livre do poder, emancipada do efeito perverso que produz uma opinião pública manipulada".

gere um consenso verdadeiro, acaba por apontar para um Estado efetivamente democrático, no qual os direitos fundamentais e a democracia fazem parte do contexto, refletindo, de forma direta, o que denominado pela Criminologia Crítica de cidadania ativa e composição demográfica racional, pressupostos da democracia substancial.

Por fim, enquanto não alcançado os níveis de representatividade democrática necessários ao pleno desenvolvimento das sociedades politicamente organizadas sob os indicadores do Estado moderno, assim como, considerada a possibilidade do dissenso na prática comunicativa – inerente aos sistemas democráticos, haja vista a complexidade que envolve a sociedade moderna multicultural – o direito posto se configura como a resposta possível, vez que é o produto advindo da democracia possível que, na mesma esteira do Direito Eleitoral, estão em constante processo de evolução.

5. CONCLUSÃO

Em razão de todo o contexto histórico sintetizado, pode-se concluir que os sistemas jurídico-políticos, mormente aqueles embasados na ideia democrática de amplo acesso ao direito ao sufrágio, garantido pelas normas positivadas de Direito Eleitoral, ainda estão em franco e paulatino processo de desenvolvimento, apresentando os mesmos vários déficits de legitimidade e, portanto, vários percalços a serem superados.

E isso porque a busca pela efetivação e gozo das liberdades civis sempre esteve presente na modernidade e, de forma mais contundente, quando os indivíduos passaram a compreenderem-se integrantes de uma sociedade conduzida pelos seus próprios anseios, na tentativa de concretização da ideia democrática e, consequentemente, da justiça política o que, efetivamente, já em plena contemporaneidade, ainda não foi alcançado.

Ademais, pode-se concluir que foram relativos os avanços quando da condução das formas de Governo democráticas, onde o povo, de certa forma, exerce a soberania, vez que os habituais reveses que permeiam a realidade das sociedades politicamente organizadas, conduziram esta sociedade política para uma reflexão mais aprofundada sobre no que consistiriam essas liberdades, assim como e, principalmente, se o gozo delas é efetivo no âmbito de uma democracia que teima em se apresentar como meramente formal.

Entre tantos avanços e retrocessos, de forma concreta, ao longo de todo esse desenvolvimento histórico do Estado moderno, permanecem as reivindicação pela diminuição das desigualdades sociais, não enfrentadas de maneira eficaz até então, o que acarreta o impedimento da fruição equitativa dos direitos fundamentais declarados, é bom que se frise, universalmente, desde a segunda metade do século XX.

Conclui-se, portanto, que os déficits sociais do Estado contemporâneo, denominados de violência estrutural, estão a ferir de morte a ideia democrática, vez que a maioria que decide é a mesma que não tem acesso ao mínimo existencial ou, em outras palavras, não tem respeitados os princípios básicos que garantam uma existência digna.

Em síntese, pode-se concluir, que todas as promessas fundantes do moderno Estado social, democrático e de Direito, que apontavam para uma maior igualdade na fruição de direitos básicos, garantidores de uma vida pautada no mínimo existencial, ainda apresentam profundas falhas de implementação o que, como consequência concreta, acarretam um enorme déficit de legitimidade nos sistemas jurídico-políticos responsáveis por tal situação.

Em meio a este cenário conturbado e, como forma de possível correção das assimetrias que são inerentes aos atuais sistemas jurídico-políticos, conclui-se que o Direito Eleitoral é em instrumento imprescindível para efetivação da democracia, haja vista que consiste

na possibilidade real de exercício de poder do povo, através do voto, para a escolha livre e espontânea dos representantes que conduzirão os destinos jurídicos e políticos do corpo social.

Discutir e fazer evoluir o devido processo eleitoral é garantir para além da legitimidade da soberania do povo, a possibilidade de resultados que garantam as necessárias mudanças, entretanto, conclui-se que isto só é possível quando a comunidade política esteja apta a analisar suas próprias escolhas e cobrar resultados de seus representantes que gerem avanços sociais e, consequentemente, o aperfeiçoamento da própria democracia.

De tão consistentes inter-relações entre o Direito Eleitoral e a democracia, conclui-se que é imprescindível a evolução da democracia meramente formal, que se exaure no direito de votar e ser votado, para uma democracia substancial, na qual os cidadãos tenham efetiva capacidade de escolha enquanto cidadãos ativos e, possibilitem por esse caminho ativo de cidadania, formar um corpo social com status de composição demográfica racional que nada mais é que a configuração social majoritária de cidadãos ativos.

Assim, a formação dos Estados Democráticos de Direito, consistiria para a história, na tentativa do aperfeiçoamento da condução política para a concessão ao indivíduo do status de cidadão, alcançando o aspecto substancial da democracia que pressupõe, através de boas escolhas, a fruição dos direitos fundamentais entre todos.

Para tanto, na esteira do que proposto por Alessandro Baratta e Jürgen Habermas, o caminho para uma efetiva e eficaz participação política que possa retratar os interesses do mundo da vida, pelo combate a violência estrutural, garantindo a fruição das promessa fundantes do moderno Estado Social, Democrático e de Direito é a participação política ativa, consciente e consistente daqueles que compõem o corpo social, ou seja, pela via da cidadania ativa, refletida na participação de sujeitos ouvintes e falantes no processo comunicacional intersubjetivo, almeja-se alcançar um consenso verdadeiro,

cujas proposições se pautem nos interesses da coletividade e não nos interesses do sistema – dinheiro e poder -, concretizando-se, assim, a composição demográfica racional, pressuposto de uma democracia substancial ou de uma plena concretude democrática.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Márcio Maia. **Ministério Público e políticas públicas**. Ação comunicativa e participação popular para a efetividade dos interesses sociais. Curitiba: Juruá, 2017.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Cidadania:** do direito aos direitos humanos. São Paulo: Acadêmica, 1993.

ARENDT, Hannah**. A condição humana.** 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico:** contribuição para uma análise do conhecimento. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

BARATTA, Alessandro. Resocialización o control social – por un concepto crítico de reintegración social del condenado. In: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. (Org.). **Sistema penal para o terceiro milênio**: atos do colóquio Marc Ancel. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 251-265.

_____. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

_____. Seguridad. Capítulo Criminológico. Revista de las disciplinas del control social. Maracaibo, v. 29, n. 2, p. 3-24, junho/2001.

_____. Criminologia y Sistema Penal. Compilación in memoriam. Buenos Aires: Euros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Entrevista concedida ao programa Poder em Foco, 2020. Acesso em 17/03/2020. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=H6NflNcmpmA

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** São Paulo: Almedina, 2000.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GOHN, Maria da Glória M. **Novas teorias dos movimentos sociais.** 4. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2012.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAMSCI, Antonio. **"Americanismo e fordismo"**. Tradução de Manuel Cruz. São Paulo: Martins Fontes, 1978.

GUEDES, Olegna; SILVA, Silmara Carneiro e. **Emancipação**, Ponta Grossa, Número especial, 2013, p. 133-143.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. **Constituição, Ministério Público e Direito Penal**. A defesa do Estado Democrático no âmbito punitivo. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica:** teoria e prática**.** Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

HABERMAS, Jürgen**. A inclusão do outro:** estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro; Templo Brasileiro, 2011.

_____. **Teoria do agir comunicativo.** Racionalidade da ação e racionalização social. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HAYEK, Friedrich August Von. **Direito, Legislação e Liberdad**e: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. São Paulo: Visão, 1985.

HELLER, Herman. **Teoria do Estado**. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.

MICHALOWSKI, Raymond. In search of 'state and crime' in state crime studies. In: CHAMBLISS; William J.; MICHALOWSKI, Raymond; KRAMER, Ronald (eds.) **State Crime in Global Age**. Devon-UK: Willan, 2010. p. 13-30.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. (ORG.). **Pesquisa Social. Teoria, método e criatividade.** Petrópolis: Vozes, 2018.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. **O Liberalismo político.** Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social.** Trad. Antonio de Paula Danesi. – 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SOWELL, Thomas. **Conflito de Visões:** origens ideológicas das lutas políticas. Trad. Margarita Maria Garcia Lamelo. São Paulo: É Realizações, 2012.

A SUSTENTABILIDADE COMO NOVO PARADIGMA DO ESTADO MODERNO: Desafios da democracia e da política no Século XXI

Dimis da Costa Braga[1]

1. INTRODUÇÃO

Segundo Aristótoles[2], a política divide-se em ética e política propriamente dita: enquanto a primeira se propõe à busca da felicidade individual, a segunda visa à felicidade do ser humano no sentido coletivo, enquanto pessoa inserida no contexto social.

A felicidade no plano coletivo a que se refere o Estagirita nada mais é do que a satisfação das necessidades materiais e espirituais que só podem ser realizadas no contexto social. Esse contexto, na antiguidade, dizia respeito à uma coletividade via de regra limitada e específica, a *polis*.

Conforme Cruz[3], a humanidade assiste hodiernamente, na chamada era da pós-globalização, vertiginosa ampliação da complexidade social. É perceptível que essa complexidade exacerba a realidade assimétrica das condições de vida das sociedades humanas, em que o contexto das relações sociais da pessoa e das instituições

1 Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas. Especialista em Processo Civil pela Universidade do Amazonas (Federal) e em Direito Público pela Faculdade Maurício de Nassau. Professor da Universidade do Estado do Amazonas. Juiz Federal. Ex-Juiz Titular e Substituto dos Tribunais Regionais Eleitorais do Amazonas e de Rondônia e ex-Juiz da Propaganda Eleitoral do Amazonas.

2 ARISTÓTELES. A política. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 13.

3 CRUZ, Paulo Márcio. Transnacionalização, sustentabilidade e o novo paradigma do Direito no século XXI. In Meio Ambiente, transnacionalidade e sustentabilidade. CRUZ, Paulo Márcio; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; GARCIA, Marcos Leite (Orgs.), Vol. I. Itajaí: Univali, 2014, p. 93.

se amplia, não raras vezes, para muito além de sua cidade ou de seu Estado, podendo ser, tanto física como virtualmente, para além da coletividade de seu próprio país.

Nessa realidade complexa, em que as características dos agentes políticos são comparados mundialmente, as lideranças políticas locais são questionadas e desacreditadas, e ainda segundo Cruz[4], o regime jurídico-político do Estado em sua dimensão nacional não mais se mostra suficiente para prover a solução de todos os problemas, que não se circunscrevem aos limites de seus territórios, e ainda que sua soberania não seja, geralmente, formalmente questionada, os instrumentos jurídicos disponíveis parecem ser insuficiente para concretizar a imposição do denominado *jus imperii* diante do fenômeno da transnacionalidade.

A questão que se põe é se os agentes políticos no Brasil estão se apercebendo dessas mudanças e da necessidade de se reciclarem para os desafios que delas decorrem. Ora, são eles que atuam no espaço estatal, e mesmo considerado insuficiente, o Estado ainda se constitui no lócus central das discussões, identificação dos problemas econômicos e sociais e encaminhamento das soluções no campo da política, embora não seja mais o único ator que se apresenta no desempenho desses misteres.

Por tudo isso, parece evidente que assistimos, diante de nossos olhos, à uma radical mudança dos paradigmas jurídico-políticos que serviram de fundamento à formação, transformação e sedimentação do Estado constitucional como base fundamental da estruturação da sociedade humana; esse novo viés paradigmático está a exigir da ciência humana um esforço metodológico capaz de desenvolver novos modelos apropriados ao enfrentamento adequado aos grandes desafios que se apresentam.

Isso é o que se vê na superfície. Na face submersa do iceberg de dificuldades e desafios que emergem dessa nova realidade, movimen-

4 CRUZ, Paulo Márcio. Ob. Cit., p. 90.

tam-se os agentes políticos que conduzem o Estado brasileiro – ainda o indutor das soluções na sociedade multifacetada e transnacional –, em regra, todavia, pautados pelos paradigmas superados em sua adequabilidade para a realidade atual, os quais, ou são abandonados e substituídos por condutas sustentáveis, ou levarão, a pouco e pouco, o meio ambiente à uma situação de falência irreversível.

Propõe-se este artigo a discutir o conteúdo e o alcance desse novel paradigma jurídico-político, cuja inafastabilidade e aplicabilidade precisa ser reconhecida como uma imposição imediata, haja vista o fenômeno da transnacionalidade, em que, ainda que os problemas mais graves e evidentes trespassem os limites territoriais da soberania, permanece a ação indutora do Estado através da política, da qual se espera seja desenvolvida por agentes efetivamente capacitados para exercer a liderança que deles se exige para planejar, coordenar e executar, pautados no conhecimento, na ética e no equilíbrio, e ancorados no paradigma da sustentabilidade em suas diversas dimensões, que serão explanadas neste artigo, as medidas necessárias ao enfrentamento dos desafios presentes e futuros.

Como já advertia Aristóteles em sua A política[5]:

> Assim como deve o tecelão, o construtor naval ou qualquer outro artífice, dispor, antes de mais nada, dos materiais indispensáveis ao seu gênero de trabalho, porque o produto de sua arte será necessariamente tanto mais perfeito quanto melhores forem esses materiais, assim também o estadista como o legislador devem contar com a matéria-prima apropriada aos seus desígnios. Ora, os primeiros elementos exigidos pela ciência política, além de um solo de extensão e propriedades favoráveis, são homens que, pelo seu número e pelas suas qualidades, sejam quais devam ser.

5 ARISTÓTELES. A política. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 16.

2 DOS PARADIGMAS CLÁSSICOS DO DIREITO E DO ESTADO AO PARADIGMA DA SUSTENTABILIDADE

Em vias de superar, neste primeiro quartel do novo século, as fases do liberalismo e do socialismo que resultaram, em maior ou menor medida, em submissão do homem pelo homem, o paradigma jurídico-político no terceiro milênio é o da sustentabilidade, que tem por missão equacionar o desenvolvimento humano em todas as camadas sociais, pautado nos valores da solidariedade, da fraternidade e do compartilhamento do conhecimento, maior instrumento de produção de riqueza na quadra atual, assegurando o usufruto dos recursos do planeta às gerações presentes e futuras e a perpetuação da vida na Terra[6].

Mas o que se pode denominar um paradigma no contexto das ciências jurídico-filosóficas? Paradigmas são modelos ou concepções de sociedades que abrigam os valores e princípios vigentes e que sustentam esta mesma sociedade como sistema[7]. Segundo Kuhn[8], são realizações da comunidade científica que viabilizam modelos de problemas e soluções para os fenômenos estudados por essa mesma comunidade em determinado tempo. Habermas[9] os caracteriza como visões exemplares de uma comunidade jurídica acerca de como um sistema de direitos e princípios constitucionais podem ser comunicados e realizados no contexto de uma dada sociedade. Ao

6 BRAGA, Dimis da Costa. O paradigma do Direito no terceiro milênio e a energia nuclear. **Revista Saberes da Amazônia**, vol. 4, n. 8, p. 8. ISSN 2448-0576. DOI https://doi.org/10.31517/rsa.v4i08.337. Acessível em: http://www.fcr.edu.br/ojs/index.php/saberesamazonia/article/view/337/289. Acesso em 15 abr. 2020. Porto Velho: FCR, 2019, pp. 6-28.

7 BRAGA, Dimis da Costa. Ob, cit, p. 6.

8 Cf. KUHN, Thomas S. **The Structure of Scientific Revolutions.** International Encyclopedia of Unified Science. The University Of Chicago Press, p. 198.

9 HABERMAS, Jürgen. **Between facs and norms: contributions to discourse theory of Law and democracy.** Cambridge: MIT, 1996, pp.194-195.

longo da história moderna da humanidade, são palpáveis os registros da presença de cada um dos paradigmas que pautaram as sociedades.

Com o surgimento do Estado moderno, um novo paradigma se instala em oposição ao *ancien regime*, tendo como característica central a liberdade individual, ampliando-se a liberdade de ocupação do espaço privado pelo cidadão em relação ao Estado. Além disso, nessa fase surgem a separação dos poderes do Estado e a separação do estado laico em relação à Igreja.

Os paradigmas clássicos do Direito são os do Estado Liberal e do Estado Social, desembocando no Estado Democrático de Direito, surgido em contraposição aos dois primeiros, sob a perspectiva de solucionar os problemas deixados para trás por um e outro, e que evolui para o paradigma da sustentabilidade, conforme vai se demonstrar ao longo desta proposição teórica.

Para Cruz[10], a modernidade tem seu nascimento a partir da busca por liberdade, resultando natural que as feições econômicas, sociais e jurídicas da sociedade que dela advém acompanhem essa concepção original, o que se constituiu, ao lado da criação do Direito Público, em considerável avanço para a humanidade, trazendo amplo leque de proteção ao indivíduo com relação ao Estado.

Seguindo-se a revolução industrial, o individualismo se exacerba e naquele momento, proteção do meio ambiente era ideia inexistente, fora de questão, assim como exploração abusiva dos recursos ambientais, considerada normal tanto quanto os riscos de atividades econômicas.

O paradigma do Estado Liberal caracteriza-se ainda pelo surgimento da separação dos poderes, do império da lei e dos direitos individuais do homem em relação ao Estado. A liberdade da indivi-

10 CRUZ, Paulo Márcio. Transnacionalização, sustentabilidade e o novo paradigma do Direito no século XXI. In Meio Ambiente, transnacionalidade e sustentabilidade. CRUZ, Paulo Márcio; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; GARCIA, Marcos Leite (Orgs.), Vol. I. Itajaí: Univali, 2014, p. 85-86.

dualidade, com seus consectários – direito à vida, à propriedade e à liberdade – está no centro da formulação das ideias desse paradigma que, não por outro motivo, foi batizado com o nome de liberal[11], influenciando fortemente o processo político-econômico, de forma globalizada, até os dias atuais.

Em contraposição ao modelo medieval em que há súditos e soberanos, senhores da terra e vassalos, no paradigma liberal declara-se a igualdade de todos perante a lei, ainda que meramente formal. O Estado liberal estabelece as regras de funcionamento da sociedade para as relações privadas, garantindo a certeza das relações sociais, mas nela não intervém, cuidando exclusivamente do que poderia ser interesse público, já que as pessoas são livres e iguais para decidir acerca de seu próprio destino. Essa liberdade e igualdade, porém, é meramente formal, não apresentando soluções para aqueles que não dispõem de bens ou títulos na sociedade possam usufruir dos direitos que a liberdade proporcionaria.

O paradigma liberal conduziu a uma exploração do homem pelo homem, gerando a crise dentro desse próprio paradigma, daí surgindo demandas de direitos sociais que proporcionaram o desenvolvimento do paradigma do Estado social, para assegurar um mínimo de garantias de exercício digno dos direitos de liberdade e igualdade pretendidos no regime anterior. Não há uma ruptura do paradigma do Estado liberal, pois suas bases são argumentos para a criação do paradigma social, dá-se uma ressignificação dos clássicos direitos inicialmente assegurados para que sejam efetivos, como afirma Habermas[12], uma materialização do direito.

---

11 A ideia de Direito que então se generaliza, e que inspira as revoluções americana e francesa, é tão marcada pela preocupação com a liberdade, que se tornou conhecida como liberal. Cf. LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo civil.* São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 457.

12 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade.* Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1997. v. 2. p. 127.

Na crise do modelo liberal, este passou a sofrer críticas pela ausência de igualdade social. Pregava-se a redução das desigualdades e o papel do Estado em garantir o mínimo às classes menos favorecidas. No contexto da teoria do materialismo histórico, o paradigma do Estado Social ou *Welfare State* vive sua radicalização no Estado comunista totalitário que resultou na centralização do poder e descambou para a ausência de liberdade, inerente à natureza humana.

Um e outro paradigma, do Estado Liberal e do Estado Social de Direito, não se mostraram suficientes como modelos de satisfação dos interesses e valores que informam a sociedade a partir da modernidade. De um lado o modelo liberal consagra apenas liberdades formais, deixando homem ao interesse do mercado, de outro, paradigma social se mostra inviável, vinculado a uma política estatizante e controladora, resultando no totalitarismo[13].

Como corolários de ambos os paradigmas modelares, marcados pelo embate ideológico que permeia os aspectos políticos envolvidos, a exploração irrefreada dos recursos ambientais conduziu à exposição da sociedade a riscos cada vez mais graves, caracterizados por catástrofes ambientais, pela desigualdade social, entre outras mazelas, observadas por Beck[14].

Enquanto isso, os agentes políticos que autorizam ou incentivam as atividades que geram os lamentáveis incidentes passam ao largo, como se não tivessem qualquer relação com isso ou nenhuma responsabilidade tivessem pelos fatos.

Entre os desastres ambientais mais graves, podem-se citar o vazamento de gases tóxicos em uma fábrica de produtos químicos

13 BRAGA, Dimis da Costa. O paradigma do Direito no terceiro milênio e a energia nuclear. **Revista Saberes da Amazônia**, vol. 4, n. 8, p. 8. ISSN 2448-0576. DOI https://doi.org/10.31517/rsa.v4i08.337. Acessível em: http://www.fcr.edu.br/ojs/index.php/saberesamazonia/article/view/337/289. Acesso em 15 abr. 2020. Porto Velho: FCR, 2019, pp. 6-28.

14 BECK, Ulrich. **La sociedade del riesgo global**. Tradução de Jesús Alborés Rey. Madri: Siglo Veintuino de España Editores, 2002, p. 79.

na cidade de Bhopal, na Índia, em 1984[15]; a explosão do reator 4 da usina nuclear de Chernobyl, em 1986 na Ucrânia[16], quando esta fazia parte da União Soviética; o rompimento de um equipamento de radioterapia contendo Césio 137, em Goiânia[17]; os derramamentos de 41,3 milhões de litros de óleo cru pelo Navio Exxon Valdez quando encalhou no Alasca em 1989[18], e de 5 milhões de barris de petróleo após uma explosão na plataforma da BP (British Petroleum Deepwater Horizon), no Golfo do México, em 2010[19]. Mais recentemente, o inexplicável derrame de óleo na costa nordeste brasileira e os lamentáveis rompimentos das barragens de Mariana e Brumadinho, no Brasil, em 2015 e 2019.[20]

---

15 SOUZA, Líria Alves de. Tragédia de Bhopal; **Mundo Educação**. Disponível em: https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/quimica/tragedia-bhopal.htm. Acesso em 15 de abril de 2020. Ver também Como nuvem letal matou mais de 8 mil pessoas em 72 horas; **BBC News Brasil**, **3 de dezembro de 2014**. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/12/141203_gas_india_20anos_rp. Acesso em: 15 abr. 2020.

16 HELERBROCK, Rafael. Acidente de Chernobyl; **Brasil Escola**. Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/historia/chernobyl-acidente-nuclear.htm. Acesso em 15 abr. 2020.

17 SOUZA, Líria Alves de. Acidente com césio-137; **Brasil Escola**. Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/quimica/acidente-cesio137.htm. Acesso em 15 abr. 2020.

18 MADOV, Natasha; SASSO, Carla Laki. Vazamento do Exxon Valdez faz 21 anos. Último Segundo. Disponível em: https://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/vazamento-do-exxon-valdez-faz-21-anos/n1237588204170.html. Acesso em 15 de abril de 2020.
Ver também: Exxon recebe multa de US$ 6,75 bi por derramamento. **BBC Brasil. com.** Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/economia/story/2004/01/040129_exxon1rg.shtml. Acesso em 15 abr. 2020.

19 AYUSO, Silvia. EUA elevam a multa recorde para a BP pelo vazamento no Golfo do México. **El País Internacional**, 06 de outubro de 2015. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2015/10/05/internacional/1444060968_808370.html. Acesso em 15 de abril de 2020.
Ver também, citando o recente desastre com petróleo ocorrido na costa nordeste brasileira: Nos EUA, vazamento de óleo ocorrido em 2010 segue sob análise. **Exame**, 03 de novembro de 2019. Disponível em: https://exame.abril.com.br/mundo/nos-eua-vazamento-de-oleo-ocorrido-em-2010-segue-sob-analise/. Acesso em 15 de abril de 2020.

20 CÂMPERA, Francisco. **El País**. Opinião, 28 jan 2019. Disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2019/01/27/opinion/1548547908_087976.html. Acesso em 15 abr. 2020.

A mais recente pandemia que assola o globo, a doença COVID-19 provocada pelo novo coronavírus SARS-Cov-2, tem origem em manejo ambiental inadequado, seja confirmando-se a tese conspiratória de que o vírus adveio de uma recombinação genética por engenharia reversa conduzida em laboratório de alta tecnologia microbiológica de Wuhan, ocasional ou propositadamente vazada à contaminação humana, seja em se confirmando a versão oficial da autoridade sanitária chinesa, de um surto originado no Mercado de Frutos do Mar de Wuhan (Huanan Seafood), na Província chinesa de Hubei[21].

Enquanto os agentes políticos se pautam por um ou outro dos paradigmas jurídico-políticos suplantados, ignorando a necessidade de adoção do paradigma da sustentabilidade, ou a sociedade permanece à mercê dos riscos que a sociedade pós-industrial a legou, como pandemias semelhantes a essa, que doravante serão mais constantes.

Enfim, ou se adota o paradigma da sustentabilidade, do qual passa-se a tratar em seguida, ou o isolamento social poder-se-á tornar "o novo normal", para usar uma expressão da língua inglesa em voga no Brasil, por ter sido mencionada por um membro do governo do Brasil contemporâneo.

3. A SUSTENTABILIDADE COMO NOVO PARADIGMA DO DIREITO E DA POLÍTICA

Para Cruz[22], a proteção do meio ambiente deixou de constituir um elemento axiológico dos estados nacionais, para assumir pro-

21 CARVALHO, Ricardo. Revista Consultor Jurídico, 28 mar. 2020. Disponível em http://conjur.com.br/2020-mar-28/ambiente-juridico-relacao-entre-meio-ambiente-pandemia-coronavirus#sdfootnote4sym. Acesso em 13 abr. 2020.

22 CRUZ, Paulo Márcio. Transnacionalização, sustentabilidade e o novo paradigma do Direito no século XXI. In Meio Ambiente, transnacionalidade e sustentabilidade. CRUZ, Paulo Márcio; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; GARCIA, Marcos Leite (Orgs.), Vol. I. Itajaí: Univali, 2014, p. 90.

porção de escala global. Este desafio, que era exclusivo da Ciência Jurídica na sistematização de normas de proteção ao ambiente, passa a constituir um objetivo intersistêmico de relações que o ambiente gera com outros bens e valores, para assegurar sua importância nas perspectivas sociais, econômicas, culturais e tecnológicas.

Com efeito, aponta Cruz[23] que dos cenários transnacionais atuais surge a necessidade da emergência e da consolidação de um novo paradigma do Direito que deve ser mais dúctil e operacionalmente adequado para a produção dialética e democrática de um repertório de argumentos mais densos e legítimos no atual contexto de complexidade.

As conferências internacionais acerca do meio ambiente humano, do meio ambiente e desenvolvimento, do desenvolvimento sustentável e da sustentabilidade demonstraram que os paradigmas do Direito exclusivamente pautado nas Constituições nacionais não conseguiram levar o desenvolvimento a todas as pessoas, menos ainda distribuir equitativamente os bens que o nosso planeta oferece, ou ainda preservá-lo para as gerações futuras.

Este quadro desafiante, aponta Cruz[24], impõe a necessidade não apenas de ações locais ou nacionais isoladas, como de sensibilizações transnacionais, que contribuam com novas práticas e atitudes, principalmente nas ações dos Estados no plano mundial, incluindo estratégias de governança transnacional ambiental para que seja possível a construção de um compromisso solidário e global em prol do ambiente para assegurar, inclusive de maneira preventiva, a melhora contínua das relações entre os seres humanos e a natureza.

Por fim, a sustentabilidade, enquanto novo paradigma do direito, vai além dos discursos do direito moderno, para, recorrendo à interseccionalidade das ciências humanas, tecnológicas e filosóficas,

23 CRUZ, Paulo Márcio. Ob. cit., p. 91.

24 CRUZ, Paulo Márcio. Ob. cit., p. 91-92.

promover estratégias concretas visando a proteção do meio ambiente e sua utilização racional, para a preservação da humanidade e do planeta, com dignidade.

3. DIMENSÕES DA SUSTENTABILIDADE E SUA INDISPENSABILIDADE NA CONCRETIZAÇÃO DA DEMOCRACIA

Ferrer destaca no paradigma da sustentabilidade as dimensões ambiental, econômica e social, nas quais estariam albergados outros aspectos, como o ético e o jurídico-político, e de forma transversal às três primeiras, a dimensão tecnológica. Outros autores, como Freitas[25], apontam as outras dimensões, embora estejam elas entrelaçadas.

No âmbito da concretização da democracia, a política neste início de terceiro milênio não prescinde da sustentabilidade, especialmente em sua dimensão ética e jurídico-política, como se demonstrará.

3.1 A dimensão Ambiental

É a dimensão ecológica da sustentabilidade, em que se destaca a importância da proteção do meio ambiente e consequentemente do Direito Ambiental, tendo este como finalidade precípua garantir a sobrevivência do planeta através da preservação e melhora dos elementos físicos e químicos que a fazem possível, tudo em função de uma melhor qualidade de vida.

Para Garcia[26], é a dimensão diretamente ligada à sobrevivência do planeta, dada a importância da proteção do meio ambiente

25 FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: **Direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 53-67.

26 GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Dimensão Econômica da Sustentabilidade: uma análise com base na economia verde e a teoria do decrescimento. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.13, n.25, p.133-153. Janeiro/Abril de 2016, p. 138.

e, consequentemente do Direito Ambiental, com a preservação e a melhora dos elementos físicos e químicos da natureza em função de uma melhor qualidade de vida.

O homem, até este quartel de início de século do novo milênio, já lançou mão em excesso do meio ambiente. Até as florestas da Amazônia encontram-se ameaçadas, tal o equívoco desse modelo econômico que prefere devastar do que encontrar as melhores formas de usufruir dos bens naturais do meio ambiente. Nesse sentido, há razão na proposição de Foladori[27], no sentido de proteger o meio ambiente da exploração ambiental o máximo possível próximo da natureza intocada, sendo a defesa dos ambientalistas uma bússola para o comportamento das outras pessoas, em prol da sustentabilidade ecológica.

Se no plano da política pode-se afirmar ser a afirmação exagerada ou ideológica, em verdade, não se pode mais admitir descasos com a proteção do meio ambiente que resultem em situações como os desastres mencionados no item 1 deste artigo. Em verdade, o candidato a cargo eletivo que não tiver um olhar para este aspecto estará, na sociedade do conhecimento e da sustentabilidade, fadado ao ostracismo.

3.2 A dimensão Econômica

Pressupõe o desenvolvimento da economia com a finalidade de gerar melhor qualidade de vida das pessoas, reduzindo as desigualdades sociais e regionais. Com a evolução do princípio da sustentabilidade, passou a ser considerada no contexto desse paradig-

27 FOLADORI, Guillermo. Avances y límites de la sustentabilidad social. Economía, Sociedad y Territorio, vol. III, núm. 12, julio-dici, El Colegio Mexiquense, A.C. Toluca, México, 2002, p. 623-624.

ma, em que, se de um lado não há como retroceder nas conquistas de desenvolvimento econômico da sociedade mundial, o mesmo se mostra indispensável à redução da pobreza e das desigualdades sociais e regionais.

Para tanto, os vetores da intervenção estatal no sistema econômico, através dos governantes, não pode prosseguir permitindo e incentivando a exploração e esgotamento dos recursos do meio ambiente com o viés puramente econômico, buscando para além da satisfação das necessidades, a riqueza, sem preocupação com uma responsabilidade social e ambiental: exige-se a transição para a economia verde, como detalha Ferrer[28].

Se as dimensões possuem cada uma suas características próprias, não há como negar que estão absolutamente imbricadas. Não há como pensar o social sem o econômico, nem como imaginar que os bens ambientais do ambiente natural não possam ser valorados economicamente, pelo que os líderes políticos necessitam reformular seus conceitos para dar exemplo firmes e positivos à sociedade.

Derani[29] defende ser indispensável que a política ambiental do Estado seja vinculada a uma política econômica, assentada nos

28 Cf. FERRER, Gabriel Real. La sostenibilidad tecnológica y sus desafios frente al derecho. In El derecho del médio ambiente y los instrumentos de tutela administrativa. Libro homenaje al maestro Ramón Martín Mateo. ZEGARRA VALDIVIA, Diego (Coord). ISBN 978-612-4293-07-8 CDA-Thompson Reuters: 2015, p. 299-327: A sustentabilidade econômica consiste essencialmente em resolver um duplo desafio: por um lado, aumentar a geração de riqueza, de maneira ambientalmente sustentável, e, por outro lado, encontrar os mecanismos para sua distribuição mais justa e homogênea. A transição para uma "economia verde" visa resolver o primeiro desses desafios. O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) publicou em 2009 um Relatório de Política chamado "Novo Acordo Verde Global", no qual fez uma série de recomendações para essa nova economia, incluindo: 1 Dar prioridade aos setores mais "verdes" por meio de subsídios ou incentivos fiscais, para que investimentos privados sejam direcionados a eles; 2 Estabelecer normas que proíbam o exercício de certas práticas ou atividades nocivas ao meio ambiente; 3. Aprovar um marco regulatório para determinados instrumentos de mercado que ajudem a preservar o meio ambiente natural, dentre os quais se destacam os direitos tributários e de emissão.

29 DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 121.

pressupostos do desenvolvimento sustentável, como estratégia de risco destinada a minimizar a tensão potencial entre desenvolvimento econômico e sustentabilidade ecológica, eis que a integridade dos componentes dos ecossistemas está diretamente conectada aos papéis físicos, químicos ou biológicos que assumem na totalidade do sistema.

Faz-se necessário, todavia, que as lideranças democráticas apreendam estes conhecimentos e, quando não seja possível, estejam assessoradas pelos melhores profissionais, seguindo as suas instruções em atitude realmente responsável e comprometida com a preservação e equitatividade do usufruto dos bens ambientais.

3.3 A dimensão social

A dimensão social é a de maior amplitude, pois poderia abarcar todas as outras, afinal, coaduna-se com a defesa de Ferrer – sem vezo algum contra os direitos dos animais – de que o Direito é antropocêntrico.

Para Garcia e Garcia[30], a dimensão social da sustentabilidade tem relação com o aspecto social relacionado à qualidade e capacidade dos seres humanos, elevando a valorização do capital humano, pautada por um processo de melhoria na qualidade de vida das pessoas, baseada nos princípios fundamentais de igualdade e direitos sociais, na redução da desigualdade e na ética da solidariedade, pelo qual se impõe superar a discrepância entre a pobreza e a opulência, para estabelecer um nivelamento do padrão de renda, pela garantia do acesso a bens sociais, como educação, saúde, moradia, trabalho, lazer, previdência social (proteção à maternidade, à infância, à velhice e ao desemprego) e alimentação digna.

30 GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloise Siqueira. Dimensão social do princípio da sustentabilidade: Uma análise do mínimo existencial ecológico. In. SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; GARCIA, Heloise Siqueira. (orgs.). Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer. Itajaí: UNIVALI, 2014, p. 44-45.

Ora, como já acentuado, as dimensões da sustentabilidade estão absolutamente interconectadas. Se os recursos não satisfazem às necessidades de todos, é porque a distribuição não leva em conta a equitatividade social, já que esses recursos são finitos, porém abundantes; todavia, faz-se urgente promover uma justa distribuição deles, e um cuidado especial com o planeta, para que todos possam aproveitar a abundância de recursos, inclusive as futuras gerações[31].

Evidentemente esse é o maior desafio das lideranças governamentais nesse primeiro quartel do século XXI. Ora, a dimensão social compreende a garantia do piso vital mínimo a todo ser humano e ao mesmo tempo, a propagação do ideal de desenvolvimento, solidariedade, igualdade, enfim, dignidade humana.

Para Ferrer[32], tudo que diz respeito à dignidade do ser humano está sob a dimensão social da sustentabilidade, desde a proteção da diversidade cultural até a garantia real do exercício dos direitos humanos, passando por qualquer tipo de discriminação ou acesso à saúde e educação, tudo se enquadra nesta rubrica. Não é exagero algum construir uma nova arquitetura social que permita desenvolver uma vida digna de ser vivida por todos seus membros, reformulando as instituições, modificando ou extinguindo aquelas que não servem ao objetivo ou criar novas; reinventar as regras que regulam os processos sociais: instituições e regras que sejam úteis à efetiva construção de uma sociedade mais justa, mais inclusiva, mais humana, este é o desafio da sustentabilidade social.

Para Freitas[33], uma das principais características do princípio da sustentabilidade é sua capacidade de gerar sinergias entre as três

31 PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Desafios da sustentabilidade na era tecnológica: (im) probabilidade comunicacional e seus impactos na saúde e meio ambiente** Itajaí: UNIVALI, 2017, p. 29. ISBN 978-85-7696-193-2 (e-book). Disponível em: univali.edu.br. Acesso em: 25.03.2020.

32 FERRER, Gabriel Real. **La sostenibilidad tecnológica y sus desafios frente al derecho**, p. 8.

33 FREITAS, Thiago Pereira de. **Sustentabilidade e as contratações públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, pp. 140 e 149.

dimensões com o objeto que tentar chegar a um estado de homeostase: uma determinada ação que seja muito favorável no aspecto econômico, mas não atenda ao fim social pretendido ou não seja sustentável quanto à proteção da natureza, estará fadada a desatender ao princípio da sustentabilidade na sua visão global.

3.4 A dimensão tecnológica

A ciência e a tecnologia trouxeram muitos benefícios e facilidades para a humanidade, ao mesmo tempo, geram uma enorme quantidade de danos ao meio ambiente, seja pela exploração desenfreada, seja pela deficiência de tratamento de dejetos e geração de muitos resíduos, entre outros, gerando o risco do esgotamento dos recursos naturais. Mas se a ciência, a serviço do interesse econômico, nos conduziu a esse panorama, somente ela pode dele nos tirar (Ferrer).

Gringas[34] estabeleceu a expressão *homo tecnologicus*, no sentido de um ser diferente nesta quadra do acesso à tecnologia. Há razão para o neologismo: as comunicações, que durante tantos séculos se deram fisicamente através, primeiro, de pessoas e animais, depois de correios e num momento posterior, telégrafos, criando empresas ou autarquias que se tornaram verdadeiras instituições nos respectivos países, hoje são instantâneas, através de correio eletrônico, redes sociais e aplicativos.

Não se imagina a sociedade atual nem o homem sem o acesso e o uso das tecnologias e o seu uso na maioria das relações sociais, comerciais ou institucionais. Se as tecnologias não são mais dispensáveis na sociedade atual, é preciso que sejam feitas aliadas, assim

34 GINGRAS, Yves, Éloge de l'homo techno-logicus. Montréal: Fides, Colección Les grandes conferénces, 2005.

como a internet, para garantir um futuro sustentável. E para tanto, a dimensão tecnológica da sustentabilidade está presente transversalmente às demais.

Na dimensão ambiental, o uso de novas tecnologias limpas, mais baratas e menos poluentes em todos os campos se mostra indispensável para a preservação dos recursos naturais. Na geração de energia, na siderurgia, na construção civil, no saneamento, na mineração, na agricultura e pecuária, etc., em todos os campos das atividades humanas.

Como aduz Ferrer[35], para a sustentabilidade construir um modelo social viável, precisa levar em conta o fator tecnológico, eis que as dimensões clássicas da sustentabilidade são inevitavelmente determinadas por esse fator. Em relação à dimensão ambiental, a gestão adequada do conhecimento, através da ciência e da tecnologia, constitui-se na única esperança, eis que a pressão sobre o ambiente será insustentável de o planeta atingir 10 bilhões de habitantes nas circunstâncias atuais.

Na dimensão econômica a tecnologia não tem menos importância. Como acentua Ferrer[36], se no passado era a propriedade da terra que identificava os poderosos, na era da revolução industrial foram os bens de produção e hoje, a gestão da informação.

Em todos os saltos tecnológicos, as novas tecnologias foram rapidamente colocadas a serviço dos interesses econômicos e da acumulação da riqueza. Na era da informação não fora diferente, mas esse panorama já começa a mudar, pois muitas novas empresas com interesse de atuar no mercado de forma sustentável estão criando suas plataformas na internet.

Hoje a internet movimenta milhões de dólares em fração de segundos. Os negócios nunca se tornaram tão rápidos e fáceis como

35 FERRER, Gabriel Real. La sostenibilidad tecnológica, p. 311.

36 FERRER, Gabriel Real. La sostenibilidad tecnológica, p. 312.

hoje através da internet, e no mundo inteiro novas plataformas são criadas a cada momento, para atender as necessidades e, muitas delas, com viés ecologicamente correto e sustentável, para facilitar o acesso a produtos locais, para garantir mercado para pequenos produtores de orgânicos ou para garantir os meios de manutenção de atividades não poluentes.

Da mesma forma cumpre aos governantes garantir que a dimensão tecnológica atinja a todas as camadas sociais da sociedade, trazendo os benefícios do acesso à internet e à tecnologia a todos indistintamente, ricos e pobres, facilitando o acesso à educação e à cultura, à ciência e à informação em favor daqueles que necessitam, gerando empregos, ampliando o acesso à saúde, reduzindo os custos de bens de consumo e de bens duráveis. É a transversalidade social do fator tecnológico.

Como afirmam Cruz e Bodnar[37], a sustentabilidade foi inicialmente construída a partir da tríplice dimensão: ambiental, social e econômica. Com o advento da sociedade do conhecimento adiciona-se a dimensão tecnológica, que consiste na inteligência humana individual e coletiva acumulada e multiplicada, capaz de garantir um futuro sustentável ao planeta.

3.5 Dimensões ética e jurídico-política

Para Freitas, como afirmado acima, as dimensões ética e jurídico-política não se subordinam às anteriores. No plano do exercício da democracia política, ele aponta que a dimensão ética da sustentabilidade apresenta um valor inestimável, convindo notar que aos gestores públicos recai o dever mais alto de resguardar, ao máximo, a

37 CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; participação especial Gabriel Real Ferrer. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade.** Itajaí: UNIVALI, 2012. p. 112.

integridade de todos, de sorte a não provocar injusto dano por ação ou omissão, atitude racional que prepondera sobre a zona límbica dos impulsos ditatoriais da insaciabilidade[38].

Não haverá ator político que consiga realizar as pretensões de Constituir uma sociedade livre, justa e solidária, ao lado de outras promessas preconizadas no preâmbulo e art. 3º da Constituição, fora dos parâmetros éticos da sustentabilidade.

Quanto à dimensão jurídico-política da sustentabilidade, mais ainda se ajusta às proposições aqui enaltecidas: constitui-se na busca sincera da efetividade dos direitos fundamentais consignados nos artigos 5º, 6º e 7º da Constituição da República, ao lado de outros ligados ao direito ao sufrágio, garantindo-se o bem estar duradouro das atuais gerações, sem prejuízo do direito das cidadãs e cidadãos das gerações futuras, constituindo um verdadeiro Estado Sustentável em todos os níveis.

4. Interação entre democracia, política e sustentabilidade

Numa democracia representativa, não é o povo que vai dar a tonalidade da política e o grau de seu desenvolvimento democrático, mas os líderes políticos, e de certa forma, em plano de fundo, os teóricos que os orientam. Nos albores do renascimento, Maquiavel e Rotterdam opunham-se em seus posicionamentos no exercício dessas funções. No Brasil de hoje, Olavo de Carvalho exercera esse papel no início do Governo do atual presidente Jair Bolsonaro.

Com efeito, os políticos moldam a democracia, e ela não se mostra simétrica nos diferentes países em que vigora como regime

38 FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: Direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 57-58.

político. Guillermo O'Donnel[39], ao fazer profunda incursão no campo da teoria democrática, a partir dos escritos sobre o tema, estabelece algumas premissas a partir da revisão bibliográfica de seu trabalho:

> XV. Aceitando o uso corrente, a existência de um regime democrático basta para (por metonímia) qualificar um país como "democrático", ainda que nele existam sérias deficiências quanto à efetividade dos direitos civis e sociais.
>
> XVI. A existência desse regime requer um Estado que delimita territorialmente quem são seus cidadãos políticos, isto é, os portadores dos direitos e obrigações instituídos pelo regime. Exige também a existência de um sistema legal que, a despeito de suas deficiências em outros aspectos, garanta a vigência universalista e includente dos direitos positivos de votar e ser votado, assim como de algumas liberdades "políticas" básicas incluídas na definição de um regime democrático.
>
> XVII. Contudo, a natureza em última instância indecidível desses direitos e liberdades significa que, mesmo no âmbito do regime, salvo casos claramente localizados nos pólos de plena vigência e de negação desses direitos e liberdades, surgirão disputas quanto ao caráter democrático ou não democrático do regime.
>
> XVIII. Ainda no âmbito do regime, um alto grau de vigência desses direitos e liberdades, junto com medidas que aumentam a participação dos cidadãos e a transparência e responsabilidade pública dos governos, justificam avaliações sobre os vários graus ou tipos de democratização *política* dos países que incluem esses regimes, em diferentes épocas e casos.
>
> XIX. Mais além do regime, várias características do Estado (especialmente seu sistema legal) e do contexto social geral, justificam avaliações sobre os vários graus de democratização civil e social de cada país, em diferentes épocas e casos.

39 O'DONNELL, Guillermo. Teoria democrática e política comparada. Rio de Janeiro, v. 42, n. 4, p. 655-690, 1999. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581999000400001&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 16 abr. 2020. https://doi.org/10.1590/S0011-52581999000400001.

À vista do texto, pode-se afirmar que o Brasil tem todas as características de um estado democrático, embora haja diferenças nos graus de democratização civil e social em diferentes regiões e classes sociais; o que lhe falta é governo verdadeiramente democrático e comprometido com os ideais da sustentabilidade em todas as dimensões – nas quais se destacam a sustentabilidade ética e a jurídico-política.

Bobbio desenvolveu uma Teoria Geral da Política[40], na qual colecionou excertos de diversos autores acerca da sua posição sobre a conduta do príncipe, entre eles, Erasmo de Rotterdan, para quem o príncipe de excelência é aquele que busca não ser superado por nenhum outro em magnanimidade, temperança e honestidade, bem como em ser menos corrupto, menos avarento, menos arrogante, menos iracundo. E quando o príncipe lhe pergunta: *Qual é a minha cruz?*, Erasmo responde: *Seguir aquilo que é honesto, não fazer mal a ninguém, não depredar ninguém, não vender magistraturas, não se deixar corromper por presentes*[41].

Prossegue Bobbio[42] citando Kant, que por sua vez distingue o moralista político, que condena, do político moral que exalta: O político moral seria aquele que não subordina a moral às exigências da política, mas interpreta os princípios da prudência política de modo a fazê-los coexistir com a moral.

Os filósofos sempre ofereceram o conhecimento existente disponível aos governantes para que realizem o melhor governo, no interesse de todos, da antiguidade aos dias atuais, em que há laboratórios altamente qualificados e guarnecidos de cientistas em socieda-

40 Bobbio não escreveu um livro com esse nome, mas seus discípulos e amigos coletaram seus escritos esparsos relativos aos cursos que deu sobre o tema e reuniram em um volume, publicado no Brasil pela Elsevier/Campus.

41 BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política. Michelangelo Bovero (Org.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, pp. 184-185.

42 BOBBIO, Norberto. Ob. Cit., p.185.

de, direito e economia, produzindo conhecimento especializado, os denominados *think tanks*[43].

A política é inerente ao homem, não se estranha que os regimes evoluíram para democracias representativas. Ivan Lins[44], ao introduzir uma das edições da obra de Aristóteles, lembra que o filósofo analisou detidamente instituições políticas de 150 repúblicas e monarquias, para concluir que o homem é naturalmente um animal político, destinado a viver em sociedade, e aquele que, *por instinto e não porque qualquer circunstância o inibe, deixa de fazer parte de uma cidade, é um ser vil ou superior ao homem (...); aquele que não pode viver em sociedade, ou de nada precisa para bastar-se a si próprio, não faz parte do Estado; é um broto*[45] *ou um deus.*[46]

Inegável que a mulher e o homem, como seres sociais que normalmente não vivem isolados, não prescindem da política, que é indispensável à solução dos problemas vivenciados pela sociedade, mesmo nos tempos em que se tornou uma aldeia global que a cada dia parece menor.

Hodiernamente, com as redes sociais as pessoas comuns participam muito mais dos processos políticos, seja através de publicações, seja através de petições *online*, processos legislativos abertos como foi o da Lei do Marco Civil na Internet[47] – que constitui-se em

43 FLORES, Paulo. O que são think tanks e como eles influenciam a política. Nexojornal. Disponível em https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/12/01/O-que-s%C3%A3o-think-tanks.-E-como-eles-influenciam-a-pol%C3%ADtica. Acesso em: 15 abr. 2020.

44 LINS, Ivan, da Academia Brasileira de Letras, na introdução de obra de Aristóteles, como segue: A política. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 8.

45 A palavra broto, aqui, estaria mais próxima do significado de *bruto*, como interpretou o Padre Antônio Vieira, que traduziu este trecho da seguinte forma: "quem vive só, bastando-se a si mesmo, ou é Deus ou fera". In Aristóteles. A política. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 17.

46 ARISTÓTELES. Ob. cit., p. 16-17.

47 Lei 12.965 de 23 de abril de 2014. Foi instituída uma plataforma aberta para participação de interessados especialistas durante a tramitação do projeto na Câmara dos

um exemplo de sustentabilidade do Brasil para o mundo, servindo de paradigma para outros países –, ou outro instrumento tecnológico disponível.

Urge que testemunhos como esse sejam expandidos para as diversas facetas na concretização da sustentabilidade, especialmente na promoção da defesa e uso adequado do meio ambiente e sua preservação para as presentes e futuras gerações.

É curioso que Aristóteles[48], ao tratar da *polis*, tenha reafirmado a importância da natureza no contexto das cidades, conforme abaixo:

> A sociedade formada por diversos pequenos burgos forma uma cidade completa, com todos os meios de se abastecer por si, e tendo atingido, por assim dizer, o fim que se propôs. Nascida principalmente para a necessidade de viver, ela subsiste para uma vida feliz. Eis porque toda cidade se integra na natureza, pois foi a própria natureza que formou as primeiras sociedades. Ora, a natureza era o fim dessas sociedades; e a natureza é o verdadeiro fim de todas as coisas.

Sem sua perfeita integração com a natureza, como prega Aristóteles, o fim da cidade é ser destruída e retornar à natureza bruta, tal qual muitas das primeiras cidades que, malgrado sua beleza e símbolo de riqueza e evolução das civilizações pretéritas, ou foram dizimadas ou se tornaram em ruínas.

Deputados, tendo sido elaborada, através de um processo democrático e participativo, uma das leis mais importantes do Brasil nos últimos tempos. SOUZA, Carlos Affonso. LEMOS, Ronaldo. Marco civil da internet: construção e aplicação. Juiz de Fora: Editar, 2016, p. 13.

48 ARISTÓTELES. Ob. cit., p. 16.

5. CONCLUSÃO

Os paradigmas clássicos do direito que não foram capazes de assegurar a todos os direitos reconhecidos como fundamentais, tampouco proteger o equilíbrio do planeta como forma de garantir a preservação da vida e do próprio homem, gerando a sociedade de risco e por isso, vêm sendo paulatinamente substituídos pelo paradigma da sustentabilidade, único capaz de efetivar a manutenção das condições da humanidade sustentar-se perenemente como sociedade sobre o planeta.

Conquanto se negue nas práticas diárias – e o aumento do desmatamento da Floresta Amazônica é uma prova incontestável dessa negação, tanto quanto a poluição dos cursos d'água, nas zonas urbanas e rurais –, os discursos políticos e jurídicos que permeiam o tecido social democrático são em defesa do meio ambiente e em prol da sustentabilidade.

A política se tornou mais complexa na proporção da complexidade da vida na sociedade global e de risco, pautada pela transnacionalidade em as crises ambientais, econômicas, de segurança e de saúde pública não conhecem fronteiras ou soberanias nacionais, tal qual a circulação da riqueza e das pessoas, a disseminação de doenças, a prática de crimes, assim como a busca capitalista por mercados, de corporações cada vez maiores, donas de capitais que superam os PIB's de alguns países, ameaçando a democracia conquistada a duras penas.

A exploração insustentável dos recursos ambientais provoca graves acidentes e quando não, alterações climáticas, geomorfológicas e respostas vigorosas da natureza, como chuva ácida, tempestades, tsunamis e doenças, não raro resultando em pandemias como a de COVID-19 que a humanidade enfrenta globalmente neste momento.

Somente a aplicação do paradigma da sustentabilidade em todas as suas dimensões democráticas pelas lideranças políticas, mediante adoção de condutas ambientalmente corretas, economicamente viáveis, socialmente justas e tecnologicamente adequadas, ao lado da atitude ética e comprometida com os direitos fundamentais prescritos na Constituição Federal, será viável assegurar um futuro sustentável à humanidade.

À política, como instrumento da concretização da felicidade em sua dimensão coletiva – através da satisfação das necessidades humanas e concretização de uma sociedade justa, livre e solidária, como prescreve a Constituição –, exige-se atuação baseada em dados, conhecimentos e estudos científicos produzidos nas Universidades e em *think tanks*, não sendo mais admissível a política como experimento ou mero instrumento de obtenção e manutenção de poder.

Diante de desastres e respostas violentas, como enxurradas, tempestades, tsunamis e doenças, que ocorrem de modo transnacional, desconhecendo soberania de limites territoriais, a própria natureza e o planeta estão apontando que os caminhos para a humanidade sustentar-se na Terra, a exigir a recuperação do equilíbrio do meio ambiente e o respeito aos seus ciclos biológicos, enfim, seus limites. O contrário levará a um conjunto contínuo e descontrolado de situações que pode produzir a dizimação da espécie humana, impondo-se aos agentes políticos o comprometimento com essa causa.

Esse não é o único, mas certamente o principal desafio da democracia no terceiro milênio no Brasil – e porque não dizer, no mundo.

Antes de tudo, impõe-se assegurar lideranças competentes, através da busca da sua qualificação adequada – e também do eleitor, que produza escolhas de agentes políticos capazes de condutas equilibradas e decisões corretas –, pois é essa qualificação que proporciona o atingimento de um estágio de consciência tendente à

atitude equilibrada e ética, indispensável à concretização da sustentabilidade.

Enfim, cumpre às lideranças da sociedade conduzi-la a um porto seguro de paz e sustentabilidade, em todas as suas dimensões, entre as quais sobressaem a social, econômica, tecnológica, jurídico-política e ética, mas acima de todas, a dimensão ambiental, encontrando o equilíbrio para a satisfação das necessidades, sem os exageros do consumismo e do hedonismo, estabelecendo uma sociedade calcada nos valores da solidariedade e da fraternidade, respeitando os limites do planeta e redescobrindo, na sua relação com a Mãe Terra, a essência da própria natureza humana.

REFERÊNCIAS

AYUSO, Silvia. EUA elevam a multa recorde para a BP pelo vazamento no Golfo do México. **El Pais Internacional, 06 de outubro de 2015**. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2015/10/05/internacional/1444060968_808370.html. Acesso em 15 abr. 2020.

ARISTÓTELES. **A política**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BBC News Brasil, 3 de dezembro de 2014. Como nuvem letal matou mais de 8 mil pessoas em 72 horas. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/12/141203_gas_india_20anos_rp. Acesso em: 15 abr. 2020.

BBC Brasil.com, 29 de janeiro de 2004. Exxon recebe multa de US$ 6,75 bi por derramamento. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/economia/story/2004/01/040129_exxon1rg.shtml. Acesso em 15 abr. 2020.

BECK, Ulrich. **La sociedade del riesgo global**. Tradução de Jesús Alborés Rey. Madri: Siglo Veintuino de España Editores, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. Michelangelo Bovero (Org.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BRAGA, Dimis da Costa. O paradigma do Direito no terceiro milênio e a energia nuclear. **Revista Saberes da Amazônia**, vol. 4, n. 8. ISSN 2448-0576. Acessível em: http://www.fcr.edu.br/ojs/index.php/saberesamazonia/article/view/337/289. Acesso em 15 abr. 2020. Porto Velho: FCR, 2019. DOI https://doi.org/10.31517/rsa.v4i08.337.

CARVALHO, Ricardo. **Revista Consultor Jurídico, 28 mar. 2020**. Disponível em http://conjur.com.br/2020-mar-28/ambiente-juridico-relacao-entre-meio-ambiente-pandemia-coronavirus#sdfootnote4sym. Acesso em 13 abr. 2020.

CRUZ, Paulo Márcio. Transnacionalização, sustentabilidade e o novo paradigma do Direito no século XXI. In **Meio Ambiente, transnacionalidade e sustentabilidade**. CRUZ, Paulo Márcio; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; GARCIA, Marcos Leite (Orgs.), Vol. I. Itajaí: Univali, 2014.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: Univali, 2012.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Exame, 03 de novembro de 2019. Nos EUA, vazamento de óleo ocorrido em 2010 segue sob análise. Disponível em: https://exame.abril.com.br/mundo/nos-eua-vazamento-de-oleo-ocorrido-em-2010-segue-sob-analise/. Acesso em 15 abr. 2020.

FERRER, Gabriel Real. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿Construimos juntos el futuro? **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**.

FERRER, Gabriel Real. **La construcción del Derecho Ambiental.** Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, Pamplona – España, n. 1, 2002.

FERRER, Gabriel Real, Gabriel. La sostenibilidad tecnológica y sus desafios frente al derecho. **El derecho del** médio ambiente y **los instrumentos de tutela administrativa.** Libro homenaje al maestro Ramón Martín Mateo. ZEGARRA VALDIVIA, Diego (Coord). ISBN 978-612-4293-07-8 CDA-Thompson Reuters: 2015.

FERRER, Gabriel Real. **Sostenibilidad, transnacionalidad y trasnformaciones del Derecho***.* Revista de Derecho Ambiental, Abeledo Perrot, Buenos Aires, n. 32, octubre-diciembre 2012.

FLORES, Paulo. O que são think tanks e como eles influenciam a política. **Nexojornal**. Disponível em https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/12/01/O-que-s%C3%A3o-think-tanks.-E-como-eles-influenciam-a-pol%C3%ADtica. Acesso em: 15 abr. 2020.

FOLADORI, Guillermo. Avances y límites de la sustentabilidad social. **Economía, Sociedad y Territorio**, vol. III, núm. 12, julio-dici, El Colegio Mexiquense, A.C. - Toluca, México, 2002.

FREITAS, Thiago Pereira de. **Sustentabilidade e as contratações públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

FREITAS, Juarez de. **Sustentabilidade: Direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Dimensão Econômica da Sustentabilidade: uma análise com base na economia verde e a teoria do decrescimento**. Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.13, n.25, p.133-153. Janeiro/Abril de 2016.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloise Siqueira. Dimensão social do princípio da sustentabilidade: Uma análise do mínimo existencial ecológico. In. SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; GARCIA, Heloise Siqueira. (orgs.). **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer**. Itajaí: UNIVALI, 2014.

GARCIA, Heloise Siqueira; BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar. A democracia participativa como instrumento de alcance do princípio da sustentabilidade. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.1, edição especial de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. Acesso em 14 abr. 2020.

GINGRAS, Yves, Élogie **de l'homo techno-logicus**. Montréal: Fides, Colección Les grandes conferénces, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Between facs and norms: contributions to discourse theory of Law and democracy**. Cambridge: MIT, 1996.

HABERMAS, Jürgen. ***Direito e Democracia: entre a facticidade e validade.*** Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1997. v. 2.

HELERBROCK, Rafael. Acidente de Chernobyl; **Brasil Escola**. Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/historia/chernobyl-acidente-nuclear.htm. Acesso em 15 abr. 2020.

KUHN, Thomas S. **The Structure of Scientific Revolutions**. International Encyclopedia of Unified Science. The University Of Chicago Press.

LINS, Ivan. **A política** (Introdução). ARISTÓTELES. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo civil**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUÑO, Antonio Enrique Péres. Prefácio. CRUZ, Paulo Márcio; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; GARCIA, Marcos Leite. **Meio Ambiente, Transnacionalidade e Sustentabilidade** (vol. I). Itajaí: Univali, 2014.

MADOV, Natasha; SASSO, Carla Laki. Vazamento do Exxon Valdez faz 21 anos. Último_**Segundo.** Disponível em: https://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/vazamento-do-exxon-valdez-faz-21-anos/n1237588204170.html. Acesso em 15 de abril de 2020.

O'DONNELL, Guillermo. **Teoria democrática e política comparada**. **Dados eletrônicos**. Rio de Janeiro, v. 42, n. 4, p. 655-690, 1999. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581999000400001&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 15 abr. 2020. https://doi.org/10.1590/S0011-52581999000400001.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Desafios da sustentabilidade na era tecnológica: (im) probabilidade comunicacional e seus impactos na saúde e meio ambiente.** Itajaí: UNIVALI, 2017, p. 29. ISBN 978-85-7696-193-2 (e-book). Disponível em: univali.edu.br.

SOUZA, Carlos Affonso. LEMOS, Ronaldo. **Marco civil da internet: construção e aplicação**. Juiz de Fora: Editar, 2016

SOUZA, Líria Alves de. Acidente com césio-137; **Brasil Escola**. Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/quimica/acidente-cesio137.htm. Acesso em 15 de abril de 2020.

SOUZA, Líria Alves de. Tragédia de Bhopal; **Mundo Educação**. Disponível em: https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/quimica/tragedia-bhopal.htm. Acesso em 15 de abril de 2020.

SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Shmitt Siqueira (Orgs.) **Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade** (E-Book). Univali, Itajaí, 2013.

ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA DA POLÍTICA NOS REGIMES DEMOCRÁTICOS

Lavínia Helena Macedo Coelho[1]

1. INTRODUÇÃO

Elegeu-se como tema do presente artigo a judicialização da política ante a necessidade do Judiciário tutelar matéria que, *a priori,* seria da alçada de outros poderes**.** A despeito da escassez de legitimidade, não poderia aquele se esquivar, pois responsável por tolher os excessos e suprir as omissões dos legisladores e administradores públicos, em decorrência do princípio da inafastabilidade de jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, da CF/98).

Ao poder Executivo, incumbe a função de governo; ao Legislativo, a legiferante; e ao Judiciário, a resolução das lides. Eis o modelo típico de governança fundado na separação de poderes, na preservação das liberdades civis e na manutenção da lei, idealizado por Montesquieu, na obra o Espírito das Leis, em 1748. Entretanto, há tempos na História em que a tripartição sofre flexibilização, e a excepcionalidade, exercício da atribuição de um poder por outro, torna-se regra.

Vive-se em um desses momentos inusitados, em que questões sensíveis de outros poderes migram para os tribunais judiciais, mesmo nas democracias sólidas. Transcreve-se lição de CAPPELLETTI (1993): *Certamente, o declínio da confiança nos parlamentares constitui fenômeno que se apresenta com diversos sentidos e gravidade em*

1 Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão e Membro do Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão. Mestra em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela UFMA e Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo UNICEUMA.

muitos países, em certa medida, porém, constitui elemento característico de todo mundo ocidental.

Dito fenômeno ocorre em nosso país, sendo o Judiciário, cada vez mais, convocado para prolatar decisões da alçada de outros poderes. O Executivo e o Legislativo ao esbarrarem com temas capazes de cindir a sociedade, como aborto, união homoafetiva, emprego de células-tronco, nomeação de agentes públicos com restrições e decretação de *lockdown* em pandemia, dentre outras, transferem essas questões urgentes e angustiantes ao Judiciário, por receio de reprovação, quando do *accountability eleitoral,* na renovação de mandato político.

Em outras palavras, a judicialização, de fato, parece ser fruto de omissão planejada na tentativa de perpetuação no poder. Corroborando dita premissa, recorre-se aos ensinamentos de ACKERMAN (2006):

> (…) As tentativas dos presidentes de transformar a Constituição por meio de ordens judiciais transformadoras constituem uma característica rígida da nossa prática moderna. Não são somente os estadunidenses que devem o legado do governo ativista moderno ao sucesso da técnica desenvolvida por Roosevelt. (…). É notório que a nossa Constituição atual se deve a uma série de ordens transformadoras bem sucedidas no passado. E o que acontece uma vez pode acontecer novamente.

Destarte, o Judiciário funciona como a porta, nos sistemas democráticos, para solucionar demandas que fragmentam a sociedade. Como consequência, assume um maior protagonismo perante a sociedade civil, ao acumular, também, a função de legislar e administrar, exercendo um ativismo sem precedentes, mas capaz de desencadear fortes conflitos, sobretudo com os outros poderes.

No Brasil, a judicialização da política atingiu seu apogeu nos últimos anos em decorrência de crise institucional. Fragilizados e

adormecidos, o Legislativo e o Executivo optaram, ou não se incomodaram, em transferir poderes. Essa inércia levou o Judiciário, em todas as suas instâncias, a enfrentar questões que, em condições normais de repartição, fugiriam de sua alçada. E, como dito, essas "ordens jurídicas transformadoras" provocaram fissuras dentro do regime democrático, pois o excesso de imiscuição relativizou a clássica divisão do poder de Montesquieu.

Parte-se, então, para analisar as consequências desse fenômeno, a partir do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Avaliar-se-á, em que medida, a tomada de decisões por juízes, a partir da intervenção nas diretrizes das políticas públicas e no desempenho da função criativa, favorece as elites políticas. Transcreve-se as lições de STRECK (2013):

> *(…) O acentuado protagonismo do Judiciário vem despertando, não só no Brasil, um conjunto de pesquisas que buscam a explicação desse fenômeno. Nesse sentido, a transformação de uma "juristocracia" (ou judiciariocracia) – chamemos assim esse fenômeno – não pode ser analisada como uma consequência exclusiva da vontade de poder (no sentido da Wille zur Macht, de Nietzsche) manifestada pelos juízes, mas ao mesmo tempo, deve-se levar em consideração a intricada relação institucional entre os três poderes (...).*
>
> Indo mais fundo, nos termos propostos Ran Hirschl (Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitucionalism), pode-se dizer, transportando a discussão para terrae brasilis, que nosso grau de judicialização atingiu a mega política (ou, a política pura, como o autor gosta de mencionar).

Entende-se, pois, que a judicialização da política, ou melhor, o seu excesso, além de implicar em flexibilização do princípio da separação de poderes, pode resultar em favorecimento das elites políticas, que livres das consequências das tomadas de decisões duras, mas indispensáveis para a preservação da democracia. O Judiciário que, em regra, ficava responsável por conter os excessos e reprimir os

abusos, abruptamente, viu-se compelido a agir, decidindo questões que apenas o domínio do saber jurídico não bastava. Destaca-se lição de ÁVILA (2014):

> Em primeiro ligar, o princípio da separação dos Poderes exige um mínimo de autonomia e independência no exercício das funções legislativa, administrativa e judicial. Assegurado um mínimo de liberdade para o legislador e para o administrador, não é dado ao julgador escolher o melhor meio sem um motivo manifesto de inadequação do meio eleito pela Administração para escolher o fim. O exame do entrecruzamento entre o dever de preservar a liberdade do legislador e o dever de proteger os direitos fundamentais do administrado revela abstratamente uma encruzilhada em que se resguarda um mínimo de liberdade para o legislador e para o administrador. Somente uma comparação cabal da inadequação permite a invalidação da escolha do legislador ou administrador.
>
> Essas considerações levam ao entendimento de que o exame da adequação só redunda na declaração de invalidade da medida adotada pelo Poder Público nos casos em que a incompatibilidade entre o meio e o fim for claramente manifesta. Caso contrário deve prevalecer a opção encontrada pela autoridade competente. Em função disso entende-se por que o Tribunal Constitucional Federal da República Federal da Alemanha refere-se aos controles da evidência (Evidenzkontrolle) e da justificabilidade (vertretbarkeitskontrolle).

Parte-se, portanto, da premissa que a judicialização da política extrapola a discussão de legalidade e oportunidade da Administração Pública quanto aos atos discricionários, assim como a da liberdade do legislador no processo legislativo, razão pela qual o seu emprego deve ser restrito a situações excepcionais. Avaliar a intensidade e os efeitos das "ordens jurídicas transformadoras" nos regimes democráticos, frente a escassez de legitimidade e expertise administrativa, e a ameaça delas decorrentes, é o desafio que se pretende enfrentar.

2. ORIGEM E CAUSA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A judicialização da política não é fenômeno peculiar ao direito pátrio, mas observado em outros países, resultado da aplicação do brocardo *romano mihi factum, dabo tibi ius e iura novit curia*, já que sempre recaiu sobre o Estado-Juiz o dever de pronunciar-se, mesmo na ausência de normas.

Montesquieu, ao sistematizar a repartição dos poderes estatais, propondo meio de organização e funcionamento em que cada órgão desempenhasse uma atividade e, ao mesmo tempo, controlasse a de outro, buscava evitar a supremacia de um único poder. Nesse sentido, destaca-se CAPPELLETTI (1993): *(…) A verdade é que apenas um sistema equilibrado de controles recíprocos pode, sem perigo para a liberdade, fazer coexistir um sistema legislativo forte com um executivo forte e um judiciário forte.*

A crescente intervenção do Judiciário em atribuições de outros poderes não se deu de forma abrupta, antes, paulatinamente, e no curso de toda História. A origem, portanto, residiu na reação democrática em favor da proteção de direitos (Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948) e contra as práticas populistas da II Guerra Mundial; na carta de direitos na *Grundgesetz*; nos ideais assegurados pelo estado de bem-estar social; e na atuação da Suprema Corte americana (especialmente a de Warren Court, nos anos 50-60). No Brasil, nasceu com o advento da Constituição Federal de 1988, mas ganhou corpo com a crise política dos últimos anos, personificada na imperfeição do Executivo e na paralisia do Legislativo.

Ora, a tripartição de poder a partir da especialização de funções com base na cooperação entre órgãos (poder limitando poder), não se restringe à exclusividade de incumbência, mas a preponderância dela. Logo, ao ser obrigado a dizer o direito em substituição a

outro poder, o Judiciário age, tanto nos sistemas de *civil law*, quanto nos de *common law,* de forma criativa, mas limitado pelo ordenamento jurídico. Transcreve-se CAPPELLETTI (1993): *O bom juiz bem pode ser criativo, dinâmico e ativista, e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz.*

Segundo RAMOS (2010), no sistema *civil law* a produção de norma jurídica aproxima o legislador ao aplicador, se comparado ao *common law*. Neste, o direito é criado a partir dos casos julgados, sendo as leis integradas quando determinado por decisões judiciais. Já naquele, a função precípua é prescritiva, pois as normas são aplicadas pelo julgador, que apenas exerce função criativa excepcionalmente. Dita diferença é essencial para compreender a judicialização da política em ambos os sistemas.

Enquanto nos países de *common law* a discussão reside na legitimidade, ou melhor, na falta dela, tendo em vista a ideologia democrática que permeia o sistema político, em países ligados ao *civil law* é deslocada para a ousadia e o excesso do Judiciário. Neste, quanto mais desenvolvida a hermenêutica, as decisões figuram mais inovadoras; e quanto menor a legitimidade do Executivo e Legislativo, mais se utiliza do Judiciário. Contudo, a liberdade de criação dos aplicadores do direito é menor: há limites para intervenção!

BOBBIO (2006), ao trabalhar a crítica de Bentham ao *common law*, defendeu que o juiz tem o dever de resolver qualquer controvérsia que lhe seja apresentada, mesmo carecendo de saber científico específico. Neste caso, entendia que apenas a produção legislativa do direito, por meio de leis e os códigos confiados a indivíduos ou comissões, solveria o problema, ressaltando que o povo não tinha como controlar a produção do direito elaborado por juízes. Ilustrando este entendimento, remete a defesa de Austin da superioridade do direito legislativo.

Destaca-se passagem da obra de Austin, cujo título é *Lectures on Jurisprudence*, contida na obra de BOBBIO (2006):

> Em todo país em que grande parte do direito consiste em direito judiciário, todo sistema jurídico, ou o corpus juris inteiro, é necessariamente um caos monstruoso: em grande parte consiste de direito jurídico, introduzido pouco a pouco e disperso numa enorme quantidade de decisões jurídicas particulares, e em parte de direito legislativo acrescido à guisa de remendo ao direito judiciário e disperso num enorme amontoado de leis ocasionais e suplementares.

Austin defendia que, ao criar o direito substancial, objetivava o Estado o seu mero cumprimento pelo Judiciário. Logo, o juiz não estaria livre para agir, antes, deveria observar critérios e sofrer limitações, inclusive dos precedentes. Defendia, ainda, a possibilidade de controle pela autoridade soberana, que poderia, inclusive, afastar aquele das funções, no caso de inobservância das normas jurídicas, exaltando o papel dos órgãos superiores na anulação das decisões jurídicas arbitrárias.

Entretanto, foi apenas a partir da segunda metade do século XX que os juízes assumiram posição mais ativa, chegando a criar o direito a partir de convicções subjetivas e de critérios pessoais de avaliação, incomodando os demais poderes. Tentando atenuar essa intervenção, correntes doutrinárias, como o positivismo liberal e a teorização hermenêutica, reduziram o direito à mera constatação e à aplicação dos enunciados normativos, evitando a criação de um superpoder e legitimando o passivismo jurídico (CAPPELLETTI, 1993).

Segundo o positivismo liberal, as decisões judiciais não podem ser elaboradas livremente, pois carece o juiz da discricionariedade do legislador, razão pela qual deve adotar critérios, como os estabelecidos por Ronald Dworkin, que ao tomar o direito como integridade, vincula-o à prática constitucional. Junto com a teorização

hermenêutica, foi a primeira corrente literária que limitou a postura ativista do Judiciário. Contudo, o passivismo jurídico não se sustentou diante do modelo de Estado intervencionista adotado a partir de 1934 (HECK, 2010).

No Brasil, a judicialização da política foi intensificada após a promulgação da Constituição Federal em 1988, que, ao assegurar direitos não concretizados pelo poder público, incentivou o acesso ao Sistema de Justiça por meio de ações individuais, cujas tutelas redirecionaram, inclusive, as políticas públicas. As recentes crises políticas provocaram uma avalanche de decisões judiciais, aprofundando ainda mais a tensão institucional que envolve os poderes, datada de quase uma década, a despeito de o art. 2º da CF/88 dispor que os poderes são independentes e harmônicos entre si e o art. 6º elevá-los ao patamar de cláusula pétrea.

Pautas importantes da sociedade brasileira foram transferidas para o Judiciário, implicando na preponderância do direito construído pelos juízes. Se em um país de *common law* tal fato já seria preocupante, em um país de *civil law*, em que a competência para elaborar leis é do Legislativo, a judicialização excessiva da política deve ser considerada na preservação do estado democrático de direito. É dentro dessa perspectiva que se busca analisar as decisões que sopesam ousadia e criatividade, avaliando os seus efeitos e possíveis excessos, como os deslumbramentos que poderiam ensejar num governo de juízes.

3. DEMOCRACIA DUALISTA

Paira dúvida quanto à capacidade do julgador para enfrentar não apenas o excesso de judicialização, mas o exame de matéria do Executivo e Legislativo, por exigir conhecimento específico. Como

tem o dever de entregar a tutela jurisdicional, aquele deve ofertar a mais adequada, principalmente quando se arvora da atribuição de outro. Acerca da aptidão para prolatar decisão substituindo os políticos, remete-se a questionamento formulado quanto à competência da Suprema Corte Americana por ACKERMAN (2006): *(…) Quem deu a nove velhos juristas a autoridade de contestar os julgamentos de políticos eleitos democraticamente?*

De fato, a falta de representatividade popular, dependente do *accountability eleitoral*, deve ser considerada quando se trata da transferência de decisões políticas para juízes. A ausência de vontade da maioria, que numa democracia apenas é alcançada pelo voto nos representantes políticos, coloca em dúvida as decisões de cunho político proferidas por juízes. Entretanto, a falta de legitimidade para produção do direito judiciário ou regulamentação de ato administrativo, já que a sua competência decorre de aprovação em concurso público (art.93 da CF/88), não esquiva o magistrado de decidir ante a exegese do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Resta, então, analisar se as decisões judiciais de cunho político podem, ou não, ostentar caráter democrático, a partir do conceito de democracia nas correntes do monismo e do dualismo. Enquanto para os monistas apenas os representantes eleitos detêm legitimidade democrática para traçar os rumos de um povo, para os dualistas dito poder não é absoluto. Estes não tomam por verdade única que apenas o eleito tenha o direito de governar, apesar da autoridade do povo, admitindo a intervenção de terceiros na proteção do ordenamento jurídico.

Na defesa do caráter democrático das intervenções judiciais nas decisões políticas, decorrente da visão dos dualistas, transcreve-se ACKERMAN (2006):

> Consequentemente, o dualista terá uma visão da Suprema Corte sob uma perspectiva totalmente diferente daquela monista. O monista trata todos os atos de revisão normativa como algo presumidamente antidemocrático e luta, por meio de argumentos engenhosos, para poupar o Supremo do "obstáculo contra majoritário". Em contrapartida, o dualista interpreta o desempenho da função de preservação pelos tribunais como elemento essencial de um regime democrático bem ordenado. Em vez de ameaçar a democracia, frustrando as demandas legislativas da elite política de Washington, os tribunais servem, protegendo princípios duramente conquistados da cidadania mobilizada, contra a corrosão das elites políticas que falharam na obtenção do sólido apoio popular para suas inovações.

A despeito da carência de legitimidade segundo os monistas, a realidade é que cada vez mais o Judiciário intervém no direcionamento da política, ainda que com mais intensidade em alguns países, imiscuindo-se na atribuição de outros poderes, para assegurar garantias constitucionais, expondo, dessa forma, a fragilidade do sistema de freios e contrapesos, como fielmente retrata HOLANDA (2014):

> *(…) As constituições feitas para não serem cumpridas, as leis existentes para serem violadas, tudo em proveito de indivíduos e oligarcas, são fenômenos correntes em toda a história da América do Sul. É em vão que os políticos imaginam interessar-se mais pelos princípios do que pelos homens: seus próprios atos representam o desmentido flagra*nte dessa pretensão.

Logo, de acordo com a corrente dualista, as decisões judiciais de cunho político decorrem da necessidade de assegurar direitos constitucionais frente a inércia dos outros poderes. Aferir o limite e a intensidade das "ordens jurídicas transformadoras" é questão tormentosa, mas indispensável na preservação das democracias, ante o quantitativo de demandas que judicializam a política e a vida.

4. CRIAÇÃO DO DIREITO JUDICIÁRIO

De acordo com a corrente dualista, a judicialização da política não confronta com a democracia. Entretanto, acarreta tensão institucional, desencadeando, inclusive, crises governamentais. O problema, sem embargo, reside no excesso de judicialização, por provocar não apenas a transferência de atribuição de outros legitimados, mas, sobretudo, por quebrar os rumos apontados pelos representantes do povo. O deslocamento do poder político para julgador obrigado a criar o Direito Judiciário, tensiona todo o sistema democrático, tanto pela mudança de diretriz, quanto pela dificuldade de controle.

Remete-se aos ensinamentos de POSNER:

> (...) *à medida que cresce o poder discricionário do judiciário, as regras de conflito de interesses tornam-se mais estritas, porque, quanto mais os juízes exercem um poder discricionário, mais difícil se torna a determinação de qualidade de sua produção.*

Neste sentido, o controle de qualidade da decisão passa a depender da formação do julgador, frente a adoção de critério subjetivo de "criação judiciária do direito" (termo empregado por Austin). Talhado quase sempre pelo positivismo, aquele vê-se obrigado a emitir pronunciamento em matéria sensível, de interesse de toda sociedade civil, ainda que carente de legitimidade do sufrágio popular. Destarte, nas decisões judiciais de cunho político, a discricionariedade do eleito, é substituída pela do magistrado, afastando a participação da sociedade civil na tomada de decisão.

É inconteste que essa modalidade de governo em que parte do poder político é transferida aos juízes, nominada de oligarquia dos magistrados ou república dos juízes, apequena decisões de interesse geral, por serem enfrentadas por um magistrado ou por Cortes de Justiça, fragilizando, assim, mesmo as democracias mais sólidas,

sobretudo quando a judicialização de temas sensíveis é demasiada e empregada como subterfúgio para evirar as consequências do *accountability* eleitoral.

5. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE

Mas há benefícios colhidos com a judicialização da política! A sociedade civil não poderia continuar punida pelas omissões e inércias dos demais poderes. A atuação de um poder imparcial, distanciado da atividade político-partidária, que, com isenção, entrega aos cidadãos uma decisão jurídica em tema sensível, contribui, sim, para aprimoramento do regime democrático. Entretanto, como dito, o problema reside na quantidade e profundidade da tomada de decisões políticas por juízes.

Tal premissa pode ser corroborada no julgamento do Supremo Tribunal Federal que retirou a tipicidade do crime de aborto de anencéfalos; do Tribunal Superior Eleitoral, quando decidiu acerca da extensão da Lei da Ficha Limpa; e no do juiz de primeiro grau, que impediu nomeação de Ministro de Estado indicado por Presidente da República ou decretou *lockdown* no curso de uma pandemia. Ressalve-se que decisões que alteraram o rumo da nação, prolatadas por julgadores não eleitos pelo sufrágio popular, são obrigadas a buscar respaldo na Lei Maior, de acordo com a teoria democrática dualista.

É fato que decisões políticas tomadas por juízes aproximam a população do Sistema de Justiça, sendo motivo de exaltação por simbolizar o acesso à justiça efetiva. Contudo, esse abocamento não deve ser utilizado como instrumento de pressão sobre o julgador, que além de preservar a imparcialidade, deve ter liberdade para

criar decisões, tendo como limite os princípios constitucionais. Nesse sentido, recorre-se, mais uma vez, aos ensinamentos de CAPPELLETTI (1993):

> Lembro, mais uma vez, as regras fundamentais de antiga sapiência, que imprimem ao processo judiciário a sua natureza única: a regra, segundo a qual, a função jurisdicional não pode ser exercida senão a pedido da parte, e aquela, segundo a qual, o juiz não pode ficar sujeito a pressões parcializadas e deve garantir o contraditório das partes.

Destaca-se que a mídia também exerce um papel diferenciado quando da tomada de decisão política por juízes, pois acompanha, *pari passu,* os trâmites processuais. Como consequência, o julgador ora é tomado como herói, ora como vilão, perante a sociedade civil. Acerca da entrega da tutela de cunho político por juízes e suas consequências, transcreve-se POSNER (2009):

> *O poder dos juízes já foi tema de análises econômicas comportamentais, mas não como fonte de deferência ou como adornamento do ato de votar; e sim como fonte de satisfação ou até euforia, semelhante ao que sentem os criativos. Os artistas criam obras de arte que transformam a percepção. Os juízes tomam decisões que transformam as práticas sociais e comerciais. Os artistas imprimem sua visão estética à sociedade e os juízes, sua visão política.*

Mesmo com a recorrente necessidade de tomar decisões políticas, deve o julgador preservar a sua imparcialidade, afastando-se do subjetivismo e priorizando o emprego da ciência jurídica. Deve repudiar ser objeto de politização e recusar o protagonismo político ou a beatificação popular. Destarte, ainda que a neutralidade liberal, adotada por Kennedy e repudiada por Obama, seja utópica, o julgador deve considerar a teoria da justiça de Rawls, abdicando das con-

vicções morais e religiosas em favor das concepções políticas de um povo. Destaca-se SANDEL (2014):

> *Os juízes não podem, evidentemente, invocar as próprias noções pessoais de moralidade, tampouco os ideais e virtudes da moralidade em geral. Estes devem ser considerados irrelevantes. Eles não podem, da mesma forma, invocar visões religiosas ou filosóficas, deles próprios ou de outras pessoas.*

Portanto, a influência da convicção pessoal do julgador na adoção de determinada filosofia judicial (conservadora, liberal, ativista ou moderada), deve ser neutralizada na tomada de decisão política. Ao deparar-se com qualquer disputa em torno de ações e omissões políticas, o magistrado deve priorizar o bem comum a partir de critérios objetivos, sobretudo quando da criação do direito judiciário. A imparcialidade é regra, já a neutralidade, utópica. Assim, ainda que impossível desprender-se dos ideais incorporados, deve o julgador afastar-se de preconceitos e crenças quando da tomada de decisões. Prossegue-se citando POSNER (2009):

> Quando surge um caso efetivamente novo, as regras do jogo judicial exigem que o juiz atue como legislador e, portanto, decida segundo seus valores, embora essas mesmas regras não exijam que ele reconheça estar fazendo isso. (…)
>
> *As regras a que me refiro são regras institucionalizadas do ato de julgar, às quais apenas os juízes se submetem. Como disse, elas não são claras ou homogêneas de modo algum. Alguns juízes seguem regras ativistas, outros (grande quantidade), regras restritivas, por serem estas mais compatíveis com a autoimagem dos profissionais de direito. Além disso, os juízes, como os outros jogadores, às vezes mudam ou quebram as regras, em prol de outros valores.*

A intervenção de juízes não eleitos em tomadas de decisões políticas é fenômeno recente, que deve ser tratado com cautela, diante

do risco da interpretação isolada das normas legais por autor carente de legitimação popular. Necessário o fortalecimento das instituições, pois apenas dessa forma poder-se-á cobrar dos legitimados, Executivo e Legislativo, o desempenho regular das competências atribuídas constitucionalmente. Por enquanto, a exigência de fundamentação racional, sobretudo quando da aplicação de princípios morais e éticos, deve ser o vetor para controlar os excessos dos magistrados nas tomadas de decisões políticas.

Segundo APPIO (2010), a judicialização excessiva da política impulsiona a divinização dos juízes e possibilita o nascimento de uma teocracia constitucional na qual o Judiciário passa a exercer a função de superego da sociedade, gerando um processo de infantilização do cidadão. Por mais essa razão, a intervenção de juízes, em matéria política, deve ser tratada com cautela, diante do risco da interpretação isolada da Constituição por sujeito sem legitimidade popular. Deve-se, portanto, afastar do sistema político, legisladores e administradores que fogem, de forma pragmática, do enfrentamento das questões sensíveis de um povo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na última década, a judicialização da política floresceu de forma tão vultosa que nos remete à dimensão do monstro no conto infantil da Bela e Fera. Apesar de fenômeno anômalo, cresceu no espaço deixado pelo Legislativo e Executivo, que não exercendo algumas atribuições, possibilitaram a ingerência do Judiciário em matérias sensíveis. Entretanto, não se desconsidera que a tensão decorrente da judicialização excessiva da política poderia ter sido substituída por ações planejadas e estratégicas, caso cada legitimado tivesse exercido sua atribuição a contento, pois foi no vácuo de poder que se firmou a criação do direito judiciário.

Não se torna crível que numa democracia as instâncias de base ou as Cortes Judiciais decidam os rumos políticos, substituindo a sociedade civil e os outros poderes. De mecanismo previsto para equilibrar o estado de direito, dentro do modelo de tripartição dos poderes, as ordens judiciais transformadoras passaram a ser consideradas ameaça ao regime democrático, por serem capaz de alterar os rumos de uma nação.

Compreende-se a judicialização de algumas temáticas da política nas democracias modernas. Entretanto, urge que seja estabelecido um limite, pois nenhum magistrado deve substituir os detentores do direito de governar e legislar, alçados por eleição justa e aberta. Ressalva-se que a intervenção do Judiciário para inibir as omissões e exageros dos outros poderes continua sendo crucial para manutenção das democracias, por proteger os cidadãos das práticas corrosivas das elites políticas, insaciadas pela perpetuação no poder.

A judicialização apenas assume dimensão monstruosa quando configurado o excesso no exercício de atribuição que caberia a outro poder, devendo, assim, pautar-se o julgador, sempre, na busca do equilíbrio entre a ousadia e a criatividade quando da tomada de decisão de cunho político. Sem embargo, a democracia não pode ficar adstrita ao regime representativo formal, razão pela qual importa a participação do povo na seleção das diretrizes políticas. Logo, a utilização indevida do Judiciário por elite política deve ser repudiada, por fragilizar a democracia que, como dito, não se resume a cédulas e votos.

As decisões judiciais que enfrentam questões sensíveis, sobretudo quando se trata de uma minoria, assegurando direitos contramajoritários, são cruciais para manutenção das democracias. E é no exercício de competência atribuída, *a priori*, a poder outro, que o Judiciário sofre as maiores críticas, os juízes são intimidados e os tribunais ameaçados de desconstituição. Todo esse proceder fragiliza as instituições, arranhando o regime democrático! O enfraquecimento

do Judiciário é fator de risco, pois na pós-modernidade as democracias não mais morrem por ataques com tanques, mas pela subversão das regras do processo jurídico.

Torna-se, portanto, necessário desconstruir o discurso que atribui ao Judiciário os malefícios do excesso de judicialização da política. Morre a democracia quando cada poder não exerce suas atribuições; morre a democracia quando se fragilizam as instituições. Sem normas robustas e sem a concretização de direitos constitucionais, os freios e contrapesos constitucionais jamais serão efetivos!

De fato, a judicialização da política é marca das democracias modernas, mas o problema reside apenas no seu excesso. A figura do julgador imparcial, capaz de decidir contra a vontade popular para preservar as garantias constitucionais, fortalece o estado democrático de direito. É apenas por causa da inércia ou excesso dos demais poderes que a espada de Dâmocles ameaça juízes, que obrigados a solver questões sensíveis para todo um povo, sem terem passado pelo *accountability* eleitoral, retirando pretensa legitimidade de normas constitucionais, recorrendo, especificamente, ao sistema de freios e contrapesos.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**. Fundamentos do Direito Constitucional. 4ª ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2016.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2013.

APPIO, Eduardo Fernando. **O Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil.** Curitiba: Juruá, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional.** Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

BEARD, Charles A. **A Suprema Corte e a Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

BOBBIO, Noberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico.** Rio de Janeiro: Bertrando Brasil S. A., 1989.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis.** São Paulo: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

_____. **Juízes Legisladores.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CHAUI, Marilena. **Cultura e Democracia.** 6ed. São Paulo: Cortez Editora. 1989.

CORWIN, Edward S. **A Constituição norte-americana e o seu significado atual**. Rio de Janeiro: Zahar, s/d.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. **O federalista.** Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

HECK, Luís Afonso (Org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil.** 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras. 1995.

MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia.** São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

POSNER, Richard A. **Para além do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial:** parâmetros dogmáticos das Políticas Públicas no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa (org.). Direito Constitucional Americano. São Luís: EDUFMA, 2016.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **A corte suprema e o direito constitucional americano**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

SALOMÃO, Luiz Felipe. O Brasil vive momento de judicialização. **AMAERJ.** Disponível em: http://amaerj.org.br/noticias/ministro-salomao-diz-que-brasil-vive-omento-de-judicializacao. Acesso em: 11.02.2018.

SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa.** 15 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, Livraria do Advogado, 2014.

SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

STRECK, Lenio Luiz. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? **CONSULTOR JURÍDICO.** Disponível em: http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginação-alguns. Acesso em: 13.06.2013.

TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América. Leis e Costumes.** Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **A democracia na América. Sentimentos e Opiniões.** Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

AS OUVIDORIAS PÚBLICAS E O RESGATE AO ESPAÇO DE DEBATE SOCIAL: mecanismo de efetividade dos princípios constitucionais de acesso à informação e à participação popular na consolidação da democracia

Anna Carolina Alencar Furtado Leite Melo Silva[1]

1. INTRODUÇÃO

A participação do cidadão na gestão de políticas públicas tem sido importante mecanismo na realização de uma democracia participativa e deliberativa. O controle social das ações da Administração Pública tem contribuído na prevenção da corrupção, com a transparência dos atos e das gestões públicas, e por consequência, na consolidação da cidadania.

No entanto, para a eficácia do controle social, é necessário que cidadãos sejam mobilizados, recebendo orientações sobre como atuar e fiscalizar a Administração Pública, tanto em relação aos gastos públicos, como na concretização de seus direitos e garantias fundamentais.

Nesse diapasão, sobreleva-se a Ouvidoria Pública, como instrumento de garantia de defesa e promoção dos direitos constitucionais, lócus privilegiado de ausculta dos cidadãos, usuários do serviço público, no que diz respeito à eficiência, eficácia e efetividade da gestão pública. Assim, as Ouvidorias Públicas abrem espaços de debates públicos, valorizando a cidadania, a participação popular, a democracia participativa, na formação de uma gestão social.

1 Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará- UFC.

O presente artigo tem como enfoque o estudo sobre as Ouvidorias Públicas e suas ferramentas constitucionais para o fortalecimento da gestão social no Brasil, por meio da garantia dos princípios de acesso à informação e à participação popular.

2. A DEMORACIA E A PARTICIPAÇÃO POPULAR

A palavra *democracia* provém do grego: ***demos*** (povo) e ***kratos*** (poder), portanto, desde seus primórdios (meados do século V para o IV A.C.) quer dizer: governo do povo, detentor da sabedoria e do poder político.

Nesse sentido, disse Lincoln, que *"democracia é o governo do povo, para o povo, pelo povo"*. Infere-se que *"o povo é sujeito ativo e passivo de todo esse processo, mediante o qual se governam as sociedades livres"*, assim como, na formulação do conceito de Democracia – *"povo participante, povo na militância partidária, povo no proselitismo, povo nas urnas, povo elemento ativo e passivo de todo o processo político, povo, enfim, no poder"*.[2]

A partir desse conceito de democracia na Grécia Antiga – Aristóteles, Péricles, Clístenes, Platão – a concepção de democracia passou por diversas transformações e teorias.

Noções do bem comum, vontade coletiva, igualdade e soberania do povo, defendidas por autores clássicos como Rousseau, Stuart Mills, dentre outros, foram utilizadas por defensores da democracia participativa para, a partir da década de 1960 e 1970, desmistificar a noção de que o cidadão é incapaz ou desinteressado no processo político.

2 BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 50-51.

Portanto, numa democracia participativa, a participação política é o elemento chave para a tomada de decisões coletivas, vez que a participação popular pode influenciar a motivação individual e coletiva, deixando o indivíduo de ser sujeito passivo, consumindo e aceitando as políticas públicas, para de forma ativa, assumir suas próprias decisões políticas. Os autores dessa perspectiva sugerem a criação de instituições com novos canais de participação, para que o cidadão participativo e interessado possa contribuir nos processos políticos.

A partir de 1990, a teoria democrática deu uma reviravolta em torno do conceito de deliberação, e o alemão Jürgen Habermas colocou forte peso na questão da *"institucionalização"*. A democracia deliberativa de Habermas se apresentou como contraponto ao modelo republicano (participativo) de democracia, em especial ao seu aspecto cívico, os quais os indivíduos seriam dotados de virtudes políticas. Como argumentou Habermas em relação ao aspecto ético subjacente desse modelo: em situações de pluralismo cultural e social, por trás das metas politicamente relevantes, muitas vezes escondem-se interesses e orientações valorativas, que entram em conflito na perspectiva de consenso, necessitam de um equilíbrio ou de um compromisso que não é possível alcançar mediante discursos éticos, ainda que os resultados se sujeitem a condição de não transgredir os valores básicos consensuais de uma cultura. Portanto, o reconhecimento do pluralismo cultural e social, bem como dos conflitos de interesses sociais estimulam Habermas a redefinir a democracia, deslocando o foco da cidadania virtuosa para a dos espaços públicos e dos procedimentos comunicativos[3]. Assim, o modelo deliberativo apresentado por Habermas, inspirado nas questões colocadas pela Teoria Crítica, sustentava que a interação discursiva entre os cidadãos e representantes constitui o aspecto essencial para a formulação

3 LÜCHMANN, Lígia. **Democracia deliberativa: Sociedade civil, esfera pública e institucionalidade.** Cadernos de pesquisa, n° 33, novembro de 2002, p. 2-3.

das decisões políticas e ao processo de reconhecimento de direitos, liberdades e reivindicações individuais.

Embora tratando aqui de forma sucinta, é perceptível o salto qualitativo concedido pelas teorias democráticas, quando se permite ao cidadão um espaço público de interação com o Estado, enfatizando uma construção argumentativa de suas preferências em detrimento da mera agregação de interesses.

A análise dessa evolução histórica das teorias democráticas revela a necessidade premente de dotar os indivíduos de capacidade deliberativa. Estando apto a deliberar sobre as questões sociais, o povo pode resgatar o espaço público e participar na gestão pública de forma efetiva. Para isso, precisa compreender a ideologia dominante e ampliar o conceito daquilo que entende por "gestão pública", transcender o estado de alienação política em que se encontra e, a partir daí, criar mecanismos eficientes de participação no discurso social.

Nesse contexto, o objetivo é expressar a noção de que a democracia deliberativa detém o poder de harmonizar, por meio da discussão pública, os interesses conflitantes, isto é, presume-se que por meio do debate público o resultado da discussão aproximar-se-á da solução mais imparcial.

3. O ALCANCE DA DEMORACIA PARTICIPATIVA E DELIBERATIVA: PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO

Destarte, indaga-se: quais instrumentos o cidadão possui para, numa democracia participativa e deliberativa, exercer de forma consciente sua participação na gestão pública, a fim de alcançar, de forma mais imparcial possível, o bem comum?

A resposta a esse questionamento parte de um direito reconhecido internacionalmente como essencial para o efetivo respeito aos direitos humanos, que é o direito à informação. Somente cidadãos corretamente informados podem exercer sua atuação no contexto político e jurídico do Estado. Assim, a garantia ao livre fluxo de informação é imprescindível ao exercício da cidadania.

Citando a célebre asserção de Dworkin de que o governo que não leva a sério os direitos não leva a sério o Direito[4], poder-se-ia dizer que a negativa de acesso à informação por parte do poder público é uma violação a um direito fundamental, pois não leva a sério a própria humanidade que habita em cada uma e em todas as pessoas.

Para Paulo Bonavides[5], o direito à democracia, ao pluralismo e à informação são direitos fundamentais de quarta geração, com aspectos introduzidos pela globalização política, conforme abaixo transcrito:

> "A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. (...) Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. (...) A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. É direito de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. (...) os direitos da primeira

4 DWORKIN *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 166.

5 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 571-572.

> geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia."

Ao lado dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da eficiência e da publicidade, que regem a Administração Pública, o constituinte previu ainda que a administração direta e indireta de quaisquer dos Poderes da União deverão obedecer ao que consta no art. 37, § 3º, II da CF/88. De forma expressa, prevê a participação do usuário na Administração Pública, deixando a cargo da legislação ordinária à sua regulamentação[6].

O princípio da publicidade, que está fortemente vinculado à liberdade de informação, na medida em que todos, sem exceção, têm a prerrogativa de informar e ser informado, é uma liberdade pública que, não só garante a liberdade de imprensa, como também a liberdade de expressão. Para isto, não basta apenas assegurar o direito a essa liberdade, mas também garantir que o Estado exerça o seu dever de informar e, o cidadão, por sua vez, exerça o seu direito de participar do processo informativo.

O direito fundamental, mesmo que reconhecido e declarado, fica mitigado em seu conteúdo se não for garantido, ou seja, não há que se confundirem direitos com garantias fundamentais. Segundo Ruy Barbosa[7]:

> [...] os direitos fundamentais consagram disposições meramente declaratórias (imprimem existência legal aos direitos reconhecidos).

---

6 BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm, acesso em 02/02/2020.

7 BARBOSA, Ruy. **Commentários à Constituição Federal Brasileira**. v. 5. São Paulo: Saraiva, 1934, p. 181.

> Já as garantias fundamentais contêm dispositivos assecuratórios (defendem direitos, evitando o arbítrio dos Poderes Públicos).

Assim, tornar efetivo o direito à informação é um dos grandes desafios do Estado de Direito na construção da democracia deliberativa.

Acoplado ao direito à informação, consagrado no art. 5º, inc. XXXIII, suprarreferenciado, encontra-se a Lei nº 12.527/2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação - LAI, que regulamenta o direito fundamental de qualquer pessoa solicitar e receber dos órgãos e entidades públicos, de todos os entes e Poderes, informações públicas por eles produzidas ou custodiadas. Determina, ainda, que esses órgãos públicos criem em suas unidades administrativas os chamados SIC (Serviço de Informação ao Cidadão). Para isso precisarão implantar uma infraestrutura capaz de atender e orientar o público quanto ao acesso às informações de interesse difuso e coletivo.

Conforme disposto na LAI, em seu art. 9º, o acesso às informações públicas será assegurado mediante: a) criação de serviço de informações ao cidadão, nos órgãos e entidades do poder público (SIC) e; b) realização de audiências ou consultas públicas, incentivando à participação popular ou a outras formas de divulgação.

É nesse contexto que a audiência pública aparece como instrumento da participação popular, sendo um importante mecanismo à disposição da Administração Pública para que esta possa dar efetividade aos preceitos constitucionais, ao permitir o acesso à informação, à participação da população em debates que tenham como pauta as questões de relevante interesse social, ou quando da definição de políticas públicas e elaboração de normas.

4. A OUVIDORIA PÚBLICA NA FORMAÇAO DE ESPAÇOS DE DEBATE SOCIAL

As ouvidorias públicas assumem papel de extrema relevância para a valorização da cidadania, ao se estabelecerem como instâncias de promoção e defesa de direitos, viabilizando a participação e o controle social na execução do fim público da ação administrativa. Atuam, nesse mesmo sentido, os conselhos e comissões de políticas públicas, as audiências e consultas públicas, as conferências nacionais, as mesas de diálogo, os fóruns participativos e interconselhos.

A ouvidoria pública é responsável pelo tratamento de pedido de informações, reclamações, solicitações, denúncias, sugestões e elogios relativos aos serviços e políticas públicas, com vistas ao aprimoramento da gestão pública. Por isso, esse organismo hoje é considerado como ferramenta de gestão num plano estratégico, pois a ação qualificada na mediação das relações entre cidadãos e administração possibilita a identificação de oportunidade para o aperfeiçoamento da gestão pública.

O princípio democrático confere ao povo a titularidade do poder constituinte, que é soberano, e as ações empreendidas pelo Estado emergem e se sustentam pela legitimidade que lhes são conferida pelos cidadãos. Assim, o relacionamento entre ouvidorias públicas e sociedade traz insumos para que aquelas possam contribuir com o controle interno e externo, devendo ser consideradas no processo de tomada de decisão pelo gestor público, pois revelam os interesses e expectativas da sociedade civil.

Com isso, percebe-se a formação de espaços de debate público, com a participação da sociedade civil como componente do processo de formulação, implementação, avaliação e monitoramento das políticas públicas.

Outro relevante papel exercido pelas Ouvidorias se consubstanciou com a edição da Lei n.º 13.460/2017, conhecida como Có-

digo de Defesa do Usuário do Serviço Público. O art. 13 dispõe que as ouvidorias terão como atribuições precípuas promover a participação do usuário na administração pública, em cooperação com outras entidades de defesa do usuário e promover a adoção de mediação e conciliação entre o usuário e o órgão ou a entidade pública, sem prejuízo de outros órgãos competentes, dentre outras.

Outro espaço de debate social é encontrado nas Audiências Públicas realizadas por meio das Ouvidorias. Um dispositivo de participação direta da população nas decisões governamentais. Uma maneira de a sociedade ficar sabendo dos atos que ocorrem na Administração Pública, expressar seus problemas cotidianos e cobrar soluções de seus representantes.

Com essa participação da população nas Audiências Públicas, a sociedade exerce o controle social. Por controle social, segundo o Dicionário de Política de Bobbio, Matteucci e Pasquino[8] "se entende o conjunto de meios de intervenção, quer positivos, quer negativos, acionados por cada sociedade ou grupo social, a fim de induzir os próprios membros a se conformarem às normas que a caracterizam, de impedir e desestimular os comportamentos contrários às mencionadas normas, de restabelecer condições de conformação, também em relação a uma mudança do sistema normativo".

Decerto, a valorização de todos esses aspectos contribuirá para a promoção da gestão social, com o resgate ao espaço de debate público, efetivando o potencial democrático das ouvidorias públicas no Brasil.

8 BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. São Paulo: Editora UNB- Imprensa Oficial: 2004, p. 283.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Natália. **Audiência pública no processo administrativo federal**. Belo Horizonte: D'plácido, 2015.

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. 2ª. ed., São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BERLIN, Isaiah. **Ideias políticas na era romântica:** ascensão e influência no pensamento moderno. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

BITTAR, Eduardo C. B. **Democracia, justiça e emancipação social**: reflexões filosóficas a partir do pensamento de Jurgen Habermas. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BÔAS FILHO, Orlando Villas. Legalidade e legitimidade no pensamento de Jurgen Habermas. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org.). **Direito e democracia:** um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. São Paulo: Editora UNB - Imprensa Oficial: 2004

BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil.** Brasília: OAB Editora, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2003

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Governo Democrático e Jurisdição Constitucional.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GODOY, Miguel Gualano. **Constitucionalismo e Democracia:** uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012

GONÇALVES, Nicole. **Amicus curiae e audiências públicas:** instrumentos para uma jurisdição constitucional democrática. Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar, v. 11, n. 2, p. 385-401, jul./dez. 2008.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição:** Constituição para e Procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LÜCHMANN, Lígia. **Democracia deliberativa:** Sociedade civil, esfera pública e institucionalidade. Cadernos de pesquisa, n.°33, novembro de 2002.

MACIEL, José Fábio Rodrigues; AGUIAR, Renan. **História do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENEZES, Ronald do Amaral. **Ouvidorias Públicas Federais: Análise dos elementos que contribuem para a promoção da gestão social,** IPEA 2015, https://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/td_2088.pdf, acesso em 02/03/2020.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política:** legislativa, administrativa e judicial. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

RAIS, Diogo. **A sociedade e o Supremo Tribunal Federal:** o caso das audiências públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ROCHA, Jean Paul C. Veiga da. Separação dos poderes e democracia deliberativa. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org.). **Direito e democracia:** um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008.

VALLE, Vanice Regina Lírio et al. **Audiências públicas e ativismo**: diálogo social no STF. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

A DEMOCRACIA SEMIDIRETA E A PROPOSTA DE REFERENDO REVOGATÓRIO NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Salvio Dino de Castro e Costa Junior[1]

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende abordar o instituto do referendo como instrumento de participação popular na construção de uma democracia política que não seja centrada exclusivamente em critérios formais de representação político-jurídica, de maneira que se apontem possíveis caminhos de saída para crises institucionais sem ruptura constitucional.

Por essa senda, Gomes Canotilho, ao discursar na Universidade de Coimbra[2] em recepção aos brasileiros Paulo Bonavides e Paes de Andrade, destacou trecho de obra coletiva então lançada na qual os mesmos afirmavam que "a tragédia do constitucionalismo brasileiro reside em que jamais sequer nos foi possível [...] ultrapassar a crise constituinte da constitucionalidade formal. A crise política converteu-se portanto daquilo que deveria ter sido mera crise constitucional em crise constituinte permanente".[3]

A referência ao pensamento permanece atual dado o aprofundamento de uma crise política – com reflexos constitucionais – e ares de perenidade, como se observa no Brasil nas últimas décadas.

---

1 *Advogado e Professor,* Rua das Dálias, nº 130, Cond. Ile Saint Louis, Bloco C1, apt. 1502 (98) 99115-0063 e (98) 2106-7474. salvio@salviodino.com.br

2 Discurso proferido em sessão da Universidade de Coimbra em 18 de Jan. de 1991

3 BONAVIDES, Paulo. ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: OAB Editora, 4ª edição, 2002, p. 948

Com efeito, trata-se de assunto da maior relevância que tem sido amplamente discutido diante dos sucessivos escândalos divulgados pela mídia, envolvendo malversação de recursos públicos nos mais elevados escalões do Estado nacional, de modo a comprometer a legitimidade do exercício do poder político e a própria governabilidade do país.

Por exemplo, como se sabe, o Brasil enfrentou o maior escândalo de corrupção e lavagem de dinheiro que se tem notícia na República[4]. Trata-se do caso conhecido na mídia como "Lava Jato", cujo nome adquiriu notoriedade pelo uso de uma rede de postos de combustíveis e lava a jato de automóveis que estava na origem da primeira fase da operação policial de investigação.

O caso envolveu diversos núcleos de organização criminosa que pagavam vantagens ilícitas a altos funcionários da Petrobrás e outros agentes públicos, mediante operadores financeiros do esquema, entrelaçando-se com empreiteiras e agentes políticos para financiamento ilício de campanhas eleitorais e apropriação de recursos públicos com superfaturamento de contratos públicos.

Em verdade, a percepção da existência de práticas promíscuas entre o setor privado e o Poder Público remontam há muitos anos, sendo digno de destaque o *impeachment* do ex-presidente Fernando Collor de Mello, em 1992, no âmbito político-jurídico, e o julgamento da ação penal n.º 470 no caso conhecido como "processo do mensalão", em 2012, pelo Supremo Tribunal Federal – STF, além de outros tantos escândalos conhecidos na história da República.

Tudo a representar apenas as facetas maiores de inúmeros e quiçá milhares de outros casos em menor proporção que ocorrem

4 Segundo dados do MPF, até 7 de nov. de 2016, já são 654 medidas de busca e apreensão, 174 conduções coercitivas, 77 prisões preventivas, 92 prisões temporárias, 6 prisões em flagrante delito, 52 acusações criminais, 7 acusações de improbidade administrativa e 118 condenações criminais apenas em primeira instância de jurisdição, em Curitiba – PR. Dados capturados do sítio http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso em 29 de nov. de 2016

nas entranhas das relações entre o poder político-eleitoral e a iniciativa privada em toda a extensão do território nacional.

Não é sem razão que, segundo dados da organização Transparência Internacional que realizou pesquisa envolvendo o setor público em 168 países no ano de 2015, o Brasil ocupava o 76º lugar dentre aqueles de maior índice de Percepção de Corrupção.[5]

O quadro, pois, clama por uma reflexão acerca das respostas constitucionais disponíveis diante da percepção e da descoberta de tantas irregularidades a envolver as instituições governamentais e parcela da elite econômica.

No presente trabalho, por conseguinte, busca-se investigar o modelo de democracia semidireta existente no ordenamento brasileiro e as possibilidades de participação popular através do instituto do referendo ou da revogação popular.

Assim, examinam-se os fundamentos da democracia a partir da contribuição do pensamento de Norberto Bobbio. A partir de então, passa-se a uma análise daquilo que consideramos como pressupostos básicos para o funcionamento de um Estado Democrático de Direito, de modo a realçar-se o respeito aos princípios constitucionais da juridicidade ou legalidade e da moralidade e ao desejo de efetivação do direito fundamental à boa gestão pública.

No tópico seguinte, em breves linhas, aborda-se o enunciado constitucional acerca do exercício da soberania popular nos modelos de democracia representativa e de democracia semidireta como se vê no Brasil hoje.

Diante de situações de crise de legitimidade e de aumento exponencial de desconfiança do povo, como se enfrenta hodiernamente, avaliam-se, então, as limitações das respostas constitucionais para suspensão, impedimento e revogação de mandatos outorgados pelo povo na democracia representativa brasileira.

5 Capturado do sítio de internet www.transparencia.org.br, em 23 de Nov. de 2016

Ao final e ao cabo, nessa esteira, aborda-se a possibilidade do referendo revogatório como medida de cunho eminentemente político como caminho para a superação de impasses institucionais no âmbito das ideias de ampliação do exercício da democracia semidireta na República.

2. OS FUNDAMENTOS DE UMA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Norberto Bobbio faz o exame prescritivo da democracia enquanto forma de governo, enfrentando a questão acerca dos fundamentos da democracia e a justificar os motivos pelos quais a democracia é melhor do que as demais formas de governo[6].

Nesse sentido, ao proceder à leitura da obra daquele pensador italiano, Mário de Andrade Macieira sintetiza os três argumentos de maior relevo (ético, político e utilitarista), interpretando-os como fundamentação filosófica de um conceito que tem um sentido ético, um normativo e outro político.[7]

O sentido ético do conceito de democracia, em sua ótica, resulta do fato de que nesta forma de governo está preservada a liberdade do ser humano. Tal liberdade é refletida no sentido de que livre é o homem que apenas se submete a leis que a si mesmo determinou.

Nas democracias as leis do Estado (normas jurídicas) resultam da decisão soberana do povo, de modo que todos, ainda que indiretamente, participam da elaboração das leis.

Daí resulta que a submissão do ser humano à lei, nos regimes democráticos, é um ato de liberdade, o que serve, ao tempo em

6 BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Editora Brasiliense: São Paulo, 1994

7 MACIEIRA, Mário de Andrade. O que é democracia segundo Norberto Bobbio. ***In Estudos em Homenagem a Dionisio Rodrigues Nunes.*** São Luís: Seção Judiciária do Maranhão, 2001, p. 378-379

que conforma a base ética do regime democrático, de legitimação ao direito e à sua coerção organizada, monopólio do Estado. Só é legítimo o uso da força em nome do direito se este resulta da decisão democrática de todos, ou da maioria, ou dos seus representantes.

O segundo fundamento da democracia é o seu sentido normativo. A democracia – como conjunto de regras formais – permite a participação de todas as decisões coletivas, antepondo freios e controles ao poder do Estado e garantindo as liberdades fundamentais.

O uso descritivo desse conceito de democracia não lhe retira o sentido prescritivo, já que tais normas fazem parte de uma ordem jurídica válida que, como visto decorre de um ato de liberdade de todos, que subordina a todos, inclusive ao próprio Estado.

Tais regras representam, no plano normativo, o dever ser do governo democrático e a sua violação tem como sanção o progressivo processo de deslegitimação do Estado e dos seus governantes.

O terceiro fundamento da democracia é o sentido político do conceito de democracia, entendida como poder ascendente, exercido por todos e ao qual todos se subordinam como decorrência da sua própria liberdade.

A soberania popular é baseada na participação de todos nas decisões coletivas e é o fundamento do sentido ético e do sentido normativo do conceito, tal como acima exposto.

Fecha-se assim um círculo: o método produz as normas e as normas produzem a justificação do poder político exercido numa sociedade de seres humanos livres, em cujo ambiente o direito é autônomo porque é o povo que decide dar a si mesmo uma ordem jurídica.[8]

8 Id ibid. p. 379-380

3. OS PRESSUPOSTOS PARA FUNCIONAMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Constituição da República de 1988 foi pródiga na fixação de princípios fundamentais para balizamento da Administração Pública brasileira, de maneira a demarcar os poderes dos mandatários políticos – e também das carreiras de Estado – no exercício de cargos e funções públicas. E, dentre tais corolários, destacam-se os princípios constitucionais da legalidade/juridicidade e da moralidade, vez que o primeiro se vincula à obediência a um Estado de Direito e o segundo a um traço de legitimidade para que os agentes públicos possam servir exclusivamente ao interesse do povo sem associação ou confusão com os interesses particulares na gestão pública.

Tem-se, aqui, verdadeiros pressupostos para regular funcionamento de um Estado Democrático de Direito, espraiando-se suas prescrições para todas as esferas de atuação e funcionamento do Estado com escopo de assegurar o direito fundamental a uma boa gestão pública.[9]

Sem respeito àqueles princípios seja na condução cotidiana da gestão pública, seja no processo eleitoral de escolha dos representantes a serem eleitos pelo povo, não se pode cogitar de uma democracia legitimamente exercida nos termos da Constituição da República.

Cármen Lúcia Antunes Rocha[10] lembra que a opção constitucional brasileira se pautou pelo "fundamento da legitimidade,

9 Cf. Juarez Freitas, "o direito fundamental à boa administração é lídimo plexo de direitos, de regras e de princípios, que se constitui em bloco mínimo e não exaustivo, com vistas a evitar que a discricionariedade administrativa não conspire letalmente contra a realização da vontade constitucional.

Nesse sentido, tem-se a necessária observância aos direitos da administração pública transparente, dialógica, imparcial, proba, respeitadora da legalidade temperada, preventiva, precavida e eficaz, isto é, comprometida com resultados harmônicos com os objetivos fundamentais da Constituição".

10 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Ed. Del Rey, p. 65

que se assenta numa ética firmada e afirmada socialmente, sendo insuficiente, para esta sociedade política que hoje busca ser atendida pelo Estado Democrático de Direito, a legalidade sem o fundamento material de sua validade."

E, em continuidade ao pensamento estruturante, giza ainda que "o Estado Democrático Social não se enquadra no paradigma de uma Administração Pública abúlica, aética e afastada do público, e o Direito que preside o desempenho desta atividade deve se reportar às novas propostas e perspectivas da sociedade participativa, atuante e responsável pelas suas coisas".[11]

Nessa linha, a construção politica de um Estado Democrático de Direito não pode ser dissociada da força normativa do princípio constitucional da moralidade administrativa.

Segundo Antônio José Brandão[12], o conceito de moralidade administrativa foi elaborado primeiramente por Maurice Hauriou, na construção da jurisprudência do Conselho de Estado de França, que delineou a autonomia da legalidade e da moralidade para fixar essa última como a necessidade de o gestor público atender não apenas o texto expresso da lei, mas sobretudo o interesse público a partir dos critérios de boa-fé, honestidade e lealdade. Propunha-se, dessa forma, a observação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para impedir que o administrador viesse a desviar-se da moral administrativa na tarefa de zelar pelo interesse público e coletivo.

Nessa trilha, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, *caput,* fixou a autonomia dos princípios da legalidade e da moralidade, incidindo esse último não apenas ao campo da estrita observância do texto da lei, mas indo além para exigir que os atos do

11 Id ibid

12 Moralidade Administrativa. *In Revista de Direito* Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 25, p.456-457

agente público estivessem atrelados também à boa-fé, à lealdade e à honestidade.

Passo a passo, o princípio da moralidade administrativa foi sendo vinculado à noção de ética do comportamento virtuoso, entendendo-se tal virtuosidade como a conduta que busca atingir aos fins coletivos expressos na ideia de bem e de honestidade, a partir de meios consentâneos com o direito legítimo[13]. Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto[14], o princípio da moralidade administrativa deriva da legitimidade política, explicada pela atuação estatal direcionada ao interesse público, assim como da finalidade pública estabelecido pela proporção entre meios e fins como parâmetro da moralidade.

De efeito, a natureza republicana do regime político adotado no País, em que todos os cidadãos devem exercer o poder no sentido amplo para a construção do bem comum *(res publica),* veda o gozo de privilégios pessoais às custas do erário, e define o parâmetro ético coletivo a ser seguido pelos agentes públicos.

Com vistas a adensar os princípios da moralidade e probidade insculpidos na Constituição Federal, o legislador ordinário editou a Lei n.º 9.784/99 definindo, em seu artigo 2º, uma série de comportamentos a serem seguidos pelo agente público, máxime no que diz respeito: aos fins de interesse geral; à objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades; à atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; à adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; à indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão e à interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta

13 *Cf.* ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública.* Belo Horizonte: DelRey, 1994, p. 193.

14 *In Mutações do Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 50-51

o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

Todavia, sobrevive a dificuldade em conceituar com precisão os referidos princípios. Isto porque se tratam, em verdade, de direitos morais, cujos conceitos não podem ser definidos apenas por regras do direito jurídico-positivo nascidas de uma manifestação de vontade contratual ou legal.

Os princípios que encampam esses direitos morais, como afirma Robert Alexy[15], são *mandamentos de otimização* e, como tais, podem ser preenchidos em graus distintos a depender das possibilidades fáticas e jurídicas, já que se tratam de cláusulas abertas, o que os diferencia da aplicação das normas-regras que se constituem em *mandamentos definitivos* para impor consequências jurídicas a partir da subsunção de fatos já previstos no diploma normativo.

Deveras, expressões como moralidade, honestidade, lealdade, boa-fé e interesse público são dotadas de elevada volatilidade, devendo ser definidas em análise de cada caso concreto na perspectiva de otimização do objetivo constitucional de salvaguarda desses valores morais em busca da boa e eficaz Administração.

Por serem conceitos juridicamente indeterminados, a força de cada um desses princípios irá depender das condições fáticas postas em exame, daí porque sobreleva a importância da atividade do intérprete na aplicação do direito.

Diante disso, é forçoso reconhecer que o universo moral interpenetra-se com o universo jurídico, de maneira que a fiscalização da moralidade e probidade nos atos do Estado se adensam a partir de cada caso concreto, dentro de um certo espaço de discricionariedade, pela atuação produtiva e criadora do juiz acerca do sentido

15 Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. ***In Revista de Direito*** Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, n. 217, p. 74

material dado aos preceitos abstratos das regras jurídicas, segundo leciona José Joaquim Gomes Canotilho.[16]

Por essa senda, percebe-se que a densificação da moralidade administrativa se efetiva, por exemplo, a partir de casos concretos judicializados em torno de ações por improbidade administrativa ou de ações penais por delitos contra a Administração Pública. Mas, não só.

Importante atentar para a legitimidade de uma percepção política pelo titular da soberania em torno da obediência real à moralidade administrativa a partir de condutas probas, honestas e, mais do que isso, adequadas à realização do direito fundamental à boa administração pública.

Pedro Trovão do Rosário, ao lembrar do pensamento de Maurice Duverger, afirma que "o controlo que a opinião pública 'exerce sobre os actos dos eleitos, permitiria em certa medida a estes últimos escapar às influências corruptivas que os ameaçam: nos Estados Unidos, nomeadamente, os mecanismos de democracia semi-directa teriam exercido uma certa influência moralizadora. Por outro lado, a democracia semi-directa constitui um obstáculo eficaz ao despotismo das assembleias eleitas, sempre de temer'".[17]

Sem sombra de dúvidas, então, os mecanismos de democracia semidireta a partir da participação popular tem muito a contribuir para a efetivação dos pressupostos de funcionamento saudável de um Estado Democrático de Direito, notadamente em momentos de crise institucional e de efetividade dos valores e princípios ora referidos.

16 *Constituição dirigente e vinculação do legislador:* contributos para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994, p.322

17 ROSÁRIO, Pedro Trovão do. *A Democracia Semidirecta em Portugal.* Editorial Universitas, S.A., p. 29

4. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O EXERCÍCIO DA SOBERANIA POPULAR

À semelhança da Constituição da República Portuguesa, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu os pilares de uma nova configuração histórica e política do Estado brasileiro, afirmando se tratar de um Estado Democrático de Direito que se funda desde já com esteio na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político. [18]

Por oportuno, ao observar as semelhanças com a Constituição portuguesa, José Afonso da Silva[19] frisa que ali se instaura o Estado de Direito Democrático, de modo que o termo "democrático" qualifica o Direito e não propriamente o Estado. Nada obstante, deflui para a percepção de que a distinção possui caráter muito mais de cunho formal que substantivo, vez que a Carta de Portugal confere o mesmo conteúdo básico que a doutrina confere ao Estado Democrático de Direito, como se denota da redação conferida aos artigos 1º e 2º.[20]

---

18 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I- a soberania;
II- a cidadania
III- a dignidade da pessoa humana;
IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
V- o pluralismo político.
Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

19 DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Ed. Malheiros, p. 119

20 Art. 1º. Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.
Art. 2º. A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e

Lenio Luiz Streck, seguindo essa esteira de observar a substância nas expressões, destaca que a noção de Estado Democrático de Direito apresenta um conteúdo transformador da realidade, não se cingindo a uma adaptação melhorada das condições materiais ou sociais de existência humana.

Indo além desse horizonte, e sem negar sua importância, destaca-se que o conteúdo da expressão Estado Democrático de Direito age "como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, onde a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência".[21]

Assim, o que revela notar nessa oportunidade é a ênfase dada ao respeito à soberania popular, às instituições democráticas, à independência entre os poderes e ao aprofundamento da democracia participativa como elementos de transformação do *status quo* rumo à construção e reconstrução constante de relações sociais numa dimensão básica de legitimidade moral e material. Na Carta brasileira, a propósito, realça-se a expressa menção de que a soberania popular será exercida por meio de representantes eleitos ou diretamente.

Soberania popular e exercício democrático, portanto, constituem ponto nevrálgico para edificação e consolidação de uma democracia constitucional, sendo insuficientes as meras previsões formais de funcionamento de instituições e respeito à legalidade estrita. Mais do que isso, prevê-se a necessidade de efetiva participação do povo na distribuição e no exercício do poder, o que dá origem às figuras da democracia indireta ou representativa e da democracia semidireta, nos moldes hodiernos.

---

na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.

21 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Comentários à Constituição do Brasil. p. 113-114

Na democracia indireta, cujas origens remetem à formação clássica do parlamento inglês, o povo delega as funções de governo e de deliberação legislativa a representantes egressos da própria sociedade civil que são escolhidos periodicamente mediante regras pré-estabelecidas e normatizadas de modo a assegurar a lisura, a igualdade de condições de concorrência, a honestidade e o amplo processo reflexivo em prol dos interesses da coletividade.

De outra senda, no forma de exercício da democracia semidireta, afluem mecanismos de participação popular que se entrelaçam com a chamada democracia representativa, de maneira que, em certas matérias de maior sensibilidade, o titular da soberania possa influir, opinar ou decidir diretamente.

No Brasil, a Constituição de 1988 fixou ainda que a soberania popular deve ser exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, igualitário, e, nos termos da Lei n.º 9.709/98, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados.[22]

A Constituição Federal de 1988 representou, indiscutivelmente, um marco na conquista da sociedade civil por mecanismos democráticos de acesso ao poder através do sufrágio. Mais do que isso, as conquistas inscritas no Texto Constitucional permitiram a ampliação de outros espaços do poder como a destinação, o exercício legítimo e, sobretudo, o controle sobre os atos estatais.

Marcou o início da superação de um modelo de Estado monoclasse no País, de fortalecimento exacerbado do poder estatal em detrimento dos espaços públicos da sociedade civil, para um modelo de Estado pluriclasse, no qual coexistem os poderes de múltiplos segmentos da sociedade civil juntamente com o poder estatal.[23]

---

22 Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I- plebiscito; II- referendo; III- iniciativa popular.

23 *Cf.* MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 103-104

Assim, os interesses públicos deixam de ser meramente coincidentes com os interesses do Governo e passam a ser definidos com maior relevância pela própria sociedade civil. Nesse contexto, sobressalta a atividade de controle da Administração Pública no tocante à função desempenhada pelos agentes estatais e sua obediência à moralidade administrativa.

Para isso, diversificaram-se os institutos de participação política da sociedade civil com mecanismos legais de democracia participativa, a exemplo de plebiscitos, de conselhos de definição de políticas públicas (saúde, educação, criança e adolescente, assistência social) e da experiência do orçamento participativo.

Um marco fundamental dessa ampliação do envolvimento popular reside na dicção do art. 14[24] e do art. 49, inciso XV,[25] da CF de 1988 ao estabelecer as possibilidades de exercício da soberania popular por mecanismos de democracia semidireta, a saber, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, cabendo ao Congresso Nacional convocar ou autorizar os dois primeiros institutos.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, plebiscito e referendo se distinguem pelo momento de sua realização. Enquanto o primeiro trata de consulta realizada aos cidadãos sobre matéria a ser posteriormente submetida ao Congresso Nacional, o segundo cuida de consulta posterior sobre determinado ato ou decisão governamental em condição suspensiva ou condição resolutiva.[26]

---

24 Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
I- plebiscito;
II- referendo;
III- iniciativa popular;

25 Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
XV- autorizar referendo e convocar plebiscito;

26 MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Saraiva. p. 736

A matéria se encontra disciplinada no direito brasileiro na Lei n.º 9.709/98[27] na qual se encontram as regras de convocação e aprovação em detalhes.

De toda sorte, a questão a merecer reflexão num debate dialógico é saber se os mecanismos de exercício da democracia semidireta

27 Art. 1º A soberania popular é exercida por sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, nos termos desta Lei e das normas constitucionais pertinentes, mediante:
I – plebiscito;
II – referendo;
III – iniciativa popular.
Art. 2º Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa.
§ 1º O plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido.
§ 2º O referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição.
Art. 3º Nas questões de relevância nacional, de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, e no caso do § 3º do art. 18 da Constituição Federal, o plebiscito e o referendo são convocados mediante decreto legislativo, por proposta de um terço, no mínimo, dos membros que compõem qualquer das Casas do Congresso Nacional, de conformidade com esta Lei.
[...]
Art. 8º Aprovado o ato convocatório, o Presidente do Congresso Nacional dará ciência à Justiça Eleitoral, a quem incumbirá, nos limites de sua circunscrição:
I – fixar a data da consulta popular;
II – tornar pública a cédula respectiva;
III – expedir instruções para a realização do plebiscito ou referendo;
IV – assegurar a gratuidade nos meio de comunicação de massa concessionários de serviço público, aos partidos políticos e às frentes suprapartidárias organizadas pela sociedade civil em torno da matéria em questão, para a divulgação de seus postulados referentes ao tema sob consulta.
Art. 9º Convocado o plebiscito, o projeto legislativo ou medida administrativa não efetivada, cujas matérias constituam objeto da consulta popular, terá sustada sua tramitação, até que o resultado das urnas seja proclamado.
Art. 10. O plebiscito ou referendo, convocado nos termos da presente Lei, será considerado aprovado ou rejeitado por maioria simples, de acordo com o resultado homologado pelo Tribunal Superior Eleitoral.
Art. 11. O referendo pode ser convocado no prazo de trinta dias, a contar da promulgação de lei ou adoção de medida administrativa, que se relacione de maneira direta com a consulta popular.
Art. 12. A tramitação dos projetos de plebiscito e referendo obedecerá às normas do Regimento Comum do Congresso Nacional.

tem algo a contribuir num cenário de crise da democracia representativa aguda, como se passa no Brasil em tempos hodiernos.

Deveras, os casos anotados na chamada Operação Lava Jato, que logo se sucedeu ao escândalo do "Processo do Mensalão",[28] deixaram o país estarrecido, elevando sobremaneira a descrença dos cidadãos no modelo de organização e de funcionamento real da democracia representativa brasileira. Ao lado de tão dramática realidade de conspurcação dos valores e pressupostos do Estado Democrático de Direito no Brasil, verifica-se a notória dificuldade de funcionamento do sistema de responsabilização dos agentes políticos em geral.

Como exemplo, em maio de 2016, o Ministro Luís Roberto Barroso divulgou dados da Assessoria de Gestão Estratégica do STF que indicavam a tramitação até aquela data de 369 inquéritos policiais e 102 ações penais contra parlamentares federais.[29] Os números eram alarmantes diante do total de 513 deputados federais e 81 senadores que compõem o Congresso Nacional brasileiro. Estima-se que mais da metade dos congressistas eram investigados ou acusados por práticas ilícitas de diversas origens, sendo dado a eles o poder de julgadores no processo de *impeachment* da ex-presidenta Dilma Roussef. Algo parecia fora da ordem!

Afora isso, são eloquentes os exemplos de ineficácia do atual modelo punitivo que resulte ao final em suspensão, impedimento ou revogação dos mandatos parlamentares outorgados pelo povo pela via judicial.

Com efeito, o Ministro Roberto Barroso cita que o prazo médio para o recebimento de uma denúncia pelo STF é de 617 dias en-

28 Ação Penal n.º 470 no âmbito do STF, envolvendo a condenação de dezenas de pessoas entre empresários, agentes públicos e políticos por delitos de corrupção ativa e passiva, peculato, lavagem de dinheiro, etc.

29 Dados extraídos do sítio oficial de internet http://www.conjur.com.br/2016-mai-23/roberto-barroso-foro-privilegiado-acabar-reduzir-impunidade?imprimir=1 em 30 de Nov. de 2016

quanto um juiz de primeiro grau recebe, como regra, em menos de uma semana. Frisa, ainda, que são inúmeros os casos de prescrição penal por demora nos julgamentos naquela Corte e atribui parcela da presente disfunção do sistema punitivo à existência do chamado foro por prerrogativa de função, dentre outros aspectos. O sistema de responsabilidade judicial dos agentes políticos se encontra estruturado para não funcionar.[30]

Tal contexto, somado às práticas promíscuas entre poder político-eleitoral e iniciativa privada, constitui o pano de fundo que permeia a percepção de crise da democracia representativa e de legitimidade do modelo institucional brasileiro.

5. A RESPOSTA CONSTITUCIONAL: POSSIBILIDADES DE SUSPENSÃO, IMPEDIMENTO E REVOGAÇÃO DE MANDATOS OUTORGADOS PELO POVO NA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA BRASILEIRA

Diante de crises dos pressupostos que acirrem a legitimidade democrática, o ordenamento jurídico-constitucional prevê respostas para suspensão, impedimento ou revogação dos mandatos outorgados pelo povo através do sufrágio universal.

Trata-se de aplicação do princípio republicano da responsabilidade política, de modo a impedir-se a continuidade do exercício do poder representativo por agentes públicos eleitos que destoam,

30 O Ministro Luís Roberto Barroso exemplifica as dificuldades do atual sistema de responsabilização dos agentes políticos no Brasil: "Exemplo: um governador de Estado está sob investigação. O foro competente para julgá-lo é o Superior Tribunal de Justiça. No curso da investigação, ele se desincompatiliza para candidatar-se a deputado federal. Como não é mais governador, o inquérito baixa para a 1ª instância. Se ele se elege deputado, a competência sobe para o STF. Dois anos depois, ele se afasta para se candidatar a prefeito e a competência deixa de ser do STF. No limite, às vésperas do julgamento pelo STF, ele renuncia. Aí, a competência volta para o 1º grau. O sistema é feito para não funcionar."

em determinados casos mais sensíveis, dos compromissos atinentes aos princípios constitucionais da legalidade, da moralidade e da probidade administrativas e do dever de construir o direito fundamental a uma boa gestão pública.

Tais respostas se encontram encartadas ao longo do Texto Constitucional de 1988 e trata de hipóteses de cunho jurídico e de cunho político-jurídico, notadamente.

Com efeito, na primeira hipótese, a envolver as possibilidades de suspensão, impedimento ou revogação de mandatos outorgados pelo povo em virtude de decisões tomadas no bojo de processos eminentemente jurídicos, sublinhem-se as previsões constitucionais que cuidam de processos por irregularidades na seara eleitoral[31], no campo da improbidade administrativa[32] e na esfera da responsabilidade criminal[33].

A tais repercussões sujeitam-se todas as autoridades políticas.

Quanto ao Presidente e ao Vice-Presidente da República, mais especialmente, vê-se ainda a possibilidade de responsabilização por

31 CF/88. Art. 14 [...]
§ 10. O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.
§ 11. A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé.

32 CF/88. Art. 37. [...]
§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

33 CF/88. Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:
I- que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;
II- cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;
III- que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;
IV- que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;
V- quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;
VI- que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

crime de responsabilidade[34], o que implica a abertura e instauração de processo de *impeachment*, como se viu entre os anos de 2015 e 2016. Este, por sua vez, apresenta caráter político-jurídico, como sedimentou o STF no julgamento da ADPF n.º 378/MC[35].

A despeito de tais avanços no plano das respostas constitucionais, denota-se ainda grave crise no funcionamento das instituições à vista da contaminação do processo de exercício da democracia representativa por vícios que perpassam o desrespeito ao princípio constitucional da moralidade, que permeia a edificação de todo o arcabouço constitucional brasileiro, como demonstrado acima.

O que salta aos olhos, nesse passo, é a insuficiência das respostas que envolvam apenas os aspectos jurídicos ou político-jurídicos para superação da crise de legitimidade da democracia representativa. Naturalmente, a complexidade da matéria sob exame envolve múltiplos olhares, mas há um aspecto a ser abordado.

Trata-se da possibilidade de respostas de cunho mais fortemente político no decorrer do exercício dos mandatos outorgados pelo povo diante de situações de absoluta crise de legitimidade à

34 Os arts. 85 e 86 da CF/88 estabelecem a identidade dos chamados crimes se responsabilidade, bem como o rito procedimental de apreciação no âmbito do Congresso Nacional.

35 Em trecho da ementa do julgado se denota o caráter político-jurídico do processo de impedimento do Presidente e do Vice-Presidente da República, como se vê: "1.1. Apresentada denúncia contra o Presidente da República por crime de responsabilidade, compete à Câmara dos Deputados autorizar a instauração de processo (art. 51, I, da CF/1988). A Câmara exerce, assim, um juízo eminentemente político sobre os fatos narrados, que constitui condição para o prosseguimento da denúncia. Ao Senado compete, privativamente, processar e julgar o Presidente (art. 52, I), locução que abrange a realização de um juízo inicial de instauração ou não do processo, isto é, de recebimento ou não da denúncia autorizada pela Câmara.
3.1. Por outro lado, há de se estender o rito relativamente abreviado da Lei nº 1.079/1950 para julgamento do impeachment pelo Senado, incorporando-se a ele uma etapa inicial de instauração ou não do processo, bem como uma etapa de pronúncia ou não do denunciado, tal como se fez em 1992. Estas são etapas essenciais ao exercício, pleno e pautado pelo devido processo legal, da competência do Senado de processar e julgar o Presidente da República."

luz dos fundamentos e dos pressupostos do Estado Democrático de Direito.

A despeito de se cuidar de hipótese inexistente no ordenamento constitucional brasileiro de hoje, entende-se que o tema merece uma acurada reflexão diante dos princípios da participação e da soberania popular, como instrumento de reconquista das condições de governabilidade e de retomada da confiança do povo.

6. OUTRAS RESPOSTAS NO CAMPO DA DEMOCRACIA SEMIDIRETA: A REVOGAÇÃO DE MANDATO POPULAR E A PEC N.º 37/2016

É nessa medida que adquire relevo a proposta de emenda constitucional de iniciativa do Senador Álvaro Dias (PV/PR) n.º 37/2016 que institui a possibilidade de revogação de mandato eletivo em caso de expressiva insatisfação dos eleitores da correspondente circunscrição eleitoral com a administração ou de flagrante descumprimento do programa de governo, do Presidente da República, do Governador de Estado e do Distrito Federal e do Prefeito Municipal.

Segundo tal proposição, a revogação do mandato se dará por maioria absoluta dos votos válidos do eleitorado, mediante referendo autorizado pelo respectivo órgão do Poder Legislativo, não podendo ser autorizado no curso do primeiro ano do mandato. Esse último aspecto trata de verdadeira cláusula de estabilidade e proteção do gestor para assegurar um prazo razoável de demonstração do desempenho perante o povo.

Veja-se, por ser importante, o teor da matéria:

> Art. 1º A Constituição Federal passa a vigorar acrescida do seguinte art. 14-A:

"Art. 14-A. Em caso de expressiva insatisfação dos eleitores da correspondente circunscrição eleitoral com a administração ou de flagrante descumprimento do programa de governo, o Presidente da República, o Governador de Estado, o Governador do Distrito Federal e o Prefeito Municipal poderão ter o mandato eletivo revogado.

§ 1º A revogação prevista no caput se dará por maioria absoluta dos votos válidos, mediante referendo autorizado pelo respectivo órgão do Poder Legislativo e realizado pela Justiça Eleitoral, observado o disposto em lei complementar federal.

§ 2º O referendo para a revogação de mandato do Presidente da República dependerá de autorização do Congresso Nacional, nos termos do art. 49, XV, em face de iniciativa popular subscrita pelo percentual do eleitorado nacional definido no art. 61, § 2º.

§ 3º O referendo para a revogação de mandato de Governador de Estado, de Governador do Distrito Federal e de Prefeito Municipal dependerá de autorização da respectiva casa legislativa, em face de iniciativa popular, nos termos da lei complementar prevista no § 1º e da legislação estadual e municipal.

§ 4º O referendo de que trata este artigo não poderá ser autorizado no curso do primeiro ano do mandato.

§ 5º Aprovada a revogação de mandato, o cargo será declarado vago pela Justiça Eleitoral, sendo imediatamente empossado o sucessor constitucional.

§ 6º Rejeitada a revogação, o mandatário não poderá ser objeto de outro referendo, no curso do mesmo mandato."

Na justificação da sobredita proposta, o senador Álvaro Dias[36] (PV/PR) consignou que:

"Portanto, por um lado, estamos propiciando que o eleitorado efetivamente possa questionar o mandato do Chefe do Poder Executivo federal, ao definirmos que para tal questionamento seja requerida a subscrição do mesmo percentual do eleitorado nacional que pode ter a iniciativa popular de lei, nos termos do art. 61, § 2º,

36

> da Constituição Federal, ou seja, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.
>
> Entendemos que um percentual em torno de 5% (cinco por cento) do eleitorado nacional para propor o recall, como por vezes se cogita, é excessivo. Por outro lado, para que o instituto não seja banalizado, estamos estabelecendo que caberá ao Congresso Nacional autorizar ou não a realização do referendo, transferindo tão grave decisão para o Poder Legislativo, que saberá tomá-la com ponderação e legitimidade."

Por sua vez, o Senador Randolfe Rodrigues (REDE/AP), em parecer no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, após discorrer sobre o instituto do *recall* no mundo disse que

> "As razões que justificariam o recall também nos parecem razoáveis, devendo ser aferidas pela iniciativa popular subscrita pelo percentual do eleitorado nacional definido no art. 61, § 2º, bem como por autorização de referendo pelo respectivo órgão do Poder Legislativo, observado o disposto em lei complementar federal.
>
> Há vedação de uso do instituto no primeiro ano de mandato. Concordamos com o autor, que afirmou que 'é preciso que o mandatário tenha um tempo mínimo para demonstrar que atenderá as expectativas do eleitorado e que cumprirá o seu programa de governo'."

Em derradeiro, manifestou voto favorável à constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa e, no mérito, pela sua aprovação. A matéria, presentemente, aguarda inclusão em pauta de votação na CCJ do Senado Federal, merecendo maior envolvimento e discussão das comunidades política, acadêmica e jurídica do Brasil.

7. CONCLUSÃO

Em tempos hodiernos, nos quais se agravam uma crise moral e ética no dever de boa gestão pública no Brasil, apresenta-se de fundamental relevância a ampliação dos mecanismos de participação popular no exercício da democracia semidireta.

Os instrumentos jurídicos ou político-jurídicos que levem à suspensão, ao impedimento ou à revogação dos mandatos eletivos são importantes, mas não dão conta de apresentar todas as respostas para as situações de ruptura política dos laços de confiança com o povo.

Assim, havendo riscos ou ameaças aos pressupostos do Estado Democrático de Direito, há que se admitir a instituição do referendo revogatório ou da destituição popular com a maior abrangência possível, de maneira a aproximar o controle da responsabilidade política dos representantes perante os representados.

Para tanto, faz-se mister seja escrita uma nova página na história da democracia constitucional brasileira, na qual o povo adquira maior protagonismo tanto no processo de escolha quanto no processo de destituição por quebra de confiança política.

Cabe relembrar, ao final e ao cabo, Gomes Canotilho em discurso na Universidade de Coimbra naquele evento de recepção a Paulo Bonavides e Paes de Andrade, que, ao tratar da "tragédia do constitucionalismo brasileiro", disse: "Sem contestarmos esta tese – que não é apenas um 'mal brasileiro' – resta-nos salientar a 'vontade dos historiadores': certificar que o povo brasileiro tem energia bastante e tradição suficiente de luta revolucionária para vencer a crise e consolidar instituições democráticas".[37] Que assim seja!

37 BONAVIDES, Paulo. ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: OAB Editora, 4ª edição, 2002, p. 948

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. *In Revista de Direito* Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, n. 217

BARROSO, Luís Roberto. *Foro privilegiado deve acabar ou ser limitado aos chefes dos Poderes*. Em linha: http://www.conjur.com.br/2016-mai-23/roberto-barroso-foro-privilegiado-acabar-reduzir-impunidade?imprimir=1. Acesso em 30 de Nov. de 2016

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Editora Brasiliense: São Paulo, 1994

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Ed. UnB: Brasília, 1995

BONAVIDES, Paulo. ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: OAB Editora, 4ª edição, 2002

BRANDÃO, Antônio José. Moralidade Administrativa. *In Revista de Direito* Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 25

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 30 de Nov. de 2016

BRASIL. Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 11 de mar. de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm. Acesso em: 30 de Nov. de 2016

BRASIL. Lei n.º 9.709, de 18 de novembro de 1998. Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 19 de nov. de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9709.htm. Acesso em: 30 de Nov. de 2016

BRASIL. Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1º de out. de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm. Acesso em: 30 de Nov. de 2016

BRASIL. Lei n.º 12.034, de 29 de setembro de 2009. Altera as Leis nºs 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 30 de set. de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12034.htm. Acesso em: 30 de Nov. de 2016

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador:* contributos para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.) – Comentários à Constituição do Brasil. 1.a. ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

COSTA, José Armando da. *Contorno jurídico da improbidade administrativa.* Brasília: Brasília Jurídica, 2000

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública,* São Paulo: Malheiros, 2009

MACIEIRA, Mário de Andrade. O que é democracia segundo Norberto Bobbio. *In Estudos em Homenagem a Dionisio Rodrigues Nunes.* São Luís: Seção Judiciária do Maranhão, 2001

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000

PORTUGAL. Constituição (1976). Constituição da República Portuguesa. Disponível em:http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx. Acesso em 30 de Nov. de 2016

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública.* Belo Horizonte: Del Rey, 1994

ROSÁRIO, Pedro Trovão do. *A Democracia Semidirecta em Portugal.* Madrid: Editorial Universitas, S.A., 2013

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009

DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA: breve estudo à luz do princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento constitucional português e brasileiro

Roberth Seguins Feitosa[1]

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de estudo a relação entre direitos humanos e democracia ao longo do constitucionalismo contemporâneo[2], em especial, cotejando as Cartas da República Portuguesa e da República Federativa do Brasil.

Partindo de uma concisa revisão de literatura ofereceremos ao leitor um determinado nível de percepção histórico-crítica quanto a evolução do objeto estudado. A justificativa para o intento encontra respaldo na observação de um défice de representatividade que vem se manifestando através da crise geopolítica, econômica e cultural que tem alterado a correlação de forças nos cinco continentes, cujo contraponto vem sendo feito pela sociedade, pelos cientistas políticos, pelos juristas e pela própria classe política ao cobrar, com maior ou menor intensidade, prementes ajustes nos mecanismos de funcionamento das instituições democráticas mundo afora.

1 Professor de Direito Eleitoral da UEMA; Professor de Direito Constitucional da UNICEUMA; Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP). São Luís, Maranhão, Brasil. E-mail: roberth.feitosa@hotmail.com

2 Por constitucionalismo contemporâneo designamos o período histórico que se inicia após a Segunda Guerra Mundial, considerando, os reflexos dos movimentos que instituíram a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e os reflexos dos ideais e dispositivos relacionados aos direitos humanos nas Constituições ao redor do mundo.

Metodologicamente, visando garantir objetividade no trato do objeto de estudo, tomamos a decisão de não aprofundar discussões acerca de aspectos históricos ou especificidades dos direitos humanos, exceto quando necessário e por meio de notas de esclarecimento ao longo do artigo.

O trabalho está dividido em três seções, além dessa breve introdução e das considerações finais. A primeira seção se encarrega de elementos conceituais acerca dos direitos humanos, dignidade da pessoa humana e democracia. Na segunda seção abordamos a relação entre dignidade da pessoa humana e direitos políticos. Por fim, dedicamos uma seção à democracia, percorrendo o ordenamento constitucional que plasmou o Estado de Direito Democrático português e o Estado Democrático de Direito brasileiro tendo esse direito humano como fundamento.

2. DIREITOS HUMANOS, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DEMOCRACIA

Os direitos protetivos dos seres humanos de início foram designados *direitos do homem* e como tais são inatos à condição humana. Mais adiante, esses direitos passaram a fazer parte dos textos constitucionais como *direitos fundamentais*. De modo geral, podemos afirmar que os *direitos humanos* formam o conjunto de valores, atos e normas que possibilitam a todos uma vida digna[3].

Louis Henkin afirma que os direitos humanos "são concebidos de forma a incluir aquelas 'reivindicações morais e políticas que, no consenso contemporâneo, todo ser humano tem ou deve ter perante

3 MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 221.

sua sociedade ou governo'"[4]. Aproximando-se mais do nosso objeto de estudo, Bertus de Villiers crava que "os direitos fundamentais são centrais aos direitos e liberdades individuais e formam a base de um Estado democrático. Os direitos fundamentais são considerados como essenciais ao processo democrático"[5].

Joaquín Herrera Flores, referindo-se à dignidade da pessoa humana, afirma que "os direitos humanos compõem uma racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana"[6].

Interessa-nos delimitar os direitos humanos no âmbito do constitucionalismo contemporâneo e das democracias representativas, percebendo que este conjunto mínimo de condições existenciais somente se torna factível por meio de uma representação legítima, com respeito à soberania da vontade popular (eleições livres, honestas, periódicas e mediante sufrágio universal, direto e secreto), assegurando ao Estado, por meio dos representantes eleitos, atuar no intuito não somente de garantir, mas de efetivar as referidas condições existenciais mínimas através das políticas públicas.

Esta interação entre direitos humanos e democracia, em regra, característico de todo direito, exprime a faculdade de exigir do Estado ou mesmo de um particular (pessoa natural ou jurídica), certas e determinadas obrigações na forma de "(i) dever, (ii) ausência de direito, (iii) sujeição e (iv) incompetência"[7].

Segundo Gilmar Mendes, nesse processo de afirmação histórica no direito constitucional, os direitos fundamentais contêm, além

4 HENKIN, Louis. The rights of man today. New York: Columbia University Press, 1988. p. 1-3.

5 VILLIERS, Bertus de. The socio-economic consequences of directive principles of state policy: limitations on fundamental rights. 1992.

6 FLORES, Joaquín Herrera apud PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e justiça internacional. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 8.

7 RAMOS, Op. cit. p. 38-39.

de uma proibição de intervenção, um postulado de proteção, de forma que além da proibição de excesso, ocorre a proibição de proteção insuficiente[8]. É nessa dimensão objetiva que também assumem relevo as perspectivas dos direitos à organização e ao procedimento, ao mínimo existencial e à proibição do retrocesso social.

Diante desse quadro, um grande desafio posto é o estabelecimento dos limites, extensão e alcance de princípios como dignidade da pessoa humana, solidariedade, igualdade e proibição do retrocesso social, por meio do processo democrático político-eleitoral, capaz de externar legitimamente as escolhas programáticas, partidárias e de representantes que dirigirão o Estado – invocando esses princípios isoladamente ou em conjunto – em vista da proteção e da promoção dos direitos humanos fundamentais econômicos, sociais e culturais, numa convenção com aceite de todos os atores envolvidos.

3. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS POLÍTICOS

O princípio da dignidade da pessoa humana, tomado na sua qualidade de princípio jurídico-constitucional está presente em muitas Constituições de Estado de Direito do pós-Segunda Guerra Mundial[9], como, por exemplo, a Constituição Federal da Alemanha ao dispor em seu artigo de abertura que a dignidade da pessoa humana é intangível e respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público[10] ou a Constituição Italiana que, ao reconhecer e assegurar a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais, criou uma ordem de valores centrada na personalidade humana[11].

8 MENDES, Op. cit. p. 631.

9 NOVAIS, Jorge Reis. A dignidade da pessoa humana. v. 1. Dignidade e direitos fundamentais. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 17.

10 NUNES, Rizatto. O princípio da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 62.

11 BARTOLOMEI, Franco. La dignitá umana come concetto e valore costituzionale. Torino: G. Giappichelli, 1987, p. 11.

Seguindo este espírito, as Constituições portuguesa e brasileira acolheram o conceito na sua expressão máxima, construindo seu edifício constitucional e assentando a República sobre o firme alicerce desse princípio, como disposto no art. 1.º, da Constituição da República Portuguesa (CRP), definindo-a como soberana e baseada na dignidade da pessoa humana e no art. 1.º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), definindo-o enquanto Estado Democrático de Direito, tendo dentre os seus fundamentos a dignidade da pessoa humana[12].

Jorge Miranda adverte que a Constituição, a despeito de seu caráter compromissário, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na concepção que faz da pessoa o fundamento e o fim da sociedade e do Estado[13]. Esta concepção tem aplicação no ordenamento constitucional brasileiro com a peculiaridade de ter erigido a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito[14].

Direitos políticos e de cidadania, diante de seu caráter inalienável e fundamental nas sociedades democráticas, devem ser garantidos a todos com equidade, ainda que existam regras e filtros normativos que permitam, em situações excepcionais e determinadas, a sua limitação ou suspensão em função da atuação do indivíduo ou mesmo da sua condição subjetiva[15].

12 MIRANDA, Jorge. Direito eleitoral. Coimbra: Almedina, 2018. p. 59. O autor afirma que "democracia representativa implica, pois, Estado de Direito e hoje não há Estado de Direito sem democracia representativa".

13 MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional, vol. IV, p. 180. Coimbra: Almedina, 2009.

14 SARLET, Op. cit. p. 95.

15 Seriam os casos, por exemplo, da falta de capacidade política passiva do eleitor analfabeto ou mesmo da suspensão dos direitos políticos em função de punições oriundas do exercício de cargo público e até mesmo os casos de inelegibilidades constitucionais.

Os direitos políticos consistem no conjunto de faculdades e prerrogativas que asseguram a participação do indivíduo na formação da vontade do poder, abarcando os direitos de votar (ativo) e ser votado para cargos eletivos (passivo), de fiscalizar a ação do poder, de representar para provocar a ação do poder, de participar diretamente do procedimento de tomada de decisão por parte do poder, como, por exemplo, através de iniciativa popular de leis, participação em audiências públicas, plebiscitos, referendos e de aceder aos cargos em órgãos públicos, isto é, o direito a nomeação em cargos públicos. A cidadania, por sua vez, incide na capacidade de exercício dos direitos políticos. O cidadão é aquele que exerce direitos políticos, em geral, o que detém o requisito da nacionalidade em um determinado Estado.

Peter Härbele sustenta que democracia e direitos políticos operam simultaneamente como consequência organizatória e como garantia política da dignidade da pessoa humana, de tal sorte que a exclusão arbitrária de determinados grupos de cidadãos em função de sua raça, religião, gênero, dentre outros elementos subjetivos também configuraria uma violação de sua dignidade humana em relação ao exercício de seus direitos políticos[16].

Nesse sentido, os ordenamentos constitucionais tanto em Portugal quanto no Brasil, ao versarem sobre direitos políticos, revelam um conjunto heterogêneo de princípios e regras, trazendo elementos que assumem a condição de direitos fundamentais e permitem identificar uma base e um conteúdo de dignidade que "vai muito além do que é, nessa seara, contemplado nos tratados de direitos humanos (...) onde o texto se limita a consagrar o sufrágio e o direito de igual acesso a cargos públicos"[17].

16 HÄRBELE, Peter apud SARLET, Op. cit. p. 144.

17 SARLET, Op. cit. p. 145. A referência é feita ao pacto de direitos civis e políticos, de 1966, e a convenção americana, de 1969, ambos ratificados pelo Brasil.

A par dessas noções, onde os direitos fundamentais à nacionalidade e os direitos políticos ativos e passivos são elementos centrais aos direitos e liberdades individuais – base de um Estado democrático – expressando a autonomia da pessoa em participar concretamente na formação da vontade geral da nação por meio do processo democrático, resta evidenciada a relação entre dignidade humana e direitos políticos.

4. DIREITO À DEMOCRACIA NO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO PORTUGUÊS E NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

Os ordenamentos constitucionais contemporâneos de natureza democrática, com especial menção ao português e ao brasileiro, têm dentre os seus objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de qualquer natureza. Podemos afirmar que tais dispositivos constituem uma diretriz inarredável para implantação de ações afirmativas, de acordo com tratados internacionais e, no caso brasileiro, fruto de grande inspiração a partir da Constituição da República Portuguesa de 1976.

Tais previsões, tanto no âmbito do sistema político português quanto no brasileiro, corporificam valores muito caros à humanidade no que tange ao estabelecimento do regime democrático e representativo como mecanismo de escolha de projetos e programas de governo, como no aceite voluntário de atuarem soberanamente com respeito a determinados limites nas relações que possuem com outros povos, nações e países do mundo.

Estamos, pois, conforme lição de Paulo Bonavides, diante de direitos fundamentais de quarta e quinta dimensão, primeiro em

relação ao direito à democracia e a seguir em relação ao direito à paz mundial. Ambos intrinsecamente relacionados com o princípio da dignidade da pessoa humana, no que se refere ao direito à liberdade de expressão, consumada pela autonomia da vontade de participar das decisões políticas do país no âmbito interno e externo, seja de forma direta, mediante plebiscitos, referendos ou iniciativa popular, seja por meio da eleição de representantes através do sufrágio universal, livre, igual e secreto[18].

A rigor, tanto Portugal quanto Brasil têm no processo eleitoral o instrumento essencial para efetivar e manter vivas suas democracias representativas[19], posto que, esse mecanismo é o único capaz de concretizar a soberania popular. Um sistema democrático qualificado pressupõe um processo eleitoral que garanta a igualdade de oportunidades entre os candidatos, eleições isentas da influência abusiva e nefasta do poder econômico e da corrupção, equilíbrio na captação e distribuição de recursos financeiros e, consequentemente, legitimidade de representação pelo voto popular. Consequentemente, os direitos humanos estarão consagrados na democracia e as democracias estarão consagradas nos direitos humanos.

É justamente pelo fato de que todos os seres humanos são livres e iguais que se justifica a sua titularidade em termos de direitos políticos, garantindo sua capacidade de interferir conjuntamente, uns com os outros, na vontade geral e nos rumos do Estado e da sociedade. A razão e a consciência, qualidade inata aos seres humanos, convoca à participação cívica dos cidadãos no intuito de se tornarem capazes de solucionar ou equacionar os problemas existentes na sociedade mediante o confronto pluralista de ideias e pelo sufrágio pessoal e livre[20].

---

18 BONAVIDES, Op. cit. p. 590.

19 MIRANDA, Jorge. Curso de Direito Constitucional. 1. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. Reimpressão Setembro, 2018. vol. 2, p. 116.

20 MIRANDA, Op. cit. p. 56.

A liberdade apresenta-se enquanto elemento fundante e limitante da democracia. Fundante porque a participação na condução dos destinos comuns pressupõe a liberdade. Limitante visto que a democracia não se propõe a pôr em causa a liberdade, sendo a maioria uma maioria de conjuntura, jamais definitiva e apta a atropelar os direitos da minoria. Dessa forma, ensina Jorge Miranda:

> "É ainda em virtude de uma opção pela liberdade, e não, simplesmente, por impossibilidade da democracia direta (de um qualquer seu sucedâneo), que se justifica a democracia representativa, porquanto: - apenas na democracia representativa se distinguem (sem se cortarem pontes) espaço público e espaço privado, a esfera do Estado e a esfera da sociedade; - do mesmo modo, apenas na democracia representativa, se distinguem o cidadão e a pessoa na sua vida própria, não deixando esta ser absolvida pelo cidadão total (caso da Atenas antiga e, sobretudo, dos regimes totalitários do século XX); - apenas a democracia representativa assegura a separação de poderes e a responsabilidade política dos governantes perante os governados; - somente a democracia representativa propicia o pluralismo e o contraditório (sem prejuízo do compromisso) no âmbito das assembleias representativas"[21].

O Estado de Direito só existe quando há harmonia com o princípio da separação dos poderes, com o aceite de subordinação a imperativos materiais que o transcendem e quando se dá limitação material do poder político, salvaguardando os direitos fundamentais da pessoa humana. Podemos afirmar que estas características marcam tanto Portugal sob a feição de Estado Unitário semipresidencialista e quanto o Brasil sob a forma de República Federativa presidencialista.

Há que se diferenciar, ainda, dois conceitos de democracia. Um referente à democracia formal ou procedimental e outro à democracia material ou substancial. Enquanto a democracia formal versa sobre o conjunto de regras e procedimentos que garante o exer-

21 Op. cit. p. 57-58.

cício do poder como espelho da vontade da maioria de determinada sociedade, sem considerar o conteúdo das decisões tomadas, a democracia material adiciona um ingrediente, tendo em vista a adoção de decisões voltadas à preservação de direitos humanos e o alcance da igualdade e da justiça social[22].

As primeiras declarações de direitos e as Constituições liberais do século XVIII centralizaram seus cuidados na democracia formal, no intuito de ampliar o direito de votar e ser votado, velando para que o processo decisório do Estado Constitucional espelhasse a vontade da maioria. Vale indicar, por oportuno, a Fórmula de Lincoln, pela qual a democracia é "o governo do povo, pelo povo, para o povo".

A democracia material surgiu de um processo de transformação e maturação do Estado Constitucional, com a adoção de graus e acuidades diversas nas Constituições, agora dotadas de cuidado com o bem-estar social, cujo fundamento orienta para que o Estado promova a igualdade e a justiça social. Já não bastava a definição procedimental de escolha dos governantes, eis que se tornara relevante saber quais seriam os compromissos e decisões adotadas pelo governante eleito.

A DUDH de 1948 passou a exigir, no plano internacional, uma relação simbiótica entre democracia e proteção de direitos humanos, consagrando os direitos políticos e a democracia substancial "uma vez que importa o teor das decisões tomadas, que devem promover os direitos humanos, a diversidade, inclusão e igualdade de todos (com equidade), mesmo os que pertencem a grupos minoritários e vulneráveis"[23].

O direito à democracia não se restringe ao direito do indivíduo em participar periodicamente das eleições, mas também, e sobretu-

22 RAMOS, Op. cit. p. 979-980.

23 RAMOS, Op. cit. p. 983.

do, significa a exigência de um regime democrático de qualidade, materialmente falando, e que esteja em consonância com os direitos humanos, dado o compromisso inafastável com a promoção de uma sociedade inclusiva, programática e dotada de políticas públicas que sejam cada vez mais eficientes e eficazes no alcance dos objetivos a que se propõem.

Vale registrar, ainda, que o processo político-eleitoral em Portugal e no Brasil assume notas bastante distintivas, embora permita uma aproximação por meio de comparação.

Enquanto no Brasil, possuímos um órgão jurisdicional para cuidar do processo eleitoral, em Portugal esse processo ocorre sob a responsabilidade de alguns órgãos, com destaque para a Comissão Nacional de Eleições. O Brasil é marcado por uma alta fragmentação partidária, por eleições proporcionais sob um sistema de lista aberta, com duas casas no Congresso Nacional o que não ocorre em Portugal, que conta com eleições proporcionais por meio de lista fechada e com Poder Legislativo unicameral, representado pela Assembleia da República. Por outro lado, tanto Portugal quanto Brasil possuem legislação específica para disciplinar o financiamento da política.

Dito isto, é de se questionar as razões que permitem falar a respeito do déficе de representatividade ou de legitimidade democrática. Ao que pensamos, a morosidade legislativa dos parlamentos aliada à demora da burocracia estatal para atender às crescentes demandas sociais, às urgentes necessidades da população em termos de eficácia, eficiência e, sobretudo, efetividade de políticas públicas tem gerado descrença no processo político-eleitoral. Agregue-se a isto as notícias de escândalos de corrupção eleitoral, de desvios de recursos públicos, além da ausente ou precária prestação de contas dos representantes aos representados.

Há, pois, uma reverberação da descrença na classe política em relação às instituições democráticas, um processo que precisa ser re-

vertido sob pena de os Estados de direito democráticos sucumbirem a modelos extremistas, aristocráticos ou populistas, sem compromisso com as liberdades e com os direitos humanos.

Corroborando as afirmações acima, estudos apontam que

> "La preocupación de la ciudadanía por la corrupción y los problemas derivados, está directamente relacionada con la aparición de escándalos vinculados con el enriquecimiento ilícito de los funcionarios, el descubrimiento de licitaciones manipuladas o las denuncias sobre coimas, o venta de influencia. La actividad política, los partidos, los dirigentes políticos y los funcionarios públicos son identificados como factores determinantes de la corrupción. Existe la percepción de que hay un divorcio entre una dirigencia política corrupta y una sociedad civil honesta, impoluta, transparente. Los resultados del Barómetro Global de Corrupción -edición del 2003- de Transparency International dan cuenta de esa percepción de la política. En ese estudio se formuló la siguiente pregunta a los más de treinta mil encuestados en 44 países: 'Si tuviera una varita mágica y pudiera eliminar con ella la corrupción de una de las siguientes instituciones, ¿cuál elegiría primero?' En 33 países (…) los encuestados señalaron como primera opción a los partidos políticos"[24].

Dados do Latinobarômetro[25] de 2017 mostram que os partidos políticos são as instituições nacionais que menos gozam da confiança da população, perdendo para o Poder Judiciário, as Forças Armadas e para a Igreja na América Latina. Chama-nos atenção o fato de que essa questão não é exclusiva de países em desenvolvimento,

24 FERREIRA RUBIO, Delia M. Financiamiento político en el Cono Sur: Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay. In: Zovatto, Daniel De las normas a las buenas prácticas: el desafío del financiamiento político en América Latina / Editores Daniel Zovatto, Steven Griner, p. 271.

25 Informes Anuales 2017. Disponível em: http://www.latinobarometro.org Acesso em 10.ago.2010.

mas tem se apresentado em caráter global, afetando países da Ásia, da Europa Ocidental e os Estados Unidos[26].

Em Portugal, o sistema político e eleitoral denota demandas mais direcionadas à representação política, à qualidade do sistema proporcional, além, é claro, de questões relacionadas às inelegibilidades, inclusive as que são fruto de corrupção. Embora o ordenamento jurídico português permita a utilização de recursos públicos e privados no financiamento dos partidos e das campanhas, em relação aos recursos privados, só admite aqueles cuja origem seja de pessoas naturais.

No Brasil, tal medida somente ocorreu a partir das eleições municipais de 2016 e por força do julgamento da ADI 4650/DF que, no ano de 2015, declarou inconstitucional a doação de recursos financeiros por empresas a candidatos e partidos políticos. Mesmo assim, somente após serem revelados sofisticados processos de utilização de recursos oriundos de empresas detentoras de contratos com o Poder Público em campanhas eleitorais, demonstrando o quão sensível a questão se revela em relação ao financiamento da política.

---

26 Zovatto, Daniel. (2005). Financiamento de partidos e campanhas eleitorais na América Latina: uma análise comparada. *Opinião Pública*, *11* (2), 287-336. https://dx.doi.org/10.1590/S0104-62762005000200002. Dentre os casos polêmicos, que demonstram que mesmo dentro das democracias mais consolidadas, a relação entre o dinheiro e a política é uma questão complexa e controvertida, cita-se a polêmica que afetou o então presidente americano Bill Clinton sobre as fontes externas de financiamento, os escândalos na França com respeito a empregos fictícios, os fundos secretos da CDU manejados pelo então chanceler alemão Helmut Kohl, assim como as dificuldades enfrentadas pelo então primeiro-ministro do Reino Unido Tony Blair, que o obrigaram a aceitar a renúncia de um de seus ministros e a criar a comissão presidida por lorde Neill, com o objetivo de reformar o sistema de financiamento. Na América Latina, casos de financiamento público ilícito, por meio de contas confidenciais ou entradas encobertas, geraram numerosas crises que colocaram em situações-limite vários presidentes, como Fernando Collor de Mello, no Brasil; Carlos Andrés Pérez e Nicolas Maduro, na Venezuela; Jamil Mahuad, no Equador; Pedro Pablo Kuczynski e Martín Vizcarra, no Peru e Mário Abdo Benítez, no Paraguai. Paralelamente, em um bom número de países, o dinheiro proveniente do crime organizado e de atividades ilícitas, como o narcotráfico, teve um peso relevante no financiamento das campanhas, como foi o caso de Ernesto Samper, na Colômbia.

As dificuldades orientam para um debate profundo e espinhoso na busca de alternativas o aperfeiçoamento da democracia, assegurando que a representação política exista sem vulnerar ou ofender princípios constitucionais como o da igualdade, o democrático, o republicano e o da proporcionalidade, garantindo eleições livres e que respeitem a soberana vontade popular, sem alterações ou intercorrências a partir do volume de recursos financeiros direcionados aos partidos políticos e a determinadas candidaturas.

Em suma, o quadro emoldurado denota, quer seja em Portugal ou no Brasil e resguardadas as devidas diferenças conjunturais, o descrédito da classe política, cuja origem remonta a denúncias e escândalos de corrupção ou mesmo a morosidade do Estado em socorrer as crescentes demandas apresentadas pela população, exigindo profundas reformas políticas tendentes a: diminuir o número de partidos; reduzir os gastos com financiamento público da política; alterar a forma de escolha proporcional – debatendo-se temas como lista fechada e voto distrital, reforçando o caráter representativo das eleições; aperfeiçoar os sistemas de fiscalização, *compliance* e *accountability*; e aprimorar os diálogos institucionais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relação entre direitos humanos e democracia é bastante próxima, senão interdependente, posto não existir democracia representativa sem Estado de Direito, nem Estado de Direito sem democracia representativa, da mesma forma que não se pode falar em Estado de Direito democrático sem direitos humanos.

A quadra histórica que vivemos demonstra a existência de grandes desafios a serem vencidos, devido a graves problemas estruturais em termos de legitimidade democrática e da relação entre governantes e governados.

Como alternativa para a superação dessas dificuldades torna-se necessária a repactuação democrática tanto por meio do reforço ao caráter representativo das eleições, como através do aperfeiçoamento dos sistemas de fiscalização, *compliance*, *accountability* e diálogos institucionais, mas sobretudo em relação à eficácia, eficiência e, principalmente, efetividade das políticas públicas, fortalecendo a um só tempo a sociedade, as instituições jurídicas e os governos, assegurando a manutenção da legitimidade política e institucional para o exercício das atividades inerentes ao poder público.

REFERÊNCIAS

BARTOLOMEI, F. La dignitá umana come concetto e valore costituzionale. Torino: G. Giappichelli, 1987.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 12.fev.2020.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. 6. ed. Lisboa: Almedina, 2019.

FERREIRA RUBIO, Delia. Financiamiento político en el Cono Sur. *In*: Griner, Steven e Zovatto, Daniel (orgs.). De las normas a las buenas prácticas: el desafío del financiamiento político en América Latina. San José de Costa Rica: OEA-Idea, 2004.

FLORES, Joaquín Herrera apud PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e justiça internacional. São Paulo: Saraiva, 2018.

HÄRBELE, Peter apud SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

HENKIN, Louis. The rights of man today. New York: Columbia University Press, 1988.

Corporación Latinobarómetro. Informes Anuales 2017. Disponível em: http://www.latinobarometro.org. Acesso em 10.ago.2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Jorge. Direito eleitoral. Coimbra: Almedina, 2018

_____. Curso de Direito Constitucional. 1. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. Reimpressão Setembro, 2018. vol. 2.

_____. Manual de direito constitucional. v. IV. Coimbra: Almedina, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. A dignidade da pessoa humana. v. 1. Dignidade e direitos fundamentais. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

NUNES, Rizatto. O princípio da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

VILLIERS, Bertus de. The socio-economic consequences of directive principles of state policy: limitations on fundamental rights, 1992.

ZOVATTO, Daniel. (2005). Financiamento de partidos e campanhas eleitorais na América Latina: uma análise comparada. *Opinião Pública*, *11* (2), 287-336. https://dx.doi.org/10.1590/S0104-62762005000200002. Acesso em 10.ago.2019.

A REGRA DA COTA DE GÊNERO E OS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA AUTONOMIA DOS PARTIDOS POLÍTICOS

José Wilson Ferreira de Araújo Júnior

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo analisar se a regra prevista no art. 10, §3º, da Lei nº 9.504/97, a qual trata da fixação dos percentuais máximo e mínimo relativos às cotas de gênero, colide ou conflita com os princípios da igualdade e da autonomia partidária, o primeiro previsto no art. 5º, caput, e o segundo no art. 17, ambos na Constituição Federal.

Conquanto seja tema já debatido desde a edição da Lei nº 12.034/2009, a qual inseriu nova redação ao mencionado dispositivo da lei eleitoral, a análise sob comento ainda se faz necessária frente aos avanços doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema, além de tentativas de exclusão do texto normativo da aludida regra, a exemplo do que ocorre através do Projeto de Lei nº 1.256/2019, que tramita no Congresso Nacional, cuja discussão, entrementes, não será tratada no presente trabalho.

Portanto, é temática atual e cujas discussões estão longe de alcançar satisfatório e próximo termo.

2. TRAÇOS DISTINTIVOS ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Inicialmente, impõe-se discorrer sobre alguns elementos que diferenciam regras e princípios, conquanto ambos sejam espécies do gênero norma.

As regras são normas mais concretas e específicas, que impõem condutas-modais ou, nas palavras de Dworkin (*apud* Alexy, 2012), que devem ser aplicadas de forma do tudo-ou-nada *(all-or-nothing--fashion)*, expressando o seu caráter de definitividade.

Os princípios, por sua vez, segundo também Dworkin (*apud* Alexy, 2012), "contêm razões que indicam uma direção, mas não têm como conseqüência necessária uma determinada decisão". Estes são, em verdade, normas mais gerais e abstratas, que impõem valores e estabelecem graus de realização.

Aliás, Alexy (2012, p.108) estabelece o critério da generalidade como um dos principais traços na distinção entre regras e princípios, de tal forma que os princípios são normas com grau de generalidade alta (direito à religião ou crença), e regras são normas com grau de generalidade baixo (idade para votar e ser votado).

Ainda segundo a doutrina alemã (Alexy, 1998), princípios são "mandatos de otimização", isto é, são normas que autorizam que algo seja realizado de uma forma a mais completa possível sob as perspectivas das possibilidades jurídica e fática, o que implica dizer que autorizam o estabelecimento de graus de satisfação e observância. Mas, ainda segundo Alexy (2012, p. 91), a diferença gradual destacada por Dworkin é apenas um dos traços distintivos entre os dois institutos, já que a diferença qualitativa caracterizada pelos mandatos de otimização é que, de fato, possibilita uma distinção de forma precisa.

Outro traço distintivo entre os dois institutos refere-se ao processo de solução de colisão ou conflito, cujas diferenças terminológicas serão lançadas em tópico próprio. Mas, para o momento, importante lembrar que o processo de solução de colisão de princípios passa pela ponderação, referindo-se, neste caso, aos aspectos normativos, ao passo que o das regras passa pela subsunção**,** isto é, à observância dos aspectos metodológicos.

No tocante especificamente às regras, não há possibilidade de gradação de sua aplicação, tal qual ocorre com os princípios já que aquelas são sempre aplicáveis ou não-aplicáveis. Vale dizer que, se uma regra é aplicável, o intérprete não detém discricionariedade no tocante ao nível de sua aplicação, visto que o comando nela inserido não permite nem mais nem menos sua incidência.

3. COLISÃO OU CONFLITO ENTRE REGRA E PRINCÍPIO

Primeiramente, faz-se necessário traçar breve distinção entre colisão e conflito, não obstante sejam utilizados como sinônimos em situações que possuem naturalmente contextos de aplicação e incidência diferentes.

Na verdade, ao passo que no conflito há uma incompatibilidade de aplicação de dois regramentos antagônicos, na medida em que a escolha de um implica inexoravelmente a derrocada do outro, na colisão não há necessariamente a incidência de um em detrimento do outro.

Por isso que, quando se está a tratar de antinomia de princípios, a terminologia mais adequada é de que há uma colisão, já que, a despeito da aplicação de quaisquer deles, haverá sempre a harmonização seguindo os critérios de ponderação e sempre no caso concreto,uma vez que não há resposta em tese quando se trata dessa figura jurídica.

Por outro lado, ao se tratar de regras que se antagonizam, a harmonização entre elas não será possível, visto que, como dito, a aplicação de uma ou de outra se perfaz de modo completo, inteiro, sem parcialidades.Vale dizer que a pretensão totalizante obsta a coadunação de duas regras que tratem da mesma matéria de forma antagônica, de tal sorte que, nesses casos, a resolução se dará pela aplicação da exceção ou, mais precisamente, pela aplicação de uma

em detrimento da outra, seguindo critérios de validade (hierarquia), existência (cronologia) e eficácia (especificidade).

Caso clássico de conflito de regras que alçou discussão junto ao Supremo Tribunal Federal diz respeito à aplicação da Súmula vinculante nº 45 (BRASIL, 2015), em que foi discutido o foro por prerrogativa de função *versus* a competência do tribunal do júri para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida, em que aquela Corte, depois de superados os critérios de hierarquia (já que ambas erigidas a normas constitucionais) e de existência (já que ambas derivadas do Poder Constituinte originário), teve que se debruçar sobre o critério da especificidade de cada uma delas para obter o deslinde da controvérsia.

Contudo, a questão que se indaga no presente trabalho diz respeito à hipótese de incompatibilidade entre regra e princípio. Neste particular, ter-se-á conflito ou colisão?

Partindo-se do pressuposto conceitual de Bobbio (1999, p.88) no sentido de que antinomia jurídica é "aquela situação que ser verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade", tem-se a hipótese também de colisão entre regra e princípio como espécie do gênero conflito de normas.

Segundo Köhn (2019), "Na colisão de um Princípio com uma regra que não se baseia num Princípio constitucional prevalece o Princípio (...)".

Cita o autor como exemplo as disposições constantes dos arts.51 e 52 da Lei 5250/67 (Lei de Imprensa), que restringem o valor da indenização por danos morais. Esta regra, instituída em defesa dos interesses das grandes empresas midiáticas e do Estado de exceção vigente à época, não se coaduna com o princípio da liberdade de imprensa, preconizado pela Constituição Federal de 1988, haja vista que, além de não se arrimar no próprio princípio da liberdade da im-

prensa, já que essa liberdade continua incólume a despeito da obrigação ou não de indenizar por eventuais excessos e ilícitos cometidos no exercício do direito, também sucumbe frente ao que estabelece o princípio do direito à indenização, previsto no art. 5º, X, da CF.

Dadas as considerações distintivas traçadas até aqui, adota-se o entendimento de que a hipótese aqui tratada se caracteriza como conflito, visto ser impossível a aplicação harmônica de uma regra que venha sobrepujar um princípio que com ela contrasta. Não há, na verdade, espaço para aplicação de ambos concomitantemente.

Todavia, situação diferente se estabelece quando, na colisão entre regra e princípio, a primeira se sedimenta em um princípio (P1) que se sobrepõe àquele (P2) que, por sua vez, se antagoniza à mesma regra.

Muito mais prevalece a regra, quando o princípio que a conduz guarda simetria com o princípio que, apenas aparentemente, com ela contrasta. Neste sentido, a regra da cota de gênero eleitoral tem por escopo justamente prestigiar o princípio da igualdade, tratando de forma isonômica homens e mulheres ao estabelecer apenas parâmetros mínimo e máximo de cada gênero por ocasião dos registros de candidaturas proporcionais.

4. A COTA DE GÊNERO, A IGUALDADE E A AUTONOMIA DOS PARTIDOS POLÍTICOS: REGRAS OU PRINCÍPIOS?

Firmadas as premissas sobre as principais diferenças entre regras e princípios, alcança-se a certeza de que a previsão no ordenamento jurídico vigente de cotas de gênero para fins eleitorais – e não cotas de sexo, como assim decidiu o Tribunal Superior do Trabalho na Consulta nº 0604054-5, em 01 de março de 2018 (BRASIL, 2019), caracteriza-se como regra e não como princípio.

Com efeito, a hipótese tratada no art. 10, §3º, da Lei Eleitoral, se traduz em norma aplicável e que deve ser respeitada na sua inteireza em todos os prélios eleitorais, mormente no que diz respeito às candidaturas femininas em disputa às vagas de representação popular proporcionais.

Logo, definida como regra, há obrigação do intérprete e do aplicador do direito, no caso mais específico, da Justiça eleitoral em todos os seus níveis (de juízes eleitorais, tribunais regionais eTSE), de exigir a sua aplicação de forma plena, sem que haja para tanto discricionariedade ou sopesamentos.

Por sua vez, os propalados "princípios" da igualdade e da autonomia partidária são, de fato e cientificamente, conceituados como princípios, porquanto detêm comandos que devem ser observados na maior medida possível e dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, ambos com alto grau de generalidade.

Sobre o princípio da igualdade, o art. XXI, item 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948) estabelece que "Toda pessoa tem direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos", entendimento que foi recepcionado pelo legislador constituinte e devidamente inserido na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, *caput,* e no mesmo sentido dispondo o art. 5º, I, que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição".

No tocante ao princípio da autonomia dos partidos políticos, a Constituição Federal o previu expressamente no seu art. 17, *caput* e §1º (BRASIL, 1988).

Sobre a dicotomia regra x princípio da autonomia político-partidária, é importante primeiramente lembrar que o contexto histórico em que estava inserida a Constituição Federal de 1988, ensejava um rompimento drástico com a ordem político-partidária então

vigente, principalmente com o escopo de fortalecer as instituições democráticas, de tal sorte que se conferiu, nessa ânsia, amplitude além do necessário à autonomia dos partidos políticos.

Todavia, os desvirtuamentos logo afloraram, a começar das incontáveis migrações dos candidatos entre as agremiações, quase sempre motivadas pelo fisiologismo e não por questões ideológicas.

Mas mesmo sob à luz de algumas limitações impostas, como as do princípio republicano, a autonomia partidária não perdeu sua qualidade de princípio, porquanto ainda essencial para a manutenção do regime democrático.

Sob a perspectiva do princípio republicano, Robert Dahl (2001, p. 49, *apud* CASSEB, 2015) identifica cinco critérios que, de certa forma, limitam a autonomia partidária, mas sem lhe retirar a qualidade de princípio, porque o faz justamente com o desiderato de preservar o princípio do regime democrático:

> Participação efetiva. Antes de ser adotada uma política pela associação, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para fazer os outros membros conhecerem suas opiniões sobre qual deveria ser esta política.
>
> Igualdade de voto. Quando chegar o momento em que a decisão sobre a política for tomada, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas de voto e todos os votos devem ser contados como iguais.
>
> Entendimento esclarecido. Dentro de limites razoáveis de tempo, cada membro deve ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas alternativas importantes e suas prováveis consequências. Controle do programa de planejamento. Os membros devem ter a oportunidade exclusiva para decidir como e, se preferirem, quais as questões que devem ser colocadas no planejamento. Assim, o processo democrático exigido pelos três critérios anteriores jamais é encerrado. As políticas da associação estão sempre abertas para a mudança pelos membros, se assim estes escolherem.

Vê-se que, mesmo garantindo a participação isonômica dos associados a qualquer agremiação, a autonomia partidária continua conferindo viabilidade à implementação da democracia justamente porque atua como instrumento na consecução das eleições, já que sem estas não existe aquela.

5. EXISTE CONFLITO ENTRE A REGRA DA COTA DE GÊNERO E OS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA AUTONOMIA DOS PARTIDOS POLÍTICOS?

Particularmente no Direito Eleitoral, a aplicação do princípio da igualdade tem amplo espectro, sempre objetivando prestigiar a isonomia de condições na disputa eleitoral. E para tanto, vários dispositivos legais consectários foram inseridos no referido ordenamento, dentre os quais o disposto no art. 10, §3º, da Lei nº 9.504/97, o qual estabelece:

> Art. 10. Cada partido ou coligação poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, a Câmara Legislativa, as Assembleias Legislativas e as Câmaras Municipais no total de até 150% (cento e cinquenta por cento) do número de lugares a preencher, salvo:(Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015)
>
> (...)
>
> § 3º **Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)**
>
> § 4º Em todos os cálculos, será sempre desprezada a fração, se inferior a meio, e igualada a um, se igual ou superior.
>
> § 5º No caso de as convenções para a escolha de candidatos não indicarem o número máximo de candidatos previsto no **caput**, os

> órgãos de direção dos partidos respectivos poderão preencher as vagas remanescentes até trinta dias antes do pleito.(Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015)

Diante da premissa constitucional de que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, surge a indagação: ao estabelecer uma regra de cotas de gênero, não estaria o legislador infraconstitucional a violar o princípio constitucional da igualdade?

A resposta, que perpassa pelo conflito de regra x princípio, encontra guarida, primeiramente, nas lições traçadas no tópico em que se tratou do conflito entre as duas referidas normas, com primazia, como visto e em tese, da regra.

Entrementes, no caso em apreço, deve-se ponderar que a prevalência da regra constante da Lei das Eleições encontra eco no fato de que ela (regra) também encontra arrimo no princípio da igualdade, mormente quando se lembra que a isonomia preconizada na Constituição visou alcançar patamares de ordem material e não meramente formal.

Com efeito, como assevera REIS (2016, p.76), "Para diminuir o hiato existente entre o desiderato da nossa ordem fundamental e o resultado das observações empíricas sobre essa matéria, o legislador tem feito a experiência de estabelecer cotas de gênero", demonstrando o autor que, ao revés do aparente conflito, há uma convergência entre a regra da cota de gênero e o estatuído na Carta de 1988, visto que a primeira visa conferir eficácia ao disposto na segunda.

Na mesma trilha, no julgamento da Representação nº 282-73/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, em 23.2.2017, o TSE assentou:

> O incentivo à presença feminina constitui necessária, legítima e urgente ação afirmativa que visa promover e integrar as mulheres na vida político-partidária brasileira, de modo a garantir-se obser-

> vância, sincera e plena, não apenas retórica ou formal, ao princípio da igualdade de gênero (art. 5º, *caput* e I, da CF/88).

Em defesa ainda da prevalência da regra, importante destacar que o disposto no referido dispositivo da lei especializada veio a estabelecer apenas uma proporcionalidade mínima e máxima para cada um dos gêneros, de sorte que não pode haver candidaturas apenas masculinas ou apenas femininas, prestigiando, do mesmo modo, o princípio da igualdade.

Assente, de igual forma ao princípio anterior, o questionamento de possível antinomia entre a regra do art. 10, §3º, da Lei Eleitoral e a autonomia político-partidária consagrada na Constituição.Isso porque, aparentemente, o estabelecimento de cotas de gênero interfere na composição e organização das agremiações, as quais há muito já sofriam com a ausência de liberdade quanto à sua estruturação interna. O advento da Carta de 1988 remediou, parcialmente, essa situação. Porém, esse avanço, que excluiu o autoritarismo e a centralização do controle partidário pelo Estado, ainda encontra dificuldades de aplicação no tocante à própria delimitação da autonomia e nas reiteradas tentativas de se restabelecer o controle estatal. Cite-se, como exemplo, a instituição de cláusulas de barreira, as quais, como se sabe, condicionam a existência de partidos ao alcance de quocientes eleitorais.

Aqui também não se vislumbra, *prima facie,* conflito entre regra e princípio, uma vez que, enquanto a primeira visa apenas conferir concretude à política afirmativa de participação das mulheres nas eleições, o segundo, nos limites de sua aplicabilidade, não infirma a possibilidade de se adotarem e implementarem políticas públicas, porque não há, na essência, interferência na organização e gestão dos partidos, na medida em que a sua autocomposição e funcionamento podem ou não derivar do resultado das eleições.

No mesmo sentido, há muito já tangenciou a jurisprudência pátria de que a instituição de cotas de gênero, como condicionantes para registros de candidatura, não ofende a autonomia dos partidos políticos prevista no art. 17, §1º, da Constituição Federal, a exemplo do que já decidiram vários tribunais, dentre os quais o Regional de Mato Grosso:

> ELEIÇÕES 2012 - RECURSO ELEITORAL INOMINADO - DOCUMENTO DE REGULARIDADE DE ATOS PARTIDÁRIOS - DRAP - INDEFERIMENTO - LEI Nº 9.504/97, ART. 10, § 3º - COTA DE GÊNERO SEXUAL - INOBSERVÂNCIA - BASE DE CÁLCULO - NÚMERO DE CANDIDATOS EFETIVAMENTE LANÇADOS - OFENSA AO § 1º DO ART. 17 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - AUTONOMIA DOS PARTIDOS POLÍTICOS - NÃO CONSTATADA - CONVERSÃO EM DILIGÊNCIAS - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO IMPROVIDO. 1. Diante da nova redação do art. 10, § 3º, da Lei das Eleições, é obrigatório o atendimento aos percentuais ali previstos, os quais têm por base de cálculo o número de candidatos efetivamente lançados pelos partidos e coligações. 2. **A cota de gênero sexual para o registro de candidatura não ofende a autonomia dos partidos políticos prevista no § 1º do art. 17 da Constituição Federal, uma vez que referida autonomia deve ser compreendida dentro de uma interpretação sistemática da Lei Maior e em consonância com os princípios da democracia e da igualdade, aos quais estão sujeitas as próprias agremiações.** 3. Não há possibilidade de conversão do feito em diligências em sede de recurso para que a Coligação possa corrigir os percentuais das candidaturas lançados em desacordo com a regra do art. 10, § 3º da Lei 9.504/97, quando a agremiação já tenha sido devidamente intimada pelo Cartório Eleitoral para sanar a irregularidade e quedou-se inerte.
>
> (TRE-MT - Rcand: 22082 MT, Relator: JOSÉ LUÍS BLASZAK, Data de Julgamento: 04/09/2012, Data de Data de Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 04/09/2012)

Do mesmo modo e mais recentemente, decidiu o Tribunal Superior Eleitoral, quando do julgamento da Consulta nº 0600252-18.2018.6.00.0000 – BRASÍLIA – DISTRITO FEDERAL, que a efetividade da garantia do percentual mínimo de candidaturas por gênero, estabelecida no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97, enseja uma posição proativa da Justiça Eleitoral quanto ao amadurecimento da democracia brasileira em defesa das políticas afirmativas que consagrem as mulheres no livre exercício do direito político, ao mesmo tempo em que não se deve atribuir um tratamento de "típica hipótese de matéria dos partidos políticos", mediante a estrita tese de exercício da autonomia conferida pela Constituição Federal. Eis a ementa:

> CONSULTA. SENADORAS E DEPUTADAS FEDERAIS. INCENTIVO À PARTICIPAÇÃOFEMININA NA POLÍTICA. DISTRIBUIÇÃO DOS RECURSOS DO FUNDO ESPECIAL DEFINANCIAMENTO DE CAMPANHA (FEFC) E DO TEMPO DE PROPAGANDA ELEITORALGRATUITA NO RÁDIO E NA TV. PROPORCIONALIDADE. ART. 10, § 3º, DA LEI Nº9.504/1997. MÍNIMO LEGAL DE 30% DE CANDIDATURAS POR GÊNERO.APLICABILIDADE. FUNDAMENTOS. ADI 5617. STF. EFICÁCIA TRANSCENDENTE.PAPEL INSTITUCIONAL DA JUSTIÇA ELEITORAL. PROTAGONISMO. PRÁTICASAFIRMATIVAS. FORTALECIMENTO. DEMOCRACIA INTERNA DOS PARTIDOS.QUESITOS RESPONDIDOS AFIRMATIVAMENTE.
>
> Do objeto da presente consulta
>
> 1. Trata-se de consulta formulada nos seguintes termos:
>
> 1.1 "Aplica-se a decisão do STF que conferiu interpretação conforme à Constituição, proferida na ADI 5617, para a distribuição do Fundo Especial de Financiamento de Campanha, previsto nos artigos 16-C e 16-D, da Lei das Eleições, devendo-se equiparar o mínimo de recursos destinado a cada partido, ao patamar legal mínimo de 30% de candidaturas femininas, nos termos do artigo 10, § 3º, da Lei 9.504/97?"

1.2 "Havendo percentual mais elevado do que 30% de candidaturas femininas, o mínimo derecursos globais do partido, destinado às respectivas campanhas, deve ser na mesma proporção?"

1.3 "Aplica-se a decisão do STF que conferiu interpretação conforme à Constituição, proferida na ADI 5617, para a distribuição do tempo da propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, prevista nos artigos 47 e seguintes, da Lei das Eleições, devendo-se equiparar o mínimo de tempo destinado a cada partido, ao patamar legal mínimo de 30% de candidaturas femininas, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei 9.504/97?"

1.4 "Havendo percentual mais elevado do que 30% de candidaturas femininas, o mínimo do tempo da propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, destinado às respectivas campanhas, deve ser na mesma proporção?"

Do conhecimento da presente consulta

2. O conhecimento de consulta no TSE está condicionado à presença cumulativa de três requisitos: (i) pertinência do tema (matéria eleitoral), (ii) formulação em tese e (iii)legitimidade do consulente, devidamente preenchidos na espécie.

3. Conquanto a temática em exame diga com estruturação de novos paradigmas políticos, jurídicos e culturais intrapartidários, mediante a consolidação da democracia interna dos partidos políticos, observada a eficácia horizontal dos direitos fundamentais para a garantia da igualdade material entre as candidaturas femininas e masculinas, inevitável que os seus reflexos afetem diretamente o processo eleitoral, a atrair a competência da Justiça Eleitoral para sua apreciação. Precedentes.

4. Precisamente por isso, ao conteúdo em questionamento não se deve atribuir o tratamento de "típica hipótese de matéria dos partidos políticos", mediante o estrito interna corporis exercício da autonomia a eles conferida pelo art. 17, § 1º, da Constituição Federal. Antes, cumpre à Justiça Eleitoral, chamada ao enfrentamento da questão, dirimi-la à luz dos cânones normativos, legais e constitucionais que circundam a matéria, sem descurar do contexto sociopolítico atual brasileiro.

Do papel institucional da Justiça Eleitoral no incentivo à participação feminina na política

5. A efetividade da garantia do percentual mínimo de candidaturas por gênero, estabelecida no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97 – singelo passo à modificação do quadro desub-representação feminina no campo político –, conclama a participação ativa da Justiça Eleitoral, presente largo campo de amadurecimento da democracia brasileira a percorrer visando à implementação de ações afirmativas que priorizem e impulsionem a voz feminina na política brasileira, como sói acontecer nos países com maior índice de desenvolvimento humano (IDH), detentores de considerável representação feminina, consoante estudos realizados pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e compilados pela União Interparlamentar Inter-Parliamentary Union.

6. Este Tribunal Superior tem buscado impulsionar a participação feminina no cenário político, seja por medidas administrativas – como a veiculação em emissoras de rádio e televisão de campanhas em defesa da valorização e da igualdade de gênero e a promoção de painéis em Seminários sobre Reforma Política, de iniciativa da Escola Judiciária Eleitoral(EJE/TSE) –, seja no exercício da jurisdição, via decisões sinalizadoras de posicionamento rigoroso quanto ao cumprimento das normas que disciplinam ações afirmativas sobre o tema.

7. Nada obstante, as estatísticas demonstram que os reflexos no espaço político feminino ainda se mostram tímidos, evidenciando-se a urgência da adoção de práticas afirmativas que garantam o incremento da voz ativa da mulher na política brasileira, insofismável oprotagonismo da Justiça Eleitoral nesta seara.

Da ADI 5617 e sua aplicabilidade na distribuição do Fundo Especial de ratiodecidendi

Financiamento de Campanha (FEFC) e do tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão

8. Ao julgamento da ADI 5617, em 15.3.2018, o c. STF, no tocante ao Fundo Partidário, deu"interpretação conforme à Constituição ao art. 9º da Lei 13.165/2015 de modo a (a)equiparar o patamar legal mínimo de candidaturas femininas (hoje o do art. 10, § 3º, da Lei9.504/1997, isto é, ao menos 30% de cidadãs), ao mínimo de recursos do Fundo Partidário a lhes serem destinados, que deve ser interpretado como também de 30%

do montante do Fundo alocado a cada partido, para eleições majoritárias e proporcionais, e (b) fixar que, havendo percentual mais elevado de candidaturas femininas, o mínimo de recursos globais do partido destinados a campanhas lhe seja alocado na mesma proporção".

9. Embora circunscrito o objeto da ADI 5617 à distribuição dos recursos partidários que veio a ser fixada por meio da Lei nº 13.165/2015, os fundamentos então esposados transcendem o decidido naquela hipótese, considerada, em especial, a premissa de que "a igualdade entre homens e mulheres exige não apenas que as mulheres tenham garantidas iguais oportunidades, mas também que sejam elas empoderadas por um ambiente que lhes permita alcançar a igualdade de resultados". Aplicável, sem dúvida, a mesma diretriz hermenêutica; " ", vale dizer, onde houver o mesmo fundamento, ubieademratioibi idem jus haverá o mesmo direito.

10. Na lição da doutrina, "o Tribunal que, desempenhando com firmeza o seu dever de fundamentar, apreciar a maior gama de argumentos contrários e favoráveis a cada tese, estará produzindo não apenas uma decisão para um único litígio, mas sim umametadecisão que, fixando regras, standarts e rotinas, orientará os órgãos jurisdicionais inferiores" (BERNARDO, Clarissa Campos; ANDRADE, Marcelo Santiago de Paula. *O sistema de precedentes do novo CPC e sua repercussão no direito eleitoral*. In: DIDIER Jr., Fredie; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe (Coord.). *Repercussões do novo CPC*. Direito Eleitoral. Salvador: JusPodivm, 2016).

11. Se a distribuição do Fundo Partidário deve resguardar a efetividade do disposto no art.10, § 3º, da Lei nº 9.504/97, no sentido de viabilizar o percentual mínimo de 30% de candidaturas por gênero, consoante decidiu a Suprema Corte ao julgamento da ADI 5617,com maior razão a aplicação dos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) – cuja vocação é, exclusivamente, o custeio das eleições – há de seguira mesma diretriz.

12. No tocante ao tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, consabido não haver disposição normativa expressa que balize a sua distribuição em termos depercentual de

gênero. A despeito disso, a carência de regramento normativo que imponha a observância dos patamares mínimos previstos no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97 à distribuição do tempo de propaganda eleitoral no rádio e na televisão não obstaculiza interpretação extraída a partir de preceitos constitucionais que viabilizem a sua implementação.

13. Consoante magistério de Inocêncio Mártires Coelho, com apoio em Niklas Luhmann, Friedrich Müller e Castanheira Neves: "não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada, vale dizer, preceito formalmente criado e materialmente concretizado por todos quantos integram as estruturas básicas constituintes de qualquer sociedade pluralista. [...] Oteor literal de uma disposição é apenas a 'ponta do iceberg'; todo o resto, talvez o mais importante, é constituído por fatores extralinguísticos, sociais e estatais, que mesmo se o quiséssemos não poderíamos fixar nos textos jurídicos, no sentido da garantia da sua pertinência." (LUHMANN, Niklas. México: Herder/Universidad El derecho de lasociedad. Iberoamericana, 2005, p. 425-6; MÜLLER, Friedrich. Métodos de Trabalho do Direito. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 45; e NEVES, A. Castanheira. Constitucional Metodologia Problemas fundamentais. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993, p. 166-76.) Jurídica.

14. Aplica-se, no ponto, a mesma adotada pela Suprema Corte na ADI 5617, ratiodecidendi com prevalência ao direito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e à igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF).

15. A revisão jurisdicional de atos partidários, no que se inclui a revisitação das diretrizes norteadoras da distribuição interna de recursos públicos destinados às campanhas eleitorais, bem assim a divisão do tempo de propaganda eleitoral gratuita entre os candidatos em disputa, não implica, em absoluto, desprestígio à autonomia partidária – consagrada na Carta Magna e reafirmada na Emenda Constitucional nº 97, aprovada pelo Congresso Nacional em 4 de outubro de 2017 –, mas amparo ao fortalecimento da democracia interna da própria grei, contribuindo para o desenvolvimento da política.

Conclusão

> Consulta respondida afirmativamente, nos seguintes termos: a distribuição dos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), previsto nos artigos 16-C e 16-D, da Lei das Eleições, e do tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, regulamentada nos arts. 47 e seguintes do mesmo diploma legal, deve observar os percentuais mínimos de candidatura por gênero, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei nº9.504/97, na linha da orientação firmada na Suprema Corte ao exame da ADI 5.617. No caso de percentual superior de candidaturas, impõe-se o acréscimo de recursos do FEFC e do tempo de propaganda na mesma proporção.
>
> Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em responder afirmativamente à consulta, nos termos do voto da relatora. Brasília, 22 de maio de 2018.
>
> MINISTRA ROSA WEBER – RELATORA

De fato, "A autonomia não consagra regra que exima o partido do respeito incondicional aos direitos fundamentais especialmente ao direito à igualdade", como bem lecionou o ministro Edson Fachin quando do julgamento da ADI 5617, em 15.3.2018, em que o STF discutiu a instituição de cotas de gênero também no tocante ao Fundo Partidário e ao Fundo Eleitoral, matéria discutida no transcrito aresto do TSE.

Ainda sobre o mesmo tema, LÓSSIO (2017) assevera:

> O partido político, como forma de agremiação voluntária de pessoas com fins políticos assemelhados, talvez seja o único grupo organizado capaz de promover a igualdade entre homens e mulheres na representação política. É sua, portanto, a responsabilidade de criar, em seu núcleo, o exemplo e as oportunidades para que às mulheres sejam conferidas as mesmas oportunidades dadas aos homens, sejam elas na ocupação de cargos na cúpula decisória do partido, no registro de candidaturas ou nas campanhas eleitorais.

Portanto, longe de ser óbice à implementação da política afirmativa de igualdade de gênero nas disputas políticas, as agremiações funcionam, ou devem funcionar, como veículos condutores justamente da isonomia de condições de participação de homens e mulheres nas eleições, dadas principalmente às suas finalidades institucionais.

CONCLUSÃO

Pelo que foi abreviado no presente artigo, pode-se afirmar que há elementos substanciais que permitem a diferenciação entre regras e princípios, sendo que regras são normas mais concretas e específicas, que impõem condutas-modais, jungindo-se ao critério da subsunção, ao passo que os princípios são normas que autorizam que algo seja realizado de uma forma o mais completa possível e sob as perspectivas de possibilidades jurídica e fática, considerando-se sempre o critério da ponderação e em casos concretos.

Também se discorreu que são distintos os institutos da colisão e do conflito, de tal forma que, neste último, há uma incompatibilidade de aplicação de dois regramentos antagônicos, na medida em que a escolha de um acarreta impossibilidade de aplicação do outro, ao passo que, na colisão, pode haver a incidência de ambos, mas com limites de aplicação. Essa diferenciação permitiu, inclusive, estabelecer as razões pelas quais se entendeu que a normatividade da cota de gênero se apresenta como regra, enquanto os cânones da igualdade e da autonomia político-partidária se exteriorizam como princípios.

Por fim, tentou-se demonstrar que, de fato, não há conflito entre a regra da cota de gênero, prevista na Lei nº 9.504/97, e os princípios da igualdade e da autonomia partidária, capitulados na Constituição Federal, visto que, na essência, o escopo da regra é justamente permitir a isonomia de condições de participação de ho-

mens e mulheres nas eleições proporcionais, ao mesmo tempo em que o estabelecimento dessas cotas não interfere no gerenciamento, gestão e finalidade da constituição e organização dos partidos políticos, ainda mais quando as agremiações tem justamente por razão de existência, na qualidade de detentores dos mandatos eletivos, permitir o acesso isonômico de quem se propuser à representação do povo junto às casas legislativas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012. 669 p.

_____. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10.12.1998. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_14.12.2017/art_17_.asp>. Acesso em: 22 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 45**. Disponível em: <(http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2362)>. Acesso em: 22 maio 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Acórdão Consulta Nº 0600252-18.2018.6.00.0000**. Disponível em: < http://www.tre-sc.jus.br/site/fileadmin/arquivos/jurisprudencia/clipping/2018/30_18/07.pdf>. Acesso em: 02 maio 2019

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília, Ed. UNB, 1999.

CASSEB, Henrique Morgado. **O princípio democrático obrigatório no âmbito dos partidos políticos e o preparo para o exercício da cidadania como elementos essenciais da fidelidade partidária brasileira.** Tese (Doutorado em Direito) – Instituição Toledo de Ensino, Bauru/SP, 2015. Disponível em: <(https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=2377224)> Acesso em: 02 maio 2019.

KÖHN, Edgar Peter Josef. **A Solução da colisão de princípios e conflito de regras**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/solucao-da-colisao-de-principios-e-conflito-de-regras>. Acesso em: 02 de maio de 2019.

LÓSSIO, Luciana. **Igualdade de gênero e democracia**. Revista Jurídica Verba Legis, Goiânia, n° 12, 2017. Disponível em: <http://apps.tre-go.jus.br/internet/verba-legis/2017/Artigos-07_Igualdade-de-genero-e-democracia.php> Acesso em: 22/05/2019.

ONU. Resolução Nº 217-A (III) de 10 de dezembro de 1948. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: < https://www.direitocom.com/declaracao-universal-dos-direitos-humanos-2#1449923sasdsdfs98df4s0f56s4fsdfff9882-cffc60bf-054a>. Acesso em: 02 maio 2019.

REIS, Márlon. **Direito Eleitoral Brasileiro**. Bauru: Casa Mayor, 2016.

A IGUALDADE DA MULHER NA POLÍTICA

Fernanda de Carvalho Lage[1]
Luiz Carlos dos Santos Gonçalves[2]

I.

Escrevemos esse artigo sensibilizados que fomos pela preocupação e pelo cuidado do Excelentíssimo Desembargador Cleones Carvalho Cunha com a questão das mulheres na política, quando da Presidência do Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão. E é essa a nossa inspiração para a discussão do tema da igualdade feminina, vez que sua atuação buscou, incansavelmente, a efetivação do princípio democrático para todos e para todas.

A desigualdade de gênero na sociedade brasileira é ampla e antiga, se espraiando pelos mais diversos campos da vida, entre eles o profissional, o familiar, o jurídico e o político. Esse artigo investiga a questão da desigualdade no exercício dos direitos políticos, votar e ser votado, bem como a presença menor das mulheres nos cargos eletivos.

As mulheres não podiam votar ou ser votadas na época do Império no Brasil (1822/1891). O sufrágio não era, de toda forma, universal. Além das mulheres eram excluídos os escravos, e aqueles que não podiam comprovar a propriedade de terras ou a percepção de certo nível de rendas. Para ser votado, então, os critérios eram ainda mais exigentes. Não causa surpresa que o percentual de votantes, quando comparado ao conjunto da população, fosse ínfimo. Voto e eleições eram um assunto para homens brancos e abonados.

---

1 Doutoranda em Direito pela Universidade de Brasília. Professora substituta na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Professora dos cursos de graduação e pós-graduação do IDP/Brasília. Advogada.

2 Procurador Regional da República. Ex-Procurador Regional Eleitoral de São Paulo (2016/2019). Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP.

A Lei Saraiva, Decreto nº 3.029, de 1881, que procedeu à ampla reforma do sistema eleitoral então vigente, trazia um texto que não excluía, de per si, a participação das mulheres: "Art. 2º: É eleitor todo cidadão brasileiro, nos termos dos arts. 6º, 91 e 92 da Constituição do Imperio, que tiver renda liquida annual não inferior a 200$ por bens de raiz, industria, commercio ou emprego".

Por igual, a Constituição de 1891, a primeira da República, trazia texto que, talvez por usar a forma do plural genérico, não excluía o voto feminino: "Art. 70. São eleitores os cidadãos maiores de 21 anos, que se alistarem na forma da lei".

A despeito disso, as mulheres não votavam. O ambiente social e jurídico do país pode ser aquilatado por uma norma feita mais de duas décadas após a proclamação da República, o Código Civil de 1916:

> Art. 6º: São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:
>
> I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156).
>
> II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.
>
> III. Os pródigos.
>
> IV. Os silvícolas.
>
> Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação.

A Constituição de 1891 permitia que os Estados legislassem sobre diversos assuntos, não excluindo o direito eleitoral. A lei eleitoral do Rio Grande do Norte foi a primeira a, expressamente, admitir o voto feminino: "Art. 17. No Rio Grande do Norte, poderão votar e

ser votados, sem distinção de sexos, todos os cidadãos que reunirem as condições exigidas por lei"

Daí ter sido deste Estado a primeira eleitora alistada do país, em 1927, Celina Guimarães Viana, professora da Escola Normal de Mossoró. Foi também deste Estado a primeira prefeita eleita no Brasil, Alzira Soriano de Souza, no município de Lages, em 1928.

Valendo-se do texto da Constituição de 1891, Mietta Santiago (pseudônimo de Maria Ernestina Carneiro Santiago Manso Pereira), obteve, no Poder Judiciário, o direito de votar e ser votada, o que exerceu em 1928, sendo considerada, portanto, uma das primeiras candidatas do país.

O direito ao voto feminino, após muitas lutas, só foi conquistado com a vitória da Revolução de 1930. O Código Eleitoral que se seguiu a ela trouxe o seguinte dispositivo: "Art. 2º. É eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo, alistado na forma deste Código".

A norma, porém, não tratava igualmente homens e mulheres, posto que só para os primeiros o voto era obrigatório: "Art. 121. Os homens maiores de sessenta anos e as mulheres em qualquer idade podem isentar-se de qualquer obrigação ou serviço de natureza eleitoral".

Por igual, a Constituição de 1934, a primeira a ter constitucionalizado o direito ao voto das mulheres, dispunha que: "Art 109 - O alistamento e o voto são obrigatórios para os homens e para as mulheres, quando estas exerçam função pública remunerada, sob as sanções e salvas as exceções que a lei determinar."

Ou seja, foi mantida a discriminação em relação às mulheres que não exerciam função pública remunerada, para as quais o voto não era obrigatório. Registre-se que se está tomando partido nesse trecho em relação a alegada franquia individual que seria o direito, ao invés da obrigação, de votar. Se tal alteração da atual constituição

se der, ela haverá de ser extensiva a todos os gêneros. O apontamento é que a falta de obrigatoriedade dada pelas normas antigas às mulheres envolvia preconceito e o reconhecimento de que a mulher não estava na mesma condição jurídica dos homens.

A evolução das Constituições Brasileiras manteve o direito conquistado pelas mulheres. A de 1937 determinava: "Art. 117 - São eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de dezoito anos, que se alistarem na forma da lei e estiverem no gozo dos direitos políticos.

A de 1946 trazia o seguinte texto:

> Art 133 - O alistamento e o voto são obrigatórios para os brasileiros de ambos os sexos, salvo as exceções previstas em lei.

A de 1967:

> Art 142 - São eleitores os brasileiros maiores de dezoito anos, alistados na forma da lei.
>
> § 1º - o alistamento e o voto são obrigatórios para os brasileiros de ambos os sexos, salvo as exceções previstas em lei.

Esse texto foi mantido mesmo sob a Emenda n. 1 à Constituição de 1967, feita pela junta militar que governava o país.

A Constituição Brasileira de 1988, sem dúvida a mais igualitária, do ponto de vista dos gêneros, além de dizer que: " Art. 5º. (…) I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;", não trouxe qualquer distinção em relação ao direito à voto ou candidatura, relativo a gênero:

> Art. 14 (…) § 1º O alistamento eleitoral e o voto são:
>
> I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos;

> II - facultativos para:
>
> a) os analfabetos;
>
> b) os maiores de setenta anos;
>
> c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

A evolução dos códigos eleitorais serve como referência para o trato legislativo da igualdade política de homens e mulheres. O Código de 1935 – Lei n. 48, de 4 de maio de 1935 - reproduzia o texto da Constituição de 1934: "Art. 4º O alistamento e o voto são obrigatórios para os homens e, para as mulheres, quando estas exerçam funcção publica remunerada (...)".

O Código de 1945 – Decreto-lei n. 7.586, de 25 de maio de 1945 - trouxe um avanço de mui pequena dimensão:

> Art. 4º O alistamento e o voto são obrigatórios para os brasileiros, de um e outro sexo, salvo:
>
> a) os inválidos;
>
> b) os maiores de 65 anos;
>
> c) os brasileiros a serviço do País no estrangeiro;
>
> d) os oficiais das fôrças armadas em serviço ativo;
>
> e) os funcionários públicos em gôzo de licença ou férias fora de seu domicílio;
>
> f) os magistrados;
>
> g) as mulheres que não exerçam profissão lucrativa.

Vale dizer, o voto era obrigatório para mulheres que não exercessem profissão lucrativa e não apenas para as que não exercessem função pública remunerada. O Código de 1950 manteve esse pequeno avanço, mas não foi além:

> Art. 4º O alistamento e o voto são obrigatórios para os brasileiros de um e outro sexo, salvo:

I - Quanto ao alistamento:

a) os inválidos;

b) os maiores de 70 anos;

c) os que se encontrem fora do país;

d) as mulheres que não exerçam profissão lucrativa.

Somente o ainda em vigor Código Eleitoral de 1965 acabou com as distinções de gênero:

Art. 6º: O alistamento e o voto são obrigatórios para os brasileiros de um e outro sexo, salvo:

I – quanto ao alistamento:

a) os inválidos;

b) os maiores de setenta anos;

c) os que se encontrem fora do país;

II – quanto ao voto:

a) os enfermos;

b) os que se encontrem fora do seu domicílio;

c) os funcionários civis e os militares, em serviço que os impossibilite de votar.

II.

A desigualdade histórica da mulher no direito ao exercício dos direitos políticos resulta num quadro de clara insuficiência da representação política exercida por mulheres. É a este histórico de subjugação – e não aos pretensos desinteresse e inaptidão das mulheres para a política – que se deve a desigualdade a seguir retratada.

Segundo dados do TSE:

> As mulheres compõem a maior parte do eleitorado brasileiro, mas ainda estão longe de conseguir se eleger na mesma proporção dos homens. Segundo dados do Cadastro Eleitoral, são mais de 77 milhões de eleitoras em todo o Brasil, o que representa 52,5% do total de 147,5 milhões de eleitores. Desse número, apenas 9.204 (31,6%) mulheres concorreram a um cargo eletivo nas Eleições Gerais de 2018. Destas, 290 foram eleitas, um aumento de 52,6% em relação a 2014[3].

Ainda:

> Para a Câmara dos Deputados, em 2018, foram eleitas 77 parlamentares, um aumento de 51% em relação ao último pleito, quando foram escolhidas 51 mulheres para a casa. Já nas assembleias legislativas, foram eleitas 161 representantes, um crescimento de 41,2% em relação a 2014, quando foram escolhidas 114 mulheres para o cargo de deputada estadual[4].

É relevante notar que, embora esses dados sejam indicadores de situação de enorme desigualdade, esta vem se reduzindo. Afinal, houve crescimento expressivo da representação política feminina num espaço de tempo relativamente curto, quatro anos. É por essa razão que o Brasil, que já ocupou a posição de n. 174 no "Ranking da Igualdade de Gênero" da Inter-parliamentary Union, agora ocupa a também angustiante, mas melhor, posição de n. 134[5].

Dados relativos ao pleito de 2014 mostravam que, por exemplo, no Estado mais rico do país, São Paulo, 147 dos 600 municípios não tinham qualquer mulher na Câmara de Vereadores ou

3 Dados do Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Marco/numero-de-mulheres-eleitas-em-2018-cresce-52-6-em-relacao-a-2014>. Acesso em 16 jan. 2020.

4 Dados do Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Marco/numero-de-mulheres-eleitas-em-2018-cresce-52-6-em-relacao-a-2014>. Acesso em 16 jan. 2020.

5 Disponível em: <http://archive.ipu.org/wmn-e/classif.htm>. Acesso em 16 jan. 2020.

na chefia do Poder Executivo. O "mapa da desigualdade de gênero" elaborado pela Procuradoria Regional Eleitoral de São Paulo, que coligiu esses dados, é interessante por mostrar que a desigualdade de representação política ocorre em municípios maiores ou menores, independentemente da posição de cada qual no IDH, índice de desenvolvimento humano[6].

Nas eleições de 2018, merece destaque a situação da cidade de Cuiabá, cuja Câmara Municipal, para a legislatura 2017/2020, não traz nenhuma mulher[7].

III.

As leis eleitorais trazem ações afirmativas em prol da igualdade da mulher na política. A primeira lei a fazê-lo foi a de n. 9.100, de 1995, regente das eleições de 1996, que trouxe uma reserva de 20% para as mulheres, da lista de candidatos proporcionais que os partidos e coligações poderiam lançar. Esta lei foi feita em momento no qual se entendia que, a cada eleição, deveria existir uma legislação eleitoral específica, em razão do artigo 16 da Constituição Federal, a anualidade eleitoral. Com a Lei 9.504/97, destinada a reger as eleições que viessem, a norma de ação afirmativa veio no artigo 10, parágrafo 3º: "…. cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo".

Merece nota o fato de que a versão original desta norma falava que os partidos deveriam "reservar" as vagas, trecho alterado em 2009 para "preencherá" as vagas.

---

6 Portal da PRESP. Disponível em: <http://www.presp.mpf.mp.br/index.php/grandes-temas-de-direito-eleitoral/igualdade-de-genero/mapa-genero>. Acesso em 16 jan. 2020.

7 Disponível em: <http://www.camaracuiaba.mt.gov.br/index.php?pag=vereadores>. Acesso em 16 jan. 2020.

O êxito desta disposição legal, tanto na versão original quando na alterada, mostrou-se acanhado, nos primeiros tempos. Os partidos e coligações continuavam a enviar chapas exclusiva ou quase totalmente masculinas, contando com a leniência do Poder Judiciário, infenso a se imiscuir em questões políticas. Foi paulatina a mudança jurisprudencial que passou a exigir o pleno respeito à quota de gênero nas candidaturas. Num primeiro momento, as listas partidárias eram devolvidas para correção. Depois, o Judiciário passou a "glosar" as candidaturas masculinas para adequar a lista ao percentual de 30 por cento reservado às mulheres. Só mais recentemente, a partir das eleições de 2012, é que a Justiça Eleitoral começou a simplesmente recusar a lista de candidatos se não viesse com os percentuais de gênero definidos pela Lei 9.504/97. O instrumento para esta recusa é a análise do Demonstrativo de Regularidade dos Atos Partidários (DRAP), que deve, bem assim como cada candidatura individual, merecer registro na Justiça Eleitoral. Se o registro do DRAP é recusado, nenhuma candidatura individual poderá ser registrada.

Esse posicionamento da Justiça Eleitoral passou a obrigar os partidos e coligações ao atendimento, ao menos formal, dos percentuais de gênero nas candidaturas proporcionais.

Foi então que surgiu o fenômeno das "mulheres-laranja", ou seja, de mulheres que, formalmente, eram apresentadas como candidatas, mas que, na verdade, não o eram. Muitas desistiam tão logo o DRAP era registrado; outras, embora candidatas, não faziam campanha – nem mesmo um único folheto! - e não arrecadavam recursos (nem os recebiam dos partidos). Como resultado, a apuração de votos mostrava que tais candidatas não recebiam nenhuma votação, às vezes nem a própria, evidenciando tratar-se de candidaturas fraudulentas.

O assunto mereceu destaque nas emissoras de televisão e rádio, que cunharam a locução "mulheres-laranja", valendo-se do tra-

dicional apelido que se dá, em nosso país, àquelas pessoas que são utilizadas para que terceiros façam ou ocultem seus malfeitos.

O problema das candidaturas-laranja é que os sinais que permitem a sua identificação advêm posteriormente ao momento do registro do Demonstrativo de Regularidade dos Atos Partidários (DRAP) perante a Justiça Eleitoral, que se dá como ato imediatamente anterior ao início da campanha política. Deste modo, a fraude era constatada durante a campanha, na apuração ou na prestação de contas das candidatas, que se dá trinta dias após o pleito. E não existia nenhum meio de impugnação, nenhuma ação eleitoral que pudesse repercutir na condição dos partidos ou dos eleitos valendo-se deste estratagema. O único meio de responsabilização era o criminal, artigo 350 do Código Eleitoral, a falsidade ideológica eleitoral[8]. Conquanto se pudesse responsabilizar as mulheres e eventuais autores intelectuais da fraude, notadamente dirigentes partidários, as consequências de eventual condenação criminal surgiriam muito tempo depois do pleito eleitoral, por força da duração comum dos inquéritos policiais e dos processos-crime. Além disso, a prova do elemento subjetivo da conduta, o dolo de mentir, não é de fácil consecução. As candidatas arrostadas pela inexistência de campanha eleitoral invocavam, usualmente, dificuldades familiares, doença, desemprego ou desculpas assemelhadas para sua inatividade.

A solução adveio de interpretação extensiva dada pelo Tribunal Superior Eleitoral aos conceitos de "abuso de poder" e "fraude". A Constituição menciona ambos, no artigo 14. O abuso de poder vem na autorização para que lei complementar estabeleça outros casos de

8 Art. 350. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, para fins eleitorais:
Pena – reclusão até cinco anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa, se o documento é público, e reclusão até três anos e pagamento de 3 a 10 dias-multa, se o documento é particular.

inelegibilidade, além dos já previstos na Constituição[9]. O abuso de poder político consta da Lei Complementar 64/90, a Lei das Inelegibilidades, ao prever a Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE):

> 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 (…)
>
> XIV – julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e de ação penal, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar.

A Constituição menciona a fraude também no artigo 14, no parágrafo 10 – ao prever a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo[10].

O abuso de poder político envolve o emprego de prerrogativas da condição de mandatário, parlamentar ou funcionário público em

9 Constituição Federal, art. 14 § 9º: Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício 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.

10 Constituição Federal, art. 14 § 10: O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

posição de mando com desvio de função, para favorecer partidos políticos ou candidaturas. É o que a imprensa normalmente chama de "uso da máquina administrativa". A jurisprudência do Tribunal Superior já vinha interpretando essa norma de modo a ampliar seu alcance, como se deu, por exemplo, na questão do abuso do poder religioso, no qual, a despeito de não existir função pública relacionada, se entendeu que havia uma situação de liderança e liderados que poderia ser malversada para fins políticos

Foi no "Caso José de Freitas", cidade do Piauí, que a Corte Eleitoral assentou a mudança interpretativa:

> 4. É possível verificar, por meio da ação de investigação judicial eleitoral, se o partido político efetivamente respeita a normalidade das eleições prevista no ordenamento jurídico - tanto no momento do registro como no curso das campanhas eleitorais, no que tange à efetiva observância da regra prevista no art. 10, § 3º, da Lei das Eleições - ou se há o lançamento de candidaturas apenas para que se preencha, em fraude à lei, o número mínimo de vagas previsto para cada gênero, sem o efetivo desenvolvimento das candidaturas. (RESPE - Recurso Especial Eleitoral nº 24342 - JOSÉ DE FREITAS – PI - Acórdão de 16/08/2016 -Relator(a) Min. Henrique Neves Da Silva)

Ou seja, haveria abuso de poder das direções partidárias ao fraudarem, no sentido material, as listas de candidatos para adequá-las, apenas formalmente, às quotas de gênero. E, no mesmo caso, em relação à ação constitucional de impugnação ao mandato eletivo (AIME), cabível diante de "abuso do poder econômico, corrupção ou fraude", o TSE esclareceu o conceito de fraude para fins da referida ação:

> 2. O conceito da fraude, para fins de cabimento da ação de impugnação de mandato eletivo (art. 14, § 10, da Constituição Federal), é aberto e pode englobar todas as situações em que a normalidade

> das eleições e a legitimidade do mandato eletivo são afetadas por ações fraudulentas, inclusive nos casos de fraude à lei. A inadmissão da AIME, na espécie, acarretaria violação ao direito de ação e à inafastabilidade da jurisdição. (RESPE - Recurso Especial Eleitoral nº 149 - JOSÉ DE FREITAS - PI - Acórdão de 04/08/2015 - Relator(a) Min. Henrique Neves Da Silva. Tribunal Superior Eleitoral.)

Assim, o Tribunal Superior Eleitoral deu instrumentos para sindicar e responsabilizar atos abusivos e fraudulentos praticados pelos partidos políticos quando da apresentação de suas listas de candidatos com aparente cumprimento das quotas de gênero trazidas pela Lei 9.504/97. Ainda melhor, por se tratarem de ações que podem ser propostas depois do momento do registro, as evidências deixadas pelas candidaturas fraudulentas poderiam ser colhidas e apresentadas para o Judiciário, por meio da Ação de Investigação Judicial Eleitoral - AIJE (que pode ser proposta até a diplomação dos eleitos) e da Ação de Impugnação ao Mandato Eletivo AIME (cujo termo final é 15 dias depois da diplomação), acarretando, quando o caso, cassação de registro ou diploma, cassação de mandato ou inelegibilidade. Em razão destas consequências, todos os que se candidataram por meio da lista inquinada de fraudulenta, devem ser chamados a responder a ação e todos os eleitos a partir daquela lista, perderão seus mandatos.

Esse efeito da AIJE e da AIME foi desafiado perante o TSE no "Caso Valença", também do Piauí. Ocorre que, naquela cidade houve prova robusta do emprego de "candidatas-laranja" pela chapa de determinada coligação. O problema, é que houve significativo número de mulheres eleitas por ela, ou seja, se toda a chapa fosse perder o mandato, a representação feminina na Câmara daquele Município iria ficar totalmente reduzida. Vale dizer, o emprego de ações de reforço da ação afirmativa em prol da representação política feminina teria, naquele caso concreto, o efeito contrário.

O tema foi longamente debatido pelo TSE. Prevaleceu, afinal, a posição do Min. Relator, Jorge Mussi, segundo a qual não se pode-

ria estabelecer um critério casuístico naquela situação, tanto mais se esse critério viesse a tornar muito difícil no futuro, senão impossível, o emprego daquelas ações de combate à fraude. Constou da ementa do julgamento o que segue:

> RECURSOS ESPECIAIS. ELEIÇÕES 2016. VEREADORES. PREFEITO. VICE-PREFEITO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL (AIJE). ART. 22 DA LC 64/90. FRAUDE. COTA DE GÊNERO. ART. 10, § 3º, DA LEI 9.504/97.
>
> [...] 8. Caracterizada a fraude e, por conseguinte, comprometida a disputa, não se requer, para fim de perda de diploma de todos os candidatos beneficiários que compuseram as coligações, prova inconteste de sua participação ou anuência, aspecto subjetivo que se revela imprescindível apenas para impor a eles inelegibilidade para eleições futuras. Precedentes.
>
> 9. Indeferir apenas as candidaturas fraudulentas e as menos votadas (feito o recálculo da cota), preservando-se as que obtiveram maior número de votos, ensejaria inadmissível brecha para o registro de "laranjas", com verdadeiro incentivo a se "correr o risco", por inexistir efeito prático desfavorável.
>
> 10. O registro das candidaturas fraudulentas possibilitou maior número de homens na disputa, cuja soma de votos, por sua vez, contabilizou-se para as respectivas alianças, culminando em quociente partidário favorável a elas (art. 107 do Código Eleitoral), que puderam então registrar e eleger mais candidatos.
>
> 11. O círculo vicioso não se afasta com a glosa apenas parcial, pois a negativa dos registros após a data do pleito implica o aproveitamento dos votos em favor das legendas (art. 175, §§ 3º e 4º, do Código Eleitoral), evidenciando-se, mais uma vez, o inquestionável benefício auferido com a fraude.
>
> 12. A adoção de critérios diversos ocasionaria casuísmo incompatível com o regime democrático.
>
> 13. Embora o objetivo prático do art. 10, § 3º, da Lei 9.504/97 seja incentivar a presença feminina na política, a cota de 30% é de gênero. Manter o registro apenas das candidatas também afrontaria a norma, em sentido contrário ao que usualmente ocorre. [...]

(RESPE, Recurso Especial Eleitoral nº 193-92/PI Relator: Ministro Jorge Mussi, DJe de 4.10.2019)

IV.

Para além das quotas, houve outra iniciativa legislativa que pode receber o qualificativo de ação afirmativa. Talvez para obviar a constante afirmação feita pelos partidos políticos de que não lançam mulheres porque o número de interessadas, vocacionadas ou preparadas é pequeno, a Lei dos Partidos Políticos, n. 9.096/95, determinou que 5% dos recursos do Fundo Partidário deveriam ser utilizados pelas agremiações para incentivar a participação política feminina:

> Art. 44. Os recursos oriundos do Fundo Partidário serão aplicados:
>
> V - na criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, criados e executados pela Secretaria da Mulher ou, a critério da agremiação, por instituto com personalidade jurídica própria presidido pela Secretária da Mulher, em nível nacional, conforme percentual que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 5% (cinco por cento) do total[11].

Os recursos do Fundo Partidário são, predominantemente, recursos públicos. O emprego dos recursos do fundo partidário não é deixado ao critério dos partidos políticos. A Lei nº 9.096/1995 estabelece percentuais máximos que podem ser utilizados, nas rubricas que prescreve. No caso de descumprimento destas rubricas ou percentuais, as contas partidárias podem ser rejeitadas, acarretando a

11 Esta é a redação atual do dispositivo, vinda da Lei 13.877/2019. A redação anterior dizia que os recursos seriam mantidos pela Secretaria da Mulher, do partido político ou, se não existisse, pelo instituto ou fundação de pesquisa e educação política do partido.

suspensão proporcional dos repasses do Fundo Partidário. O percentual de 5%, conquanto acanhado, deveria ser utilizado para campanhas de incentivo à participação feminina, permitindo aos partidos atraírem e formarem mulheres para futuras candidaturas. Percebendo que boa parte dos partidos não tinha, efetivamente, empregado tais recursos nos termos da Lei, o legislador promoveu, por meio da Lei 13.831/2019, uma espécie de anistia:

> Art. 55-A. Os partidos que não tenham observado a aplicação de recursos prevista no inciso V do caput do art. 44 desta lei nos exercícios anteriores a 2019, e que tenham utilizado esses recursos no financiamento das candidaturas femininas até as eleições de 2018, não poderão ter suas contas rejeitadas ou sofrer qualquer outra penalidade.

A condição de que tais recursos tivessem sido empregados nas campanhas femininas até as eleições de 2018 não afasta a inconstitucionalidade deste dispositivo, que temos por autoevidente. Afinal, se existia obrigação de lançar ao menos 30% das candidaturas proporcionais, isso já deveria, de per si, repercutir nas finanças partidárias, como decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral já haviam reconhecido. Ao final, a Lei 13.831, no particular, afastava a responsabilidade dos partidos pela omissão em empregar recursos para a promoção da mulher na política e, ao mesmo tempo, anistiava um emprego menor do que os presumíveis 30% do Fundo Partidário para custeio destas candidaturas. A inconstitucionalidade se evidencia porque esta lei enfraquece a promoção da igualdade, um dos princípios de maior relevância constitucional, ao mesmo tempo em que coonesta com desvio de finalidade no emprego de recursos públicos, ofendendo a moralidade constitucional.

V.

Convém apresentar em trecho apartado a relevante questão do financiamento das campanhas femininas. No Brasil, o financiamento da política se dá de modo misto, com emprego de recursos públicos e aporte de recursos privados, desde que venham de particulares (o Supremo Tribunal Federal proibiu, na ADI nº 4.650, doações de pessoas jurídicas a partidos e candidatos). Os recursos públicos advém do Fundo Partidário e do mais recente Fundo Especial de Financiamento das Campanhas Eleitorais (FEFCE) – Lei nº 13.487/2017, criado justamente para fazer frente a mencionada decisão do STF. Além disso, é público o custeio do chamado "horário eleitoral gratuito", para a campanha eleitoral nas emissoras de rádio e televisão.

Ora, a correlação entre disponibilidade de recursos e êxito eleitoral não pode causar surpresa. Quem tem mais recursos consegue, quando menos, divulgar de forma mais ampla e eficiente suas propostas, incrementar sua visibilidade perante os eleitores, proceder a mais visitas, contratar profissionais mais qualificados para o trabalho nas campanhas, produzir mensagens mais bem elaboradas, etc. Um dos gargalos, portanto, para o êxito das campanhas femininas é, justamente, o acesso aos recursos financeiros de campanha. Temos esta como uma das principais razões pelas quais, embora lancem ao menos 30% de candidatas proporcionais, o resultado nas casas legislativas, em todos os níveis da federação, muito raramente supera 15% de representantes eleitas. Sem o mesmo acesso ao dinheiro, as mulheres fazem campanhas menos efetivas.

Ocorre que nem a Lei nº 9.096/1995, quando autoriza os partidos a utilizarem recursos do Fundo Partidário para custeio de campanhas eleitorais, nem a Lei nº 13.487/2017, ao criar o Fundo Especial de Financiamento das Campanhas Eleitorais, estabelecem percentuais para emprego nas candidaturas femininas.

Havia uma disposição da Lei nº 13.165, de 2015, cuja leitura deve ensejar a reflexão sobre o evidente sexismo, quando não misantropia, que informa a atividade do legislador federal, em certos casos. Veja-se:

> Art. 9º Nas três eleições que se seguirem à publicação desta Lei, os partidos reservarão, em contas bancárias específicas para este fim, no mínimo 5% (cinco por cento) e no máximo 15% (quinze por cento) do montante do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais para aplicação nas campanhas de suas candidatas, incluídos nesse valor os recursos a que se refere o inciso V do art. 44 da Lei 9.096, de 19 de setembro de 1995.

Pretendendo assegurar recursos para as candidaturas femininas, a lei, em primeiro lugar, estabeleceu prazo ínfimo – três eleições, que já se encerraria com o pleito de 2020 – e, além disso, estabeleceu um limite de 15% do total dos recursos utilizados na campanha, embora a exigência legal seja a de lançar a de que ao menos 30% dos candidatos proporcionais sejam mulheres… Era a consagração do sub-financiamento das candidaturas femininas, uma autorização, a contrario senso, para que os partidos se utilizassem de 85% dos recursos do Fundo Partidário para os candidatos masculinos!

O Supremo Tribunal Federal, em boa hora, julgando Ação Direta de Inconstitucionalidade promovida pela Procuradoria Geral da República, ADI nº 5.617, pôs cobro nessa desfaçatez:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. ART. 9º DA LEI 13.165/2015. FIXAÇÃO DE PISO (5%) E DE TETO (15%) DO MONTANTE DO FUNDO PARTIDÁRIO DESTINADO AO FINANCIMENTO DAS CAMPANHAS ELEITORAIS PARA A APLICAÇÃO NAS CAMPANHAS DE CANDIDATAS. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REJEIÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE.

> OFENSA À IGUALDADE E À NÃO-DISCRIMINAÇÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao examinar as alegações de inconstitucionalidade de norma, deve fixar a interpretação que constitucionalmente a densifique, a fim de fazer incidir o conteúdo normativo cuja efetividade independe de ato do Poder Legislativo. Precedentes. 2. O princípio da igualdade material é prestigiados por ações afirmativas. No entanto, utilizar, para qualquer outro fim, a diferença estabelecida com o objetivo de superar a discriminação ofende o mesmo princípio da igualdade, que veda tratamento discriminatório fundado em circunstâncias que estão fora do controle das pessoas, como a raça, o sexo, a cor da pele ou qualquer outra diferenciação arbitrariamente considerada. Precedente do CEDAW. 3. A autonomia partidária não consagra regra que exima o partido do respeito incondicional aos direitos fundamentais, pois é precisamente na artificiosa segmentação entre o público e o privado que reside a principal forma de discriminação das mulheres. 4. Ação direta julgada procedente para: (i) declarar a inconstitucionalidade da expressão "três " contida no art. 9º da Lei 13.165/2015; (ii) dar interpretação conforme à Constituição ao art. 9º da Lei 13.165/2015 de modo a (a) equiparar o patamar legal mínimo de candidaturas femininas (hoje o do art. 10, § 3º, da Lei 9.504/1997, isto é, ao menos 30% de cidadãs), ao mínimo de recursos do Fundo Partidário a lhes serem destinados, que deve ser interpretado como também de 30% do montante do fundo alocado a cada partido, para eleições majoritárias e proporcionais, e (b) fixar que, havendo percentual mais elevado de candidaturas femininas, o mínimo de recursos globais do partido destinados a campanhas lhes seja alocado na mesma proporção; (iii) declarar a inconstitucionalidade, por arrastamento, do § 5º-A e do § 7º do art. 44 da Lei 9.096/95. (ADI 5617, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-211 DIVULG 02-10-2018 PUBLIC 03-10-2018)

Na esteira aberta, o Tribunal Superior Eleitoral, examinando Consulta feita por Deputadas Federais e senadoras da República, respondeu, sobre o emprego dos recursos do Fundo Especial de Financiamento das Campanhas, que:

> Senadoras e deputadas federais. Incentivo à Participação feminina na política. Distribuição dos recursos do Fundo Especial de financiamento de Campanha (FEFC) e do tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na TV. Proporcionalidade. Art. 10, § 3º, da Lei 9.504/97. Mínimo legal de 30% de candidaturas por gênero. Aplicabilidade. Fundamentos. ADI 5617. STF. Eficácia transcendente. Papel institucional da Justiça Eleitoral. Protagonismo. Práticas afirmativas. Fortalecimento. Democracia Interna dos Partidos. Quesitos respondidos afirmativamente. (TSE, Consulta 060025218, Rel. Min. Rosa Weber).

Infelizmente, as decisões referidas não foram claras no sentido de que estes recursos deveriam ser utilizados somente nas candidaturas proporcionais ou se seria possível empregá-los também nas candidaturas majoritárias femininas. Foi o que muitos partidos fizeram, valendo-se do expediente de incluírem mulheres como candidatas a vice nas chapas majoritárias para o Poder Executivo, nas eleições de 2018. Nunca foram tantas!

VI.

Os índices de crescimento de mulheres eleitas, quando comparadas as eleições de 2014 com as de 2018 - 52,6 %, segundo dados do TSE - mostram que o viés é de melhora. As políticas afirmativas acima mencionadas - quota de candidaturas proporcionais e garantia de financiamento às candidaturas femininas - estão produzindo bons resultados. Esse crescimento não necessariamente é bem visto por lideranças partidárias e homens misóginos. Há, no Congresso Nacional, proposta de revogação do artigo 10, § 3º da Lei nº 9.504/1997, feita pelo Senador Ângelo Coronel - Projeto de Lei nº 1.256/2019. Segundo a exposição de motivos da proposição:

> As mulheres estão empoderadas, estão fortes, não precisam de cotas. As mulheres hoje preenchem cargos de relevância na política, na Justiça, no Ministério Público. Cotas são para os fracos e as mulheres são fortes, não precisam disso para ficar na ficar na vida pública.

Porém, mesmo fora de propostas de retrocesso, há razões para supor que os índices de crescimento da representação feminina nas casas legislativas não prosseguirão crescendo na mesma proporção. Se tomarmos a representação feminina no Congresso Nacional, teremos o seguinte quadro: são 77 mulheres, num total de 513 deputados, perfazendo o percentual de 15%; no Senado Federal, são 12 mulheres, de um total de 81 senadores, 14,81%. O problema, a nosso ver, está no sistema proporcional de listas abertas. Nele, os candidatos das listas partidárias concorrem ao mesmo tempo contra os candidatos de outros partidos e contra os correligionários. Será o voto do eleitor que irá classificar os candidatos do partido, que serão eleitos de acordo com o quociente partidário. Na maioria dos outros países da Europa e da América Latina, o sistema é proporcional de listas fechadas, no qual o próprio partido faz uma ordenação prévia de seus candidatos, informada ao eleitor. Este votará somente na lista do partido, que ocupará vagas de acordo com seu quinhão de votos. Trata-se de método que facilita a consolidação da ideologia dos partidos e torna as eleições mais baratas, porque não há necessidade de que cada candidato faça uma campanha pessoal e autônoma, basta chamar o voto para a lista partidária. A despeito de suas virtudes, é sistema que esbarra, em nosso país, na falta de democracia interna dos partidos, criando desconfiança, na própria classe política, de que as direções partidárias colocariam nos melhores lugares da lista apenas pessoas a elas estritamente ligadas ou que prestassem vassalagem a elas ou, ainda, fizessem acordos espúrios. Para o tópico de interesse desse artigo, o sistema de listas fechadas seria vantajoso, desde que os partidos fossem obrigados, como se faz na Argentina, por exemplo, a

oferecerem listas mescladas, nas quais as mulheres estão colocadas em posições competitivas. Uma alteração nesse sentido esbarra, porém, na necessidade de alteração constitucional, vez que o artigo 45 da Carta Política é expresso[12] no sentido de que os deputados serão eleitos pelo sistema proporcional, regra aplicável também aos deputados estaduais[13] e distritais[14] (a Constituição é silente sobre os vereadores).

Essa mesma dificuldade se apresenta, em maior magnitude, para outra proposta que conta com muita popularidade nos movimentos sociais ligados à condição feminina e à luta pela igualdade: as quotas de chegada. A pretensão é que haja reserva de cadeiras, tanto na Câmara, quanto no Senado, para as mulheres. Na Câmara, 30% das vagas, 154[15], deveriam ser ocupadas pelo gênero feminino; no Senado, 24[16]. Isso implicaria, para a Câmara, na reconfiguração das vagas ocupadas por cada um dos Estados e do DF: aqueles estados que contam com 70 vagas, por exemplo, contariam com 21 vagas destinadas às mulheres e 49 para os homens. O Senado exigiria construção diversa. Considerando que a bancada de senadores por estado é fixa - três para cada - o alcance desta meta deveria ser feito no sentido de que, dos três senadores de cada estado e do Distrito Federal, uma deveria ser mulher. Se no pleito relativo a dois senadores, forem eleitos dois homens, na eleição seguinte, necessariamente, só candidatas seriam admitidas. Se, no pleito relativo a um deles, fosse eleito um homem, no seguinte necessariamente seria eleita uma mulher.

12 Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal. (...)

13 Art. 27 (...) § 1º Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando-sê-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas.

14 Art. 32 (...) § 3º Aos Deputados Distritais e à Câmara Legislativa aplica-se o disposto no art. 27.

15 Número arredondado. O índice exato seria 153,9.

16 O número aqui seria de 24,3 vagas, arredondado para 24.

Considerando-se tratar de uma política afirmativa, a eleição de três mulheres seria considerada regular. A reserva somente se aplicaria se o Estado não tivesse, em duas eleições senatoriais seguidas, chance de ter uma representante feminina.

O problema desta proposta é o mesmo apontado para a mudança em relação às listas de candidatos, a necessidade de reforma constitucional. A dificuldade seria, certamente, maior: Congresso Nacional no qual cerca de 85% dos integrantes é do gênero masculino aprovará, com a exigência de ⅗ de votos, teria que fazer uma reforma que dará mais espaço ao gênero feminino, às custas dos representantes homens. Um caminho para a viabilização desta solução seria ampliar o número de vagas na Câmara e no Senado sempre que o percentual mínimo de mulheres não fosse eleito. O número variável de representantes não é algo que existiria só no Brasil. Nas eleições para o *Bundestag*, alemão, em face das características do sistema distrital misto existente naquele país, é possível que o número de eleitos varie. Seria difícil, porém, dado o atual prestígio das casas representativas no Brasil, convencer a sociedade a aumentar o número de parlamentares - com os custos daí inerentes. Se chamada fosse a se pronunciar, provavelmente a sociedade preferiria reduzir o número dos membros do Congresso Nacional…

Uma solução possível foi proposta por Karina Kufa e Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, em artigo que não encontrou, na academia, a repercussão que se poderia esperar. Escrevendo no Consultor Jurídico[17], estes autores propõem método que, advindo de alteração da lei ordinária, poderia ampliar a representação feminina na Câmara dos Deputados. Segundo eles, a grande maioria dos deputados - 85% - somente é eleita com os votos dados ao conjunto dos candidatos do partido, sem que tenham alcançado votação nominal equivalente ao quociente eleitoral. A ideia seria alternar a ocupação das vagas de

17 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-15/voto-puxador-ir-mulheres-alternativa-congresso-diverso>. Acesso em: 16 de jan. 2020.

acordo com o gênero dos que são eleitos somente em razão dos votos partidários: primeiro uma mulher, depois um homem e assim por seguinte. A norma não valeria para aqueles que, independentemente do gênero, tenham obtido votos nominais suficientes para sua eleição. Eles chegam a esboçar a proposição legislativa, alteradora do art. 109 do Código Eleitoral, que ficaria assim:

> Art. 108. Estarão eleitos, entre os candidatos e candidatas registrados por um partido ou coligação os que tenham obtido votos em número igual ou superior ao quociente eleitoral, na medida do quociente partidário. Remanescendo vagas, a primeira de cada partido ou coligação será ocupada pela candidata com maior votação nominal e a segunda, pelo candidato nas mesmas condições, assim prosseguindo, com alternância de gênero e na ordem das votações nominais, até o preenchimento de todos os lugares, sem prejuízo das regras do artigo 109.

A proposta é de 2016. A formação de coligações para as eleições proporcionais foi proibida pela Emenda Constitucional 97[18], demandando, apenas nesse aspecto, correção.

Outra solução cabível com alteração apenas da lei ordinária seria exigir que as direções dos partidos políticos apresentassem diversidade de gênero. Não vemos inconstitucionalidade em eventual proposição com este teor, mesmo diante da autonomia partidária consagrada pelo artigo 17 da Constituição. Afinal, a Lei nº 9.096/1995, Lei Orgânica dos Partidos Políticos, já traz um sem número de comandos relacionados à organização dos partidos, definindo inclusive qual deve ser o número mínimo de fundadores, art.

18 Art. 17... § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

8º. Bastaria exigir que, entre estes fundadores, determinado percentual - 30% por exemplo - fosse de mulheres e que as futuras direções nacionais e estaduais, bem como os diretórios municipais, tivessem idêntico percentual de mulheres em seus corpos diretivos.

VII. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ideal de conviver em uma sociedade na qual haja superação de todas as formas de discriminação e opressão não é exclusivamente feminino. É de homens e mulheres atentos às imensas vantagens que a convivência igualitária pode proporcionar a todos os gêneros, aceitando, sem preconceito, os talentos que assomam nas comunidades e se recusando a estereotipá-los de acordo com preconcebidas concepções sobre os "papeis" femininos e masculinos. No Brasil, esse ideal igualitário encontra amparo em nossa generosa Constituição, pródiga em enaltecer a equidade e que, em seu artigo 3º, indica a sociedade que precisamos ser. As instâncias de Poder, das mais diversas sociedades, trataram de alijar as mulheres ao longo da história. Esta situação era reflexo de posição de inferioridade que se dava às mulheres na convivência social e sempre foi objeto da contrariedade feminina. Ao longo do tempo e por meio de muitas lutas, mudanças começaram a se tornar perceptíveis e, afinal, prementes.

Foram concepções discriminatórias sobre o papel dos gêneros que justificaram a deliberada exclusão das mulheres nas instâncias dos três poderes. O Brasil convive com a desigualdade de gênero no Poder Legislativo, no Poder Executivo e no Poder Judiciário. Os desafios para a mulher que busca ingressar na política, crescer na carreira e ocupar todas as suas instâncias, são imensos. O reconhecimento das mulheres, como atores sociais e políticos, e seu acesso à cidadania, tem sido acompanhado por um largo e rico debate acadêmico, mas, principalmente, deve se relacionar estrategicamente com todo o desenvolvimento de novas demandas de cidadania.

FRAUDE ÀS QUOTAS DE GÊNERO NAS ELEIÇÕES: o *leading case* de Valença do Piauí

Sérgio Silveira Banhos[1]

1. NOTAS DE INTRODUÇÃO

O Direito é pleno de cenários diversificados. Os novos tempos demandam uma abordagem material das Constituições. Tal fenômeno retrata a assimilação, pelas Cartas, das complexas relações socioeconômicas e culturais que tipificam o mundo contemporâneo, sendo desafio essencial dos tempos de agora a busca pela defesa dos direitos fundamentais, com o objetivo de consolidar a melhor realização do Direito.

O Direito não pode se apartar a essa instigação. Deve apresentar respostas imediatas no trato de questões ligadas ao exercício pleno da cidadania, ativa e passiva, independentemente do gênero do cidadão, em expressa atenção aos direitos fundamentais, ao prestígio à igualdade e à valorização da dignidade humana.

Isso se deve ao fato de que, no Estado contemporâneo, a Constituição não pode ser entendida como mera declaração de intenções e promessas. Dada a sua força normativa, os seus preceitos devem emanar sobre todo o sistema jurídico. Nessa quadra, as políticas afirmativas estabelecidas num Estado constitucional devem ter o cumprimento assegurado por ele próprio. Consideradas as características

1 Ministro do Tribunal Superior Eleitoral. Subprocurador-Geral do Distrito Federal. Advogado. Pós- doutor Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos no *Ius Gentium Conimbrigae*/Centro de Direitos Humanos (IGC/CDH), Universidade de Coimbra, Portugal. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Políticas Públicas pela Universidade de Sussex, Inglaterra.

do Estado constitucional, que reconhece a força normativa da Constituição, amplia a extensão da jurisdição constitucional e promove nova hermenêutica constitucional, valores e opções políticas ligados aos direitos fundamentais são incorporados ao debate contemporâneo, a ensejar eventuais conflitos constitucionais.

No que diz às ações afirmativas no ambiente eleitoral, a inclusão da mulher na política tem como meta garantir a sua participação, em igualdade de oportunidades, de forma plena e efetiva.

2. AS DECISÕES DO STF E DO TSE RELATIVAS À QUESTÃO DAS QUOTAS DE GÊNERO.

A questão das quotas de gênero para o financiamento de campanhas traduz-se em bom exemplo de justificável interferência judicial na autonomia partidária, bem como de não usurpação de competência de outro Poder. Os julgamentos do Supremo Tribunal Federal (STF) – ADI nº 5617 – e do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) – CTA nº 060025218 –, nos quais se garantiu o direito à igualdade nos pleitos eleitorais (distribuição da parte destinada às campanhas do Fundo Partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanhas, em observância aos percentuais mínimos de candidatura por gênero), tiveram o objetivo de assegurar a efetivação de ação afirmativa já prevista em norma legal pelo Poder Legislativo, no caso da minirreforma eleitoral de 2009.

Em breve síntese, no julgamento da ADI nº 5617, de relatoria do Ministro Edson Fachin, o STF, por maioria, julgou procedente a ação direta de inconstitucionalidade para, entre outras disposições, "dar interpretação conforme a Constituição e ao art. 9º da Lei nº 13.165/2015, de modo a equiparar o patamar legal mínimo de candidaturas femininas (hoje o do art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997,

isto é, pelo menos 30% de cidadãs) ao mínimo de recursos do Fundo Partidário a lhes serem destinados, que deve ser interpretado como também de no mínimo 30% do montante do Fundo alocado a cada partido, para as eleições majoritárias e proporcionais, e (b) fixar que, havendo percentual mais elevado de candidaturas femininas, o mínimo de recursos globais do partido destinados a campanhas lhes seja alocado na mesma proporção".

Por sua vez, na apreciação da Consulta (CTA nº 060025218), de relatoria da Ministra Rosa Weber, o TSE, por unanimidade, decidiu, nos termos do voto da relatora, pela extensão do entendimento fixado pelo STF referente à distribuição proporcional do Fundo Partidário para a distribuição do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), bem como do tempo de propaganda eleitoral gratuita de rádio e TV.

Para garantir a efetividade da ação afirmativa, vale destacar a premissa adotada no voto do Ministro Edson Fachin, relator da ADI nº 5671: "A ação afirmativa objetiva prestigiar o direito fundamental de gênero de igualdade, tanto no que diz com igualdade de oportunidade, quanto de igualdade de resultado". A síntese do voto aponta para o necessário prestígio ao princípio da igualdade de oportunidades, que traduz verdadeiramente um problema de justiça. Nessa óptica, vislumbram-se diversas e distintas facetas do princípio da igualdade na contemporaneidade, em especial no que concerne ao princípio de representação democrática, o qual decorre diretamente do direito de todos ao sufrágio passivo, ou seja, o direito de disputa das eleições em igualdade de condições.

Dessa feita, mais do que o princípio da igualdade de oportunidade, ou seja, o ponto de partida, já prestigiado pela legislação anterior, que reservara as vagas de gênero, objetivou-se, a partir das decisões judiciais acima citadas, assegurar o imprescindível direito de busca de igualdade de resultados, isto é, a efetiva potencialidade de serem eleitas representantes femininas nos pleitos.

Não poderia ser diferente. No mundo contemporâneo, espera-se maturidade e esforço democrático por parte do sistema político e jurídico. A própria Constituição impõe a realização de uma complexa interface entre direito e política. O equilíbrio e o diálogo devem ser o ponto de partida e de chegada. Conclui-se, portanto, que as decisões de ambas as Cortes foram pautadas em total conformidade com a Constituição e com a legislação aplicável ao tema, em que foram observados critérios de justa proporcionalidade na distribuição de recursos para as campanhas, promovendo efetividade a uma necessária ação afirmativa para a resolução de dívida antiga com as cidadãs brasileiras.

3. O *LEADING CASE:* ANÁLISE DO JULGAMENTO DO PROCESSO DE VALENÇA DO PIAUÍ.

As controvérsias quanto à correta aplicação das quotas de gênero nas eleições começaram a ser enfrentadas pela Justiça Eleitoral. No dia 17 de setembro de 2019, o Tribunal Superior Eleitoral – TSE finalizou o julgamento de uma ação de investigação judicial eleitoral (Recurso Especial Eleitoral nº 193-92), o *leading case* quanto ao tema, cujo resultado deverá nortear o entendimento da Corte para os processos futuros quanto à matéria, ao menos no que diz respeito aos feitos relativos às Eleições de 2016.

O caso versa sobre reserva de vagas para gênero nas Eleições de 2016, no âmbito do Município de Valença do Piauí. A sentença do TRE piauiense levou à cassação de toda a chapa de seis vereadores eleitos da referida localidade, todos vinculados a uma mesma coligação, que registrara quatro candidatas laranja. Ademais, a decisão determinou a cassação de duas candidatas eleitas porque alguns partidos de suas coligações teriam fraudado a ação afirmativa para a inclusão de mulheres na política. Desse modo, paradoxalmente, a

regra da quota, a qual tem como finalidade aumentar a representatividade feminina, pode fundamentar a cassação de candidatas eleitas, reduzindo a já escassa composição feminina no Legislativo municipal.

O relatório trazido no acórdão bem elucida a controvérsia:

> **O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI:**
>
> Trata-se de três recursos especiais, sendo o **primeiro** interposto pela Coligação Nossa União É com o Povo, o **segundo** por Leonardo Nogueira Pereira, Stenio Rommel da Cruz Cerqueira e Maria de Fátima Bezerra de Sousa Caetano (Vereadores de Valença/PI eleitos em 2016 pela Coligação Compromisso com Valença I) e, ainda, por Benoni José de Sousa, Raimundo Nonato Soares Lima e Ariana Maria de Carvalho Rosa (Vereadores eleitos pela Coligação Compromisso com Valença II), e o **terceiro** por Maria Neide da Silva Rosa, Ivaltânia Vieira Nogueira Pereira da Silva, Francisco de Assis Rodrigues Torres, Jeová Bonfim Machado, Pedro José da Costa e Raimundo Ferreira Gomes (candidatos não eleitos pela Coligação Compromisso com Valença I) e também por Geórgia Lima Verde Brito, Magally da Silva Costa, Maria Eugênia de Sousa Martins, José Gomes de Araújo, Mário Silva Lima, Raimundo Xavier de Lima, Antônio Gomes da Rocha, Carlos Augusto de Oliveira Santos, Cícero Raimundo de Sousa e Atêncio Pereira de Queiroga (não eleitos; Coligação Compromisso com Valença II), contra acórdãos proferidos pelo TRE/PI em Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) (fls. 987v-988 e 1.235v).
>
> Diante da complexidade da matéria, de sua repercussão jurídico-social e, ainda, das especificidades relativas a cada candidato, registre-se de início que, nas eleições proporcionais de 2016 no Município de Valença do Piauí/PI, as Coligações **Compromisso com Valença I** e **Compromisso com Valença II**, adversárias da primeira recorrente (Coligação Nossa União é com o Povo), requereram registro de candidaturas ao cargo de vereador, conforme o quadro na página seguinte:

	COMPROMISSO COM VALENÇA I	ELEITO?	COMPROMISSO COM VALENÇA II	ELEITO?
1	Leonardo Nogueira Pereira (PROS) (REspe 2)	SIM 6,38%	Benoni José de Sousa (PDT) (REspe 2)	SIM 4,74%
2	Stenio Rommel Cerqueira (PPS) (REspe 2)	SIM 5,13%	Raimundo Nonato Soares (PSDB) (REspe 2)	SIM 3,64%
3	Maria de Fátima Bezerra (PTC) (REspe 2)	SIM 2,64%	Ariana Maria de Carvalho (PMN) (REspe 2)	SIM 3,78%
4	Maria Neide da Silva Rosa (PRB) (REspe 3)	NÃO 0,02%	Geórgia Lima Verde Brito (PSB) (REspe 3)	NÃO 0,02%
5	Ivaltânia Vieira Nogueira (PROS) (REspe 3)	NÃO; 0,01%	Magally da Silva Costa (PR) (REspe 3)	NÃO 0%
6	Francisco de Assis Torres (PTC) (REspe 3)	NÃO 2,21%	Maria Eugênia Martins (PSL) (REspe 3)	NÃO 0,01%
7	Jeová Bonfim Machado (PTC) (REspe 3)	NÃO 1,56%	José Gomes de Araújo (PR) (REspe 3)	NÃO 1,64%
8	Pedro José da Costa (PTC) (REspe 3)	NÃO 0,83%	Mário Silva Lima (PMN) (REspe 3)	NÃO 1,45%
9	Raimundo Ferreira Gomes (PRB) (REspe 3)	NÃO 0,63%	Raimundo Xavier de Lima (PSB) (REspe 3)	NÃO 0,26%
10	Francisca Gerlandi (PTC) (não recorreu)	NÃO 0,13%	Antônio Gomes da Rocha (PSL) (REspe 3)	NÃO 0,42%
11	Renato Batista (PTC) (não recorreu)	NÃO 2,62%	Carlos Augusto de Oliveira (PMN) (REspe 3)	NÃO 0,48%
12	Francisco Nunes (PTC) (não recorreu)	NÃO 2,3%	Cícero Raimundo de Sousa (PR) (REspe 3)	NÃO 0,86%
13	Osmar Alves da Silva (PTC) (não recorreu)	NÃO 1,19%	Atêncio Pereira de Queiroga (PMN) (REspe 3)	NÃO 0,99%
14	-----	-----	Maria Luiza de Sousa (PMN) (não recorreu)	NÃO 1,27%
15	-----	-----	Wilton Nunes Ferreira (PSB) (não recorreu)	NÃO 3,01%
16	-----	-----	Leonardo Nunes Evelin (PMN) (não recorreu)	NÃO 2,68%

Ultrapassada a data do pleito, a **primeira recorrente (Coligação Nossa União É com o Povo)** ajuizou Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) em desfavor de todos os candidatos ao cargo de vereador pelas Coligações **Compromisso com Valença I** e **Compromisso com Valença II**, e, ainda, de Maria da Conceição Cunha Dias e Benedito Gomes da Silva (vencedores do pleito majoritário com 37,51% dos votos), com fundamento nos arts. 22 da LC 64/90 e 10, § 3º, da 9.504/97.

Apontou, em resumo, fraude no preenchimento da cota mínima de gênero de 30% de candidaturas femininas, visto que algumas das candidatas escolhidas em convenção não praticaram atos de campanha, sequer compareceram às urnas, não receberam votos e/ou, ainda, tinham familiares próximos disputando o mesmo cargo.

Aduziu, quanto à Coligação Compromisso com Valença I, que lançou 13 nomes para a disputa do cargo de vereador (sendo nove homens e quatro mulheres), que houve candidaturas fictícias de Maria Neide da Silva Rosa e Ivaltânia Vieira Nogueira Pereira da Silva.

Acrescentou, no que concerne à Coligação Compromisso com Valença II, com 16 candidatos (sendo 11 homens e cinco mulheres), que as candidaturas fictas recaíram sobre Geórgia Lima Verde Brito, Magally da Silva Costa e Maria Eugênia de Sousa Martins.

Afirmou, ainda, que a fraude também envolveu os vencedores do pleito majoritário, pois, em primeiro lugar, o então Prefeito (apoiador de suas candidaturas) teria concedido licença à servidora pública Geórgia Lima Verde Brito para se candidatar pela Coligação Compromisso com Valença II, e, de outra parte, houve proveito eleitoral decorrente do maior número de candidaturas masculinas por ambas as coligações.

Em primeiro grau, solucionou-se a controvérsia nos termos a seguir:

a) reconheceu-se a fraude quanto a duas das quatro candidaturas femininas da Coligação Compromisso com Valença I (Maria Neide da Silva Rosa e Ivaltânia Vieira Nogueira Pereira da Silva) e três das cinco no que toca à Coligação Compromisso com Valença II (Geórgia Lima Verde Brito, Magally da Silva Costa e Maria Eugênia de Sousa Martins);

b) restando duas candidaturas femininas reais de cada Coligação, recalculou-se a quota de gênero de 30% para excluir os candidatos homens que a ultrapassaram, usando-se, como critério para retirada, aqueles que obtiveram o menor número de votos;

c) por conseguinte, cassaram-se os registros tanto das candidaturas fraudulentas (Maria Neide da Silva Rosa, Ivaltânia Vieira Nogueira Pereira da Silva, Geórgia Lima Verde Brito, Magally da Silva Costa e Maria Eugênia de Sousa Martins) como dos candidatos excluídos a partir do recálculo, atingindo-se Francisco de Assis Torres, Jeová Bonfim Machado, Osmar Alves da Silva, Pedro José da Costa e Raimundo Ferreira Gomes (Coligação Compromisso com Valença I), além de José Gomes de Araújo, Mário Silva Lima, Atêncio Pereira de Queiroga, Cícero Raimundo de Sousa, Carlos Augusto de Oliveira, Antônio Gomes da Rocha e Raimundo Xavier de Lima (Coligação Compromisso com Valença II);

d) declararam-se inelegíveis por oito anos os candidatos acima;

e) determinou-se o recálculo do quociente partidário para todos os fins de direito (arts. 106 e 107 do Código Eleitoral e 5º da Lei 9.504/97);

f) julgaram-se improcedentes os pedidos (cassação e inelegibilidade) quanto a candidatos eleitos pelas Coligações Compromisso com Valença I (Leonardo Nogueira Pereira, Stenio Rommel Cerqueira e Maria de Fátima Bezerra) e Compromisso com Valença II (Benoni José de Sousa, Raimundo Nonato Soares e Ariana Maria de Carvalho) e, para aqueles que, apesar de não eleitos, não foram atingidos pelo recálculo da cota por terem obtido número de votos maior do que os excluídos (Francisca Gerlandi, Renato Batista e Francisco Nunes, da primeira aliança, e Antônio Gomes da Rocha, Maria Luiza de Sousa, Wilton Nunes Ferreira e Leonardo Nunes Evelin, da segunda);

g) julgaram-se improcedentes os pedidos no tocante à Prefeita e ao Vice-Prefeito eleitos, por falta de provas de sua participação ou anuência, além de inexistir benefício eleitoral.

Diante do acolhimento parcial dos pedidos, ambas as partes interpuseram recursos eleitorais.

O TRE/PI, ao examinar a controvérsia:

a) por unanimidade, manteve a fraude quanto às candidaturas de Maria Neide da Silva Rosa e Ivaltânia Vieira Nogueira Pereira da Silva (Coligação Compromisso com Valença I), além de Magally da Silva Costa e Maria Eugênia de Sousa Martins (Coligação Compromisso com Valença II), e, por quatro votos a três, de Geórgia Lima Verde Brito (da segunda aliança);

b) por unanimidade, manteve a cassação do registro das referidas candidatas e dos demais mencionados na sentença (os quais haviam sido eleitos);

c) por maioria de cinco votos a dois, manteve a inelegibilidade apenas para as candidatas, excluindo-se os demais;

d) por maioria de quatro votos a três, estendeu a cassação do registro a todos os outros candidatos de ambas as coligações;

e) por unanimidade, manteve a improcedência dos pedidos em relação aos vencedores do pleito majoritário.

Ato contínuo, a Corte Regional, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração.

Conforme se assentou no início do relatório, interpuseram-se três recursos especiais.

A **Coligação Nossa União É com o Povo** aduziu o seguinte (fls. 1.047-1.068):

a) divergência pretoriana e afronta ao art. 22, XIV, da LC 64/90, pois, reconhecida a fraude, a inelegibilidade aplica-se a todos os candidatos beneficiados, e não apenas às cinco candidaturas fictícias;

b) dissídio e ofensa no que concerne à necessária incidência das sanções de cassação e de inelegibilidade também para os vencedores do pleito majoritário, os quais se beneficiaram da circunstância de que os 29 candidatos das duas coligações pediram votos em seu favor, o que se evidencia, inclusive, pelo material impresso de campanha, que contém nome e número dos candidatos aos cargos de Prefeito e de Vice-Prefeito. Apontou-se que "é em torno de uma candidatura majoritária que as proporcionais se formam" (fl. 1.060);

c) desnecessário o envolvimento dos candidatos majoritários na fraude, bastando a prova do ilícito e o benefício auferido;

d) inconstitucionalidade do § 3º do art. 224 do Código Eleitoral, pois a regra que prevê a realização de novo pleito majoritário na hipótese em que os candidatos cassados tenham auferido menos de 50% dos votos válidos viola a soberania popular.

No segundo recurso especial, **Leonardo Nogueira Pereira, Stenio Rommel da Cruz Cerqueira e Maria de Fátima Bezerra de Sousa Caetano** (Vereadores eleitos pela Coligação Compromisso com Valença I) e, ainda, **Benoni José de Sousa, Raimundo Nonato Soares Lima e Ariana Maria de Carvalho Rosa** (eleitos pela Coligação Compromisso com Valença II) sustentaram, em resumo (fls. 1.030-1.044, ratificado após o julgamento dos embargos, fls. 1.250-1.258):

a) afronta aos arts. 10, § 3º, da Lei 9.504/97 e 1º e 14, *caput*, da CF/88, pois, ainda que reconhecida a fraude quanto a duas candidatas da primeira coligação e três da segunda, ambas as alianças registraram outras candidaturas femininas efetivas, o que afasta a cassação indistinta de todos os pleiteantes ao cargo de vereador, como procedeu o TRE/PI;

b) "o indeferimento integral é a última medida, apenas efetivada caso não exista nenhuma candidatura da cota mínima" (fl. 1.036), o que não é o caso dos autos;

c) consoante decidiu o Tribunal Superior Eleitoral no julgamento do REspe 846-72/PA, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, sessão de 9/9/2010, não atendido o percentual mínimo de 30%, basta ao partido ou coligação excluir, proporcionalmente, o número de candidatos do outro sexo;

d) o critério fixado na sentença – de preservar os candidatos pela ordem dos mais votados – é o que melhor atende ao princípio da soberania popular;

e) ofensa ao art. 22, XIV, da LC 64/90, pois o TRE/PI não estabeleceu quem seriam os beneficiários diretos da fraude, sendo incabível, assim, cassar todos eles;

f) dissídio jurisprudencial com o REspe 22-04/PI, redator para acórdão Min. Dias Toffoli, DJE de 9/5/2014, que envolve fraude em convenções para se formar coligação, em que se decidiu excluir apenas as legendas envolvidas no ilícito.

No terceiro recurso especial, **Maria Neide da Silva Rosa, Ivaltânia Vieira Nogueira Pereira da Silva, Francisco de Assis Rodrigues Torres, Jeová Bonfim Machado, Pedro José da Costa e Raimundo Ferreira Gomes** (não eleitos; Coligação Compromisso com Valença I) e também **Geórgia Lima Verde Brito, Magally da Silva Costa, Maria Eugênia de Sousa Martins, José Gomes de Araújo, Mário Silva Lima, Raimundo Xavier de Lima, Antônio Gomes da Rocha, Carlos Augusto de Oliveira Santos, Cícero Raimundo de Sousa e Atêncio Pereira de Queiroga** (não eleitos; Coligação Compromisso com Valença II) aduziram o seguinte (fls. 1.343-1.386):

a) ofensa ao art. 8º da Lei 9.504/97, haja vista que os presidentes das legendas que compuseram as coligações deveriam ser citados como litisconsortes passivos necessários, pois sua participação na fraude é indissociável da circunstância de que cabe às agremiações definirem a escolha de candidatos;

b) afronta aos arts. 1º, parágrafo único, e 10, § 3º, da Lei 9.504/97 "diante dos fatos que comprovam que os recorrentes efetivamente participaram do pleito, que pleitearam cargo de vereador por vontade própria, não havendo qualquer prova de que tais candidaturas praticaram, de forma dolosa, atos fraudulentos para registrarem suas candidaturas e/ou se foram induzidas a se registrarem apenas para cumprir com o número mínimo legal, o que faz com que seja reformada a decisão, ante a ausência de provas mínimas" (fls. 1.356-1.357);

c) "em respeito ao princípio da eventualidade, os fatos narrados por si só[s] demonstram que não houve potencialidade lesiva que pudesse comprometer a higidez do processo eleitoral" (fl. 1.357);

d) a título demonstrativo, não há falar em fraude quanto à candidata Magally da Silva Costa, pois o conjunto probatório revela que ela "tem anemia falciforme, tendo engravidado durante o período eleitoral e sua gestação ter sido classificada como de alto risco" (fl. 1.361);

e) também à guisa de exemplo, em relação às postagens na rede social *facebook* de Maria Eugênia Martins apoiando seu esposo, candidato ao mesmo cargo, "não foi a recorrente quem postou, na verdade alguém de forma sorrateira faz a publicação e marca a candidata", fazendo com que "a publicação fique na página da

candidata, [...] não tendo a mesma qualquer ingerência nesse tipo de atitude" (fl. 1.365);

f) uma das circunstâncias levadas em conta pelo TRE/PI para reconhecer a fraude, qual seja, a de que as contas das candidatas teriam movimentações e datas extremamente semelhantes, justifica-se pela greve bancária com duração de 21 dias e finda apenas em 7/10/2016, após a data do pleito;

g) o não comparecimento às urnas de algumas das candidatas é insuficiente para assentar a fraude;

h) divergência jurisprudencial relativamente ao pressuposto da gravidade dos fatos para reconhecimento de abuso de poder e de fraude, assentando-se, no particular, que cabe "levar em conta as circunstâncias do fato em si e se tal conduta teve potencialidade lesiva" (fl. 1.380).

Os recursos especiais dos candidatos ao cargo de vereador pelas coligações Compromisso com Valença I e II foram admitidos pela Presidência do TRE/PI (fls. 1.473-1.479 e 1.482-1.488), não tendo havido, porém, juízo de admissibilidade quanto ao recurso da Coligação Nossa União É com o Povo, tampouco a abertura de vista para contrarrazões para ambas as partes.

A d. Procuradoria-Geral Eleitoral opinou pelo desprovimento dos recursos especiais dos candidatos e pelo parcial provimento do recurso da Coligação Nossa União É com o Povo para estender a inelegibilidade aos demais postulantes a cargo eletivo que participaram da fraude (fls. 1.512-1.527).

A posteriori, Leonardo Nogueira Pereira, Stenio Ronmel da Cruz Cerqueira, Maria de Fátima Bezerra de Sousa Caetano, Benoni José de Sousa, Raimundo Nonato Soares Lima e Ariana Maria de Carvalho Rosa (segundos recorrentes) apresentaram questão de ordem, alegando vícios no processamento do feito na Corte de origem (protocolo 4.011/2018), sendo o principal a ausência de juízo de admissibilidade do recurso da Coligação Nossa União É com o Povo (fls. 1.534-1.537).

Deferi parcialmente os pedidos para admitir o mencionado recurso especial e, ainda, determinar a intimação de ambas as partes para, querendo, apresentar contrarrazões aos respectivos recursos especiais (fls. 1.529-1.532).

> Contrarrazões apresentadas pelas partes, à exceção da Coligação Nossa União É com o Povo (certidão de fl. 1.555).
>
> Registre-se que **deferi tutela de urgência na AC 0600289-45**, ajuizada por Leonardo Nogueira, Stenio Rommel e Maria de Fátima Bezerra (Vereadores eleitos pela Coligação Compromisso com Valença I) e, ainda, por Benoni José de Sousa, Raimundo Nonato Soares e Ariana Maria de Carvalho (eleitos pela Coligação Compromisso com Valença II), **"para, atribuindo efeito suspensivo ao recurso especial, obstar o afastamento dos autores dos cargos de vereador – ou reconduzi-los caso já afastados – até o julgamento do mérito do recurso especial eleitoral"**.
>
> Edilsa Maria da Conceição do Vale requereu ingresso no feito como assistente litisconsorcial ou simples da coligação autora da AIJE, arguindo ser a primeira suplente, e que, mantida a cassação de todos os candidatos das chapas adversárias, virá a assumir o cargo de vereador.
>
> Referida coligação manifestou-se pelo indeferimento, pois a "tentativa de ingresso nos moldes em que foi estabelecido encontra-se em conflito de interesses com a [...] assistida" e com a celeridade processual, além de inexistir interesse jurídico, eis que a candidata não está no exercício do cargo. Manifestação também negativa pelos demais recorrentes, sob os fundamentos de que Edilsa Maria não é suplente das duas coligações e de que o indeferimento completo das chapas ensejaria novas eleições (art. 224 do Código Eleitoral).
>
> Pedido idêntico foi formulado por outros cinco candidatos da coligação autora.
>
> É o relatório.

O resultado do julgamento foi apertado (quatro votos a três). A corrente vencedora encaminhou voto no sentido da queda total do Demonstrativo de Regularidade de Atos Partidários – DRAP da coligação; a vencida, pela punição apenas dos responsáveis e dos beneficiários identificáveis. Afigura-se importante esclarecer que a divergência da Corte se restringiu aos efeitos da decisão. O relevo do julgamento – o que ficou sedimentado pelo TSE – foi a declaração

inconteste, pela unanimidade dos julgadores, no sentido da ocorrência de fraudes em casos desse jaez.

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

> RECURSOS ESPECIAIS. ELEIÇÕES 2016. VEREADORES. PREFEITO. VICE-PREFEITO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL (AIJE). ART. 22 DA LC 64/90. FRAUDE. COTA DE GÊNERO. ART. 10, § 3º, DA LEI 9.504/97.
>
> 1.O TRE/PI, na linha da sentença, reconheceu fraude na quota de gênero de 30% quanto às candidaturas das coligações Compromisso com Valença I e II ao cargo de vereador nas Eleições 2016, fixando as seguintes sanções: a) cassação dos registros das cinco candidatas que incorreram no ilícito, além de sua inelegibilidade por oito anos; b) cassação dos demais candidatos registrados por ambas as chapas, na qualidade de beneficiários.
>
> 2.Ambas as partes recorreram. A coligação autora pugna pela inelegibilidade de todos os candidatos e por se estender a perda dos registros aos vencedores do pleito majoritário, ao passo que os candidatos pugnam pelo afastamento da fraude e, alternativamente, por se preservarem os registros de quem não anuiu com o ilícito.
>
> PRELIMINAR. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. DIRIGENTES PARTIDÁRIOS. SÚMULA 24/TSE. REJEIÇÃO.
>
> 3.O TRE/PI assentou inexistir prova de que os presidentes das agremiações tinham conhecimento da fraude, tampouco que anuíram ou atuaram de modo direto ou implícito para sua consecução, sendo incabível citá-los para integrar a lide como litisconsortes passivos necessários. Concluir de forma diversa esbarra no óbice da Súmula 24/TSE.
>
> TEMA DE FUNDO. FRAUDE. COTA DE GÊNERO. ART. 10, § 3º, DA LEI 9.504/97. ROBUSTEZ. GRAVIDADE. AFRONTA. GARANTIA FUNDAMENTAL. ISONOMIA. HOMENS E MULHERES. ART. 5º, I, DA CF/88.
>
> 4.A fraude na cota de gênero de candidaturas representa afronta à isonomia entre homens e mulheres que o legislador pretendeu assegurar no art. 10, § 3º, da Lei 9.504/97 – a partir dos ditames constitucionais relativos à igualdade, ao pluralismo político, à cidadania e à dignidade da pessoa humana – e a prova de sua ocorrência

deve ser robusta e levar em conta a soma das circunstâncias fáticas do caso, o que se demonstrou na espécie.

5.A extrema semelhança dos registros nas contas de campanha de cinco candidatas – tipos de despesa, valores, data de emissão das notas e até mesmo a sequência numérica destas – denota claros indícios de maquiagem contábil. A essa circunstância, de caráter indiciário, somam-se diversos elementos específicos.

6.A fraude em duas candidaturas da Coligação Compromisso com Valença I e em três da Coligação Compromisso com Valença II revela-se, ademais, da seguinte forma: a) Ivaltânia Nogueira e Maria Eugênia de Sousa disputaram o mesmo cargo, pela mesma coligação, com familiares próximos (esposo e filho), sem nenhuma notícia de animosidade política entre eles, sem que elas realizassem despesas com material de propaganda e com ambas atuando em prol da campanha daqueles, obtendo cada uma apenas um voto; b) Maria Neide da Silva sequer compareceu às urnas e não realizou gastos com publicidade; c) Magally da Silva votou e ainda assim não recebeu votos, e, além disso, apesar de alegar ter sido acometida por enfermidade, registrou gastos – inclusive com recursos próprios – em data posterior; d) Geórgia Lima, com apenas dois votos, é reincidente em disputar cargo eletivo apenas para preencher a cota e usufruir licença remunerada do serviço público.

7.Modificar as premissas fáticas assentadas pelo TRE/PI demandaria reexame de fatos e provas (Súmula 24/TSE).

CASSAÇÃO. TOTALIDADE DAS CANDIDATURAS DAS DUAS COLIGAÇÕES. LEGISLAÇÃO. DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA.

8.Caracterizada a fraude e, por conseguinte, comprometida a disputa, não se requer, para fim de perda de diploma de todos os candidatos beneficiários que compuseram as coligações, prova inconteste de sua participação ou anuência, aspecto subjetivo que se revela imprescindível apenas para impor a eles inelegibilidade para eleições futuras. Precedentes.

9.Indeferir apenas as candidaturas fraudulentas e as menos votadas (feito o recálculo da cota), preservando-se as que obtiveram maior número de votos, ensejaria inadmissível brecha para o registro de "laranjas", com verdadeiro incentivo a se "correr o risco", por inexistir efeito prático desfavorável.

10. O registro das candidaturas fraudulentas possibilitou maior número de homens na disputa, cuja soma de votos, por sua vez, contabilizou-se para as respectivas alianças, culminando em quociente partidário favorável a elas (art. 107 do Código Eleitoral), que puderam então registrar e eleger mais candidatos.

11. O círculo vicioso não se afasta com a glosa apenas parcial, pois a negativa dos registros após a data do pleito implica o aproveitamento dos votos em favor das legendas (art. 175, §§ 3º e 4º, do Código Eleitoral), evidenciando-se, mais uma vez, o inquestionável benefício auferido com a fraude.

12. A adoção de critérios diversos ocasionaria casuísmo incompatível com o regime democrático.

13. Embora o objetivo prático do art. 10, § 3º, da Lei 9.504/97 seja incentivar a presença feminina na política, a cota de 30% é de gênero. Manter o registro apenas das candidatas também afrontaria a norma, em sentido contrário ao que usualmente ocorre.

INELEGIBILIDADE. NATUREZA PERSONALÍSSIMA. PARCIAL PROVIMENTO.

14. Inelegibilidade constitui sanção personalíssima que incide apenas perante quem cometeu, participou ou anuiu com a prática ilícita, e não ao mero beneficiário. Precedentes.

15. Embora incabível aplicá-la indistintamente a todos os candidatos, constata-se a anuência de Leonardo Nogueira (filho de Ivaltânia Nogueira) e de Antônio Gomes da Rocha (esposo de Maria Eugênia de Sousa), os quais, repita-se, disputaram o mesmo pleito pela mesma coligação, sem notícia de animosidade familiar ou política, e com ambas atuando na candidatura daqueles em detrimento das suas.

CASSAÇÃO. DIPLOMAS. PREFEITA E VICE-PREFEITO. AUSÊNCIA. REPERCUSSÃO. SÚMULA 24/TSE.

16. Não se vislumbra de que forma a fraude nas candidaturas proporcionais teria comprometido a higidez do pleito majoritário, direta ou indiretamente, ou mesmo de que seria de responsabilidade dos candidatos aos cargos de prefeito e vice-prefeito. Conclusão diversa esbarra na Súmula 24/TSE.

CONCLUSÃO. MANUTENÇÃO. PERDA. REGISTROS. VEREADORES. EXTENSÃO. INELEGIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA. CHAPA MAJORITÁRIA.

> 17. Recursos especiais dos candidatos ao cargo de vereador pelas coligações Compromisso com Valença I e II desprovidos, mantendo-se cassados os seus registros, e recurso da Coligação Nossa União É com o Povo parcialmente provido para impor inelegibilidade a Leonardo Nogueira e Antônio Gomes da Rocha, subsistindo a improcedência quanto aos vencedores do pleito majoritário, revogando-se a liminar e executando-se o aresto logo após a publicação (precedentes).

As principais questões jurídicas versadas no referido julgamento podem assim ser resumidas: a) litisconsórcio passivo; b) cabimento da ação de investigação judicial eleitoral (AIJE) para a apuração de fraude; c) exame dos requisitos para a caracterização do ilícito; e d) consequências do reconhecimento do ilícito.

Litisconsórcio Passivo Necessário

Em um dos recursos especiais, aduziu-se que os presidentes dos partidos políticos que integraram as respectivas alianças deveriam ter sido citados como litisconsortes passivos necessários.

Prevaleceu, no entanto, a ótica do relator, Ministro Jorge Mussi, para quem é aplicável a Súmula 24/TSE no tocante à conclusão da Corte de origem, no sentido de que:

> [...] o TRE/PI assentou, de modo cristalino, não haver sequer indícios de que os presidentes das agremiações tinham conhecimento da suposta fraude, tampouco que anuíram ou atuaram de modo direto ou implícito para sua consecução, sendo incabível, portanto, citá-los para integrar a lide. Veja-se (fl. 993v):
>
> Na exordial, contudo, os investigantes atribuem os fatos ali narrados apenas aos candidatos ao cargo de vereador e às respectivas coligações proporcionais "COMPROMISSO COM VALENÇA I" e " COMPROMISSO COM VALENÇA II". Da mesma forma, as provas constantes dos autos não apontam, nem mesmo em tese, a participação ou anuência dos presidentes dos partidos.

> Dessa forma, em não sendo os atos alegados na inicial imputados aos presidentes dos partidos, não há como exigir que os mesmos venham compor o polo passivo da presente demanda, diante da ausência de previsão legal.

Embora vários ministros, em especial o Ministro Edson Fachin, tenham feito alusões sobre o tema, inclusive sob a ótica da teoria da asserção, não houve divergência quanto ao ponto.

Cabimento da Ação de Investigação Judicial Eleitoral

Inicialmente tal questão não estava posta nos recursos especiais, mas passou a integrar o debate do Colegiado a partir da manifestação do Ministro Edson Fachin, trazida na justificativa de seu pedido de vista dos autos:

> Sem embargo da genuína referência que faço ao robustecimento do voto, peço licença aos eminentes colegas para adiantar que deduzirei pedido de vista, uma vez que gostaria de examinar essa matéria, porque dela defluo, pelo menos entre outras, quatro dúvidas.
>
> A primeira é a utilização da própria Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) para este fim específico, que é a aferição da fraude.

Não obstante essa ponderação inicial, Sua Excelência acompanhou o relator no tocante ao cabimento da AIJE para apuração de fraude, fazendo alusão a precedente específico do TSE, no sentido de que "*é possível verificar, por meio da ação de investigação judicial eleitoral, se o partido político efetivamente respeita a normalidade das eleições prevista no ordenamento jurídico - tanto no momento do registro como no curso das campanhas eleitorais, no que tange à efetiva observância da regra prevista no art. 10, § 3º, da Lei das Eleições - ou se há o lançamento de candidaturas apenas para que se preencha, em*

fraude à lei, o número mínimo de vagas previsto para cada gênero, sem o efetivo desenvolvimento das candidaturas" (REspe 243-42, rel. Min. Henrique Neves, DJE de 11.10.2016).

Essa compreensão foi compartilhada, por todos os demais ministros, com ressalva de fundamento nos votos dos ministros Og Fernandes e Sérgio Banhos, para os quais o cabimento da AIJE no referido caso deveria ser admitido apenas em homenagem à segurança jurídica, sinalizando-se, porém, a mudança de entendimento prospectivamente.

Os fundamentos adotados pro Suas Excelências podem ser assim resumidos:

a) necessidade de observância da legalidade estrita do art. 22, *caput*, da Lei Complementar 64/90;
b) desnecessidade de apuração imediata da fraude por meio de Ação de Investigação Judicial Eleitoral, seja porque há a impugnação ao Demonstrativo de Regularidade dos Atos Partidários (DRAP), seja porque se trata de ilícito que não interfere diretamente no curso da campanha eleitoral;
c) possibilidade de coleta de elementos probatórios por meio de Procedimentos Preparatórios Eleitorais (PPEs);
d) descompasso entre os regimes jurídico da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, a qual prevê expressamente à apuração de fraude, e da Ação de Investigação Judicial Eleitoral, notadamente quanto ao rito e às consequências jurídicas.

De todo modo, prevaleceu no presente caso a óptica segundo a qual é cabível a AIJE para apuração de fraude.

Exame dos requisitos para a caracterização do ilícito

O relator, Ministro Jorge Mussi, propôs critérios para o exame da caracterização da fraude, que podem assim ser resumidos:

a) a semelhança dos registros de campanha de cinco candidatas – tipos de despesa, valores, data de emissão das notas e até mesmo a sequência numérica destas – é circunstância indiciária, por si só, insuficiente para a cassação;

b) *à* circunstância indiciária alusiva à homogeneidade das contas, foram adicionadas circunstâncias peculiares, que reforçaram a conclusão pela fraude:

i. Ivaltânia Nogueira e Maria Eugênia de Sousa disputaram o mesmo cargo, pela mesma coligação, com familiares próximos (esposo e filho), sem nenhuma notícia de animosidade política entre eles, sem que elas realizassem despesas com material de propaganda, com ambas atuando em prol da campanha daqueles e obtendo cada uma apenas um voto;

ii. Maria Neide da Silva nem sequer compareceu às urnas ou realizou gastos com publicidade;

iii. Magally da Silva votou e, ainda assim, não recebeu votos; além disso, apesar de alegar ter sido acometida por enfermidade, registrou gastos – inclusive com recursos próprios – em data posterior;

iv. Geórgia Lima, com apenas dois votos, é reincidente em disputar cargo eletivo apenas para preencher a quota e usufruir de licença remunerada do serviço público.

O ponto de vista acima delineado foi compartilhado por todos os ministros, com pontual divergência no tocante à candidata Magally da Silva Costa. Foi a compreensão do Ministro Edson Fachin, que registrou:

> O fato de a candidata ter sofrido uma internação hospitalar em razão de problemas de saúde que levaram a uma gravidez de risco não pode ser ignorado como razão para seu afastamento da campanha, ainda que ela não tenha recebido votos e não tenha, oficialmente, desistido da própria campanha.
>
> Ademais, o fato de não haver solicitado sua substituição em nada afeta a compreensão do quadro, eis que não é obrigação do candi-

> dato tal requerimento, o que deve ocorrer, em sendo o caso, nos moldes do disposto no art. 13 da Lei nº 9.504/97.
>
> Desse modo, considerando as especificidades da situação de Magally da Silva Costa, entendo não caracterizada a fraude à cota de gênero com relação à candidata.

Porém, a maioria da Corte seguiu o relator, pelos fundamentos já expostos.

Consequências do reconhecimento do ilícito

Trata-se do ponto mais controverso do julgamento, resolvido por apertada maioria, em relação ao voto do relator, para quem, uma vez comprovada a fraude no preenchimento das quotas de gênero, cabe a cassação do próprio Demonstrativo de Regularidade de Atos Partidários - DRAP, medida que afeta todas as candidaturas a este vinculadas.

Entre os argumentos levantados pelo relator, destacam-se os seguintes:

> a) há benefício auferido com a fraude, uma vez que, nos termos do art. 175, §§ 3º e 4º, do Código Eleitoral, a negativa dos registros de candidatura somente após a data do pleito, como ocorreu na espécie, implica o aproveitamento dos votos em favor das coligações;
>
> b) evidenciada conduta que comprometa a disputa eleitoral, quebrando a isonomia entre os candidatos, impõe-se cassar os registros ou os diplomas de todos os beneficiários, cabendo ao órgão julgador definir sua atuação no ilícito apenas para fim de inelegibilidade, que tem natureza personalíssima;
>
> c) eventual não cassação de todos os candidatos beneficiados pela fraude ensejaria verdadeira e inadmissível brecha aos partidos políticos e às coligações para registrarem candidaturas laranja,

na medida em que seriam incentivados a "correr o risco" de lançá-las;

d) tanto os partidos e as coligações como os candidatos que viessem a ser eleitos não seriam prejudicados ainda que fosse comprovada a fraude *a posteriori* em AIJE, pois o mero recálculo da quota, excluindo-se apenas as candidaturas fraudulentas e as menos votadas, não os alcançaria na prática;

e) o registro de duas e três candidaturas femininas fraudulentas em cada coligação permitiu número maior de homens na disputa, cuja soma de votos foi contabilizada em favor das respectivas alianças, culminando, ao fim, em quociente partidário favorável a elas (art. 107 do Código Eleitoral), que puderam então registrar e eleger mais candidatos aos cargos de vereador;

f) o círculo vicioso não se afasta com a glosa apenas parcial imposta na sentença, pois, de acordo com o art. 175, §§ 3º e 4º, do Código Eleitoral, a negativa dos registros de candidatura somente após a data do pleito, como no caso, enseja o aproveitamento dos votos em favor das coligações, evidenciando-se, mais uma vez, o inquestionável benefício auferido com a fraude;

g) descabe acolher a pretensão dos recorrentes de que deveriam remanescer, ao menos, as candidatas mulheres que foram eleitas, uma de cada coligação – Maria de Fátima Bezerra e Ariana Maria de Carvalho. Afinal, a quota do art. 10, § 3º, da Lei 9.504/97 tem como objetivo prático incentivar especificamente a participação feminina na política, o percentual mínimo de 30% é de gênero, seja ele masculino ou feminino, de modo que manter o registro apenas das candidatas mulheres culminaria, em última análise, em igual desrespeito à norma, dessa vez em sentido contrário ao que usualmente ocorre.

Em seguida, o Ministro Edson Fachin pediu vista e inaugurou divergência parcial, especificamente no tocante às consequências do reconhecimento do ilícito. Os fundamentos destacados por Sua Excelência foram os seguintes:

a) não enquadramento do caso dos autos na tipologia de fraude à lei, a qual se caracteriza quando for utilizada uma norma jurídica

com o propósito de eludir a aplicação de outra. No caso, tratava-se de ato fraudulento propriamente dito;

b) o recurso à responsabilidade objetiva (teoria do benefício), no caso do abuso conceituado no inciso XIV do art. 22 da LC nº 64/90, para o beneficiário direto, atende aos requisitos da adequação e da necessidade, por ser a única forma de restaurar a igualdade violada pelo ato abusivo. Porém, deve observar, de toda sorte, a proporcionalidade e os direitos fundamentais;

c) o abuso de poder usual, na tipologia clássica do *caput* do art. 22 da Lei Complementar 64/90, impacta na formação da vontade do eleitor e acarreta, por consequência, desequilíbrio desmedido da disputa. Ademais, afeta diretamente o jogo eleitoral, em prejuízo de todos os demais candidatos. Diversamente, a ofensa ao art. 10, § 3º, da Lei 9.504/97, mediante ato fraudulento, não guarda estreita relação com a isonomia entre candidaturas, por se tratar de política afirmativa. No ponto, o Ministro Edson Fachin salientou o seguinte:

[...] o candidato que não participou ou não anuiu com a fraude não pode ser alçado ao mesmo patamar jurídico daquele que foi favorecido pelo abuso praticado por terceiro. Nas hipóteses tradicionais de abuso, o próprio jogo está viciado pelo ilícito que desnivela os concorrentes. Na fraude à cota de gênero, a violação se dá a uma política afirmativa (por si só reprovável), mas que não afeta a condição de igualdade entre os candidatos do partido ou da coligação transgressora e os demais candidatos.

a) a solução de cassação integral de toda a chapa invalida a vontade majoritária dos eleitores, desequilibra as forças políticas da legislatura e remodela artificialmente a representatividade das correntes ideológicas, "*com violação de princípios caros ao Direito Eleitoral como a autenticidade das eleições e suas vertentes terminológicas, como 'integridade', 'veracidade', 'sinceridade', 'normalidade' e 'legitimidade das eleições*"

Seguiu-se o voto-vista do Ministro Og Fernandes, o qual, no ponto, acompanhou a divergência instaurada pelo Ministro Edson Fachin, acrescendo os seguintes fundamentos:

a) a ação de investigação judicial eleitoral, em sua concepção, tem como alvo fatos que, dada a sua gravidade, impactam a normalidade do pleito e interferem no mundo empírico. Diversamente, no caso da fraude, a maior parte dos envolvidos na disputa não tem conhecimento do ilícito nem nota impactos no mundo fenomênico;

b) o exíguo calendário eleitoral e as características do ilícito contribuem para que os candidatos ditos laranja não tenham papel relevante na cooptação de eleitores;

c)os demais candidatos, não envolvidos na fraude, não são beneficiados, mas, sim, prejudicados pelo ilícito;

d) "a responsabilização do beneficiário, nos casos de apuração de fraude em AIJE, demanda a ligação concreta do candidato com o ilícito, não sendo possível que haja a presunção de seu conhecimento, dada a substancial diferença quanto à natureza do benefício obtido".

Seguiu-se o voto do Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, que acompanhou os fundamentos do relator e reforçou os seguintes argumentos:

a) a burla ao sistema de quota previamente estabelecida acaba por ferir a higidez do próprio pleito e, em última análise, a isonomia da eleição, bem como a vontade do eleitor, especialmente ao se observar que as demais chapas, partidos e coligações que participam do pleito são obrigados a cumprir a quota legal imposta, com ônus das mais variadas ordens;

b) a exigência de comprovação da ciência daquele que foi beneficiado pela fraude traz dois empecilhos à aplicação da norma: i) o primeiro consiste na criação de requisito não existente na norma, afeto à ciência da fraude; ii) o segundo e também subsequente é referente ao campo probatório, pois a cassação do registro ou do diploma de forma isolada, sem a declaração de inelegibilidade, demandaria prova no sentido de que o candidato beneficiado que não contribuiu para a fraude tivesse ciência dela, o que consubstancia prova diabólica.

Na sequência, votou o Ministro Sérgio Banhos, que acompanhou a divergência quanto ao ponto, acrescendo as seguintes questões:

> a) há substancial distinção entre a fraude e os tipos de abuso classicamente apurados por meio da AIJE, o que legitima a adoção de regimes jurídicos distintos, sob pena de ensejar consequências desmedidas e danos, de forma sistêmica, ante o reconhecimento do ilícito;
>
> b) a solução a ser dada pelo TSE a casos como o dos autos incidiria, de forma retroativa, a contexto deveras complexo, que envolve a celebração das coligações, com ulterior divisão de atribuições entre os representantes delas e entre os próprios partidos e seus dirigentes, bem como com a cisão prática de campanhas (majoritária e proporcional) e com a descentralização de atos pelos candidatos para fins de cooptação de votos na disputa;
>
> c) seria desarrazoado exigir dos candidatos que não tinham ciência da fraude fiscalização despropositada acerca da conduta dos seus pares;
>
> d) descabe adotar juízo presuntivo, em caráter absoluto, de que eventual fato configurador de fraude à quota de gênero sempre é utilizado com o escopo de que o partido possa lançar o máximo possível de candidaturas masculina.

Em seguida, votou o Ministro Luís Roberto Barroso, que acompanhou o relator e destacou, além dos fundamentos já explicitados, que nenhum candidato pode concorrer sem vínculo partidário, de modo que, se há algum vício a macular o Demonstrativo de Regularidade de Atos Partidários – DRAP, as candidaturas atreladas a este devem ser consideradas prejudicadas.

Por fim, a Ministra Rosa Weber proferiu voto de desempate acompanhando o relator, por entender que a solução normativa cabível à AIJE é a cassação do registro, não havendo respaldo para tratamento diverso. Além disso, Sua Excelência assentou:

> 6. De outra banda, restringir a cassação dos diplomas aos candidatos que contribuíram ou anuíram com a prática do ilícito, a um só tempo:

> a) desqualifica a gravidade como elemento conformador suficiente à cassação dos beneficiários pela conduta abusiva, sem atentar para a quebra da lisura/legitimidade do pleito, ocorrida na espécie; e
>
> b) não corrige, na prática, a inobservância da norma que foi, no caso, essencialmente violada, a saber, o art. 10, § 30, da Lei no 9.504/97, que estabelece a obrigatoriedade dos percentuais de gênero.

A síntese do julgamento, no que concerne ao mérito da questão, é no sentido de que as circunstâncias referentes à realização de atos de propaganda, à movimentação financeira de campanha e ao número de votos obtidos pelas candidatas devem ser ponderadas com a devida cautela, no que respeita à aptidão delas, especialmente de forma isolada, para a caracterização do ilícito. Em princípio, afigura-se exigível, a exemplo da hipótese dos autos, a conjugação concomitante desses elementos, além de outros típicos do *consilium fraudis*, ou seja, da manifesta intenção de desvirtuamento da finalidade estatuída na legislação eleitoral de regência[2].

Afinal, não há lei que obrigue limite mínimo de gastos eleitorais ou determine a realização de atos de propaganda eleitoral, sendo certo, ademais, que os partidos políticos têm autonomia constitucional para dar maior ou menor ênfase a este ou aquele candidato, mormente tendo em vista a finalidade de cooptação de votos vigente no sistema proporcional e segundo a adoção de estratégia político-eleitoral. Nesse sentido, o Tribunal Superior Eleitoral já assentou que "o art. 17, § 1º, da Constituição e o art. 3º da Lei nº 9.096/1995 asseguram aos partidos políticos autonomia e competência para decidir questões internas. Cabe à Justiça Eleitoral, portanto, atuar excepcionalmente, em casos de flagrante violação às normas legais e/ou estatutárias com inequívocos reflexos no pleito"[3].

2 Art. 10, § 3º, da Lei 9.504/97.

3 MS 0601175-44, rel. Min. Luís Roberto Barroso, PSESS em 18.10.2016.

No ponto, as agremiações políticas dispõem de discricionariedade regrada para decidir quais candidatos merecem ou não, por exemplo, obter apoio financeiro, ressalvando-se apenas que o desvio de finalidade na utilização dos recursos públicos legitima a intervenção do Poder Judiciário em sua autonomia, a fim de resguardar as bases legais do regime democrático. Além disso, o desempenho eleitoral não é algo que está sob o controle das agremiações, do que se poderia inferir automaticamente quebra da normalidade das eleições a partir das condutas partidárias.

De qualquer sorte, no caso do precedente em debate, além das já citadas circunstâncias, foi constatada a atuação direta de filiados com proeminência dentro das estruturas partidárias, com vistas à cooptação de candidatas que comprovadamente não participaram dos atos de campanha nem tiveram intenção de concorrer, só vindo a requerer o registro de candidaturas para o preenchimento da quota de gênero. Portanto, à tríade de elementos indiciários (baixa votação, similitude das prestações de contas e inexistência de atos de campanha), somam-se circunstâncias qualificadoras do cenário da fraude, tais como a disputa de parentes ao mesmo cargo, a não realização de atos de campanha, o apoio deliberado a outros candidatos ao mesmo cargo, a intenção comprovada de concorrer apenas para compor a quota de gênero e a influência de terceiros, integrantes da cúpula das estruturas partidárias envolvidas.

4. NOTA FINAL

No voto condutor do *leading case* quanto à questão de fraude à política de quota de gênero, o Ministro Jorge Mussi aduz que a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político, princípios insertos no art. 1º da Constituição Federal de 1988, representam três dos mais importantes fundamentos de um verdadeiro

Estado Democrático de Direito e irradiam-se em inúmeros pilares de um país que deseja ser minimamente igualitário e tolerante.

A relevante e imperativa necessidade da plena isonomia de gênero, prossegue o ilustre relator, tem tal magnitude que a Constituição não se contenta em assentar no *caput* do art. 5º que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza", especificando de modo ainda mais claro e direto, logo a seguir no inciso I, que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações".

A participação, a inclusão e a igualdade de gênero são componentes essenciais, portanto, a um Estado que se diz constitucional. Para que se considerem efetivas democracias, as nações devem promover condições que assegurem a influência de toda a sociedade, homens e mulheres, no processo de tomada de decisões em todas as esferas de poder. Sem a efetiva participação feminina na política, não se há falar em legitimidade da democracia representativa.

Uma sociedade se constrói com mudanças continuadas. O mundo está em profunda transformação, e a democracia representativa clama por novos ares que assegurem a manutenção da credibilidade dos atores políticos envolvidos neste evento cívico, repleto de significados, que são as eleições. Há desafios constantes, e a garantia da igualdade de gêneros na política é compromisso inadiável de todos. E não se poderia pensar diferente. Em uma sociedade pautada na esperança, a partir de uma Constituição que se propôs cidadã, as mudanças, embora difíceis, são imperiosas e inevitáveis. As resistências serão sempre desafiantes, mas o resultado será por certo merecedor dos esforços, pois, como asseverou Michelle Bachelet[4], "quando uma mulher entra na política, muda a mulher; quando várias mulheres entram na política, muda a política".

4 Ex-presidente da República do Chile (2006-2010 e 2014-2018).

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANHOS, Sérgio. **A participação das Mulheres na política – As quotas de gênero para o financiamento de campanhas no Brasil**. Dissertação apresentada para obtenção do certificado de Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos no *Ius Gentium Conimbrigae*/Centro de Direitos Humanos (IGC/CDH), Universidade de Coimbra, Portugal, 2019.

A LEI DE COTAS DE GÊNERO NO BRASIL: mulheres, igualdade e representatividade política

Lucyléa Gonçalves França[1]

1. INTRODUÇÃO

Os movimentos sufragistas do século XXI foram o símbolo determinante da luta pelos direitos civis, por outro lado, os avanços do direito à igualdade, já previstos nas declarações constitucionais, não resultaram suficientes para assegurar a garantia real da representação feminina nas eleições, condição que se tornou vigente somente quando se introduziram nos textos legislativos ordinários registro concreto, de política pública, como garantia de isonomia.

O sistema eleitoral brasileiro, como tantos outros, portanto teve que ser compatibilizado com as leis de cotas, no desenho dos órgãos judiciais, partidos políticos e no sistema da justiça eleitoral.

Com a distância temporal necessária para uma reflexão sobre o tema vimos que após dez anos de vigência de lei de cotas no Brasil, e mais de vinte anos de vigência na Europa e outros países, são distintos os impactos vividos por todos os pais. Entretanto, na totalidade, os efeitos nos sistemas eleitorais internos, buscaram os mesmos objetivos, ou seja, elevar o percentual de mulheres no parlamento ou o alcance efetivo no equilíbrio de gênero e na participação de candidatas, nos partidos políticos e nas disputas eleitorais.

1 Doutora em Direito pela Universidade de Salamanca, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora do Departamento de Direito da Universidade Federal do Maranhão (Brasil). Professora do Programa de Pósdoutorado em Direitos Humanos do Centro de Estudos Brasileiros- CEB/Universidad de Salamanca. Email lucyfranca03@gmail.com

A busca da presença mais ampla de mulheres na política exigiu ao longo da última década a necessidade de manifestação do judiciário eleitoral, concebendo decisões ratificadoras da importância do cumprimento das cotas de gênero no Brasil.

Tal cenário comprova os embates a serem perseguidos no desenho da representação política e de que maneira o sistema eleitoral brasileiro atende os esforços dos movimentos sociais e das reivindicações da população dentro do jogo de poder.

Nesse artigo pretendemos identificar, e responder qual foi o ritmo adotado no Brasil quando da inserção de leis de cotas para o exercício do sufrágio, e quais dos objetivos propostos foram logrados dando visibilidade real à efetividade de representação feminina.

Os impactos eleitorais também vieram acompanhados de reações adversas nos distintos coletivos, e dos partidos políticos brasileiros, com avanços e retrocessos muitas vezes com impactos negativos na sociedade civil, e, por ora violentos, materializados com contra discursos conservadores e resistentes à racional interpretação e aplicação eficaz da norma.

Assim, a rota *fast track* nem sempre se mostrou a mais eficaz no avanço das políticas públicas de gênero. Cabendo, portanto estabelecer com esse artigo, como a lei de quotas, uma reflexão plausível quantos aos efeitos positivos e negativos para o alcance real da democratização da política no Brasil.

O presente artigo foi divido em três capítulos, o primeiro descreve a evolução da ideia de cotas de mulheres nas eleições como critério de escolha oportuna para garantir a efetividade de políticas públicas de isonomia entre sexos. No segundo se descreve como o sistema de cotas foi adotado no Brasil, como ação afirmativa, criada com o propósito de garantir efetividade à Constituição de 1988 e garantir a participação real na mulher na política brasileira.

2. BREVE DISCURSO HISTÓRICO SOBRE PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DE MULHERES: QUOTAS DE GÊNERO E SUB REPRESENTATIVIDADE

O reconhecimento do sufrágio universal foi fenômeno do século XXI, e de fato, representou um ponto de inflexão com a realidade histórica de discriminação e contradição na interpretação do princípio da liberdade política. Como fundamento essencial para o exercício democrático esteve acompanhado de ruptura com o antigo regime de centralização de poder, como também foi associado aos preceitos elementares, e essenciais do liberalismo e contido na maioria das declarações constitucionais de direitos do século XX.

Entretanto, a ampliação dos espaços de representação feminina nos textos legislativos -como sujeitos de direitos- foi tardia, e, inicialmente, o sufrágio discriminou por gênero.

O marco jurídico, político e social aprimoram em geral conquistas e retrocessos para as sociedades pós-modernas, e, como proposição da teoria de Justiça de Rawl, diante das desigualdades profundas advindas das instituições em representação da sociedade, as mudanças de então favoreceram muito mais certos pontos de partida que a outros[2].

Assim, o movimento feminista não se confunde com os movimentos sufragistas na sua origem. Após a consolidação do segundo os grupos reivindicativos de igualdade entre sexos promovem a luta em defesa na história democrática das mulheres. Assim, em resumo, as mulheres foram simplesmente excluídas do exercício da cidadania efetiva, só iniciada através do voto feminino, fruto dos reclamos feministas de movimentos emancipatórios dos Estados Unidos e outros países da Europa.

2 Para Rawls, na construção da idéia de justiça. RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2000.pg. 08

As cotas de gênero começaram a se implantar já no século XX, principalmente a partir do continente americano, em países como Argentina, Bolívia, Brasil, Costa Rica, Equador, Honduras, México, Peru, República Dominicana, Panamá y Paraguai, entre 1991 a 2000, foram 11 os países latino-americanos que adotaram o mecanismo majoritariamente de quotas de resultado para os partidos políticos[3], e na maior parte da história democrática. Entretanto, a participação política tem sua origem entre os séculos XVII e XIX, a partir das revoluções industriais, e burguesas, a fim de formar uma só classe de cidadãos, através da participação política.

Hierarquias em diferentes classes, com o direito de comandar para apenas alguns, foram a tônica no sistema que se arruinou, e definhou, no século XVIII. Mais evidente, segundo Toqueville[4], no ocidente do continente europeu, sendo visíveis a velhice e a decrepitude da decadência gradual das instituições medievais, onde o único meio de agir seria a força, e a exclusiva fonte de poder sendo a propriedade da terra.

O denominado "nivelamento universal" comum na América recém povoada, associaram liberdade com independência política, verdadeiro caldo de cultivo para o desenvolvimento da imigração com raízes no exercício da cidadania, embora, nesse momento apenas possível exclusivamente aos homens com poder econômico.

Nestes termos, os princípios gerais da participação política já se encontravam nas leis da Nova Inglaterra, incluindo assim, a manifestação masculina (exclusivamente), nos negócios públicos, na livre eleição de impostos, na responsabilidade dos agentes públicos, na liberdade individual e no julgamento das decisões através do júri popular.

---

3 Nesse sentido: Torres Garcia, Isabel. Promoviendo la igualdad: cuotas y paridad en América Latina. Tribunal Supremo de Elecciones de República de Costa Rica. Revista Derecho Electoral. N. º 14, Julio-Diciembre, 2012. Pg. 33

4 Toqueville, Alexis de. O antigo regime e a revolução. Editora Universidade de Brasília: Brasília: Distrito Federal.1997. 4ª edição. Pg. 64

A partir de 1789, a emergência da participação e representação como fenômenos liberais, nascem de uma concepção moderna e oposta a figura do rei, e centrada na assembleia nacional. Nessa significação histórica são, portanto, como diz Avelar[5], os Estados e a União definiram suas esferas de competência, unidos pelo ideal de cidadania universal.

Assim, o direito ao sufrágio universal assume contornos de igualdade participativa na organização política, na origem com visibilidade determinante somente a varões e proprietários. Usando uma visão mais jurídica de representação, indo além dos pressupostos ontológicos, é simbólica a expressão do mandato de Carré de Malberg[6], quando identifica o elemento angular da representação, sem no entanto perder de vista a distinção já sedimentada entre soberania popular-democracia por um lado, e a soberania nacional-representação por outro.

Por outro lado a ação afirmativa de reserva de vagas de gênero busca garantir a ativa participação de mulheres em iguais condições aos homens, para a disputa de cargos eletivos, aumentando assim a proporcionalidade feminina na política, e em tomada de decisões. Nesse sentido se tratam de ferramentas temporais, de correção histórica, proporcionada pela baixa participação de mulheres nos distintos ambientes políticos, comprovadas pelas estatísticas históricas.

Portanto, como fórmula que pode representar um percentual específico de candidaturas de mulheres em listas de partidos, conselhos, assembleias ou cargos do executivo tal proposito nasce das escolhas públicas, mas, principalmente de pactos normativos, de

5 AVELAR, Lúcia. Participação política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Otávio (Org.). Sistema político brasileiro: uma introdução. Rio de Janeiro: Fundação KonradAdenauer-Stiftung; São Paulo: Fundação UNESP ED., 2004. Pg.225

6 Carré de Malberg, R.. Contribution à la théorie générale de l'Ètat, Paris, Sirey, 1920, reed. CNRS, t. 2, p. 286

modo, e acordo, prévio e transparente quanto aos critérios e requisitos norteadores, na lei, nos estatutos dos partidos, nos regimentos de conselhos, etc.

Atualmente, cerca de 127 países[7] inseriram em seus textos legais algum tipo de cota de representação de mulheres para os cargos das câmaras legislativas ou partidárias. Na América latina doze países tem algum tipo de quota para suas câmaras e parlamentos.

Entretanto, dentre os diversos significados de "representação", Brunet[8] assegura que a proposição de cotas de mulheres assume um protagonismo na América latina de forma tardia, apenas na década de 90, como instrumento fundamental no bojo de outras medidas que visavam o avanço das políticas públicas de igualdade, ora como regras de paridade, ora com outras decisões como cotas paritárias.

Contrário a tudo isso há o mito das "mulheres despreparadas" ou das "mulheres sem interesse pela política" como forma de estigmatizar ou desqualificar a importância de medidas como essas. De outra parte, e contrariamente a esse falso discurso de desinteresse e desinformação, as mulheres são maioria da população brasileira, e o gênero que mais ascende às vagas nas universidades, ou que concluem o ensino médio e fundamental são as mulheres[9].

Entre as modalidades de políticas de gênero existentes, e construídas por distintos países, variam fórmulas e porcentagens, de acordo com a norma de criação, e do momento em que se aplicam[10].

---

7 Sobre relatório de participação feminina na política da américa latina. http://www.quotaproject.org

8 Para Brunet, Pierre. Acerca del concepto de representación política. Université Paris Ouest Nanterre. revista internacional de pensamiento político- i época- vol. 7- 2012 - [245-261]. Pg. 251

9 Dados do IBGE e MEC sobre a formação de mulheres no ensino médio e superior, além de numero de mulheres na população.

10 Veia-se Clasificación de las cuotas electorales en la red de conocimientos electorales ACE. En: http://aceproject.org/ace-es/topics/pc/pcb/pcb02/pcb02b/pcb02b1

Sobre paridade [11] tal conceito parte da consideração de que as mulheres são mais de 50% da população de muitos países, razão pela qual muitos deles optaram por essa iniciativa. Ressalte-se um elemento essencial nessa "mudança de rota", ocorrida pela pressão internacional oriunda dos acordos e tratados universais decorrentes de participação dos países como o Brasil em conferências internacionais, e regionais, como fórmula de pressão interna na composição de regras claras de proporcionalidade dentre número de homens e mulheres, impulsando assim câmbios tanto na vida pública, como na vida social.

Nesse sentido, no âmbito do direito internacional, após a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) a desigualdade entre os sexos foi combatida pela Convenção sobre os direitos políticos da Mulher (1953) e pela Convenção para eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (1979).

A ONU-Mulheres em 2014 lançou o marco normativo da Democracia Paritária[12], no qual estipula a paridade na representação política nos sistemas eleitorais de listas abertas e fechadas, mediante recrutamento, em alternância, de homens e mulheres mais votados.

Em outra medida a paridade seria imposta pela legislação dos países como reconhecimento das proporcionalidades de seus cidadãos, por sexo, (Buther:2003)[13], depois de já utilizadas outras medidas de estimulo a participação feminina na política, e em outras atividades, como vagas em universidades e nas administrações públi-

11 Beatriz Llano y Martha Martínez, La democracia paritaria en América Latina: los casos de México y Nicaragua. Washington: Organización de los Estados Americanos [OEA] y Comisión Interamericana de Mujeres [CIM], 2016), 23-24

12 No artigo 18- PARIDADE E RESPRESENTAÇAO POLÍTICA http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2018/06/Marco-Normativo-Democracia-Paritaria_FINAL.pdf

13 Nesse ponto Butler faz uma distinção necessária entre sexo e gênero, já que como se percebe, a legislação inúmeras vezes usa o termo sexo e não gênero. Sendo o primeiro relacionado a aspectos biológicos do corpo, e gênero "culturalmente construído" e corresponde a "significados culturais assumidos pelo corpo"

cas. Indo além da medida corretiva, compensatória ou temporal, que organicamente propõe o sistema de cotas.

No caso Português[14], para ilustrar a teoria da paridade, a representação feminina na política se impõe como política legislativa somente em 2006, com a chamada "Lei da Paridade" (Lei Orgânica 3/2006, 21 de Agosto) onde estabelece que "as listas para a Assembleia da República, para o Parlamento Europeu, e para as autarquias locais são compostas de modo a assegurar a representação mínima de 33% de cada um dos sexos".

De acordo com as normas que as ordenam, as cotas podem ser[15] de caráter legal, ou seja, fixada na lei, que a incorpora a uma práxis eleitoral ou de partidos políticos, e constitucional, resultante da consagração expressa desse como decorrente do princípio da igualdade, e de caráter voluntário. Nesse último caso, condicionada às escolhas da sociedade civil organizada, através da aplicação de decisões oriundas das organizações partidárias.

A recente interpretação de igualdade formal e material de direitos no contexto do constitucionalismo brasileiro sinaliza, portanto, como vimos, que a assimilação do debate público do discurso de gênero é assunto de grande atualidade. Quando se questiona se existem grandes distinções entre a estrutura de poder e de organização da vida cotidiana em países que optam por ações que visam melhorar a situação de gênero e resposta é inegavelmente positiva. Entretanto, Miguel (2003:32) reposiciona essa querela quando fixa parâmetros da ideia do elitismo representativo, construído a partir da crença de que a igualdade social seja improvável já que sempre

14 Comentada por MONTEIRO, Rosa. A Política de Quotas em Portugal: O papel dos partidos políticos e
do feminismo de Estado. Revista Crítica de Ciências Sociais, 92, Março 2011: 31-50.

15 Mujeres y política: claves para su participación y representación. Instituto Holandés para la Democracia Multipartidaria. Primera edición, Colombia, Bogotá, abril de 2018. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. https://www.refworld.org.es/pdfid/5c3f6d524.pdf

haverá um grupo mais capacitado para ser o detentor dos cargos de poder.

Por um lado, de modo irrefutável tais políticas representam as responsabilidades e o compromisso do Estado em assegurar uma ruptura com os paradigmas históricos de exclusão e discriminação, seja em relação a gêneros ou classes sociais, em direção, por exemplo, à maior inclusão das mulheres no mercado de trabalho ou nas listas eleitorais. Em outro sentido, a previsão normativa de garantias capazes de concretizar medidas visando uma maior equidade social também são formas de fortalecer as democracias atuais.

Neste sentido, uma nova geração de medidas tem sido originada da interpretação do legislador infraconstitucional ao programar o texto político das cartas constitucionais. Entretanto, nem sempre a previsão de igualdade, como uma ideia-motriz, e fonte inaugural de um novo regime social, encontra eco nas decisões e estratégias públicas de modo permanente, havendo avanços e retrocessos quando se aponta o contexto da igualdade de gênero também como principio fundamental e garantia de um direito social essencial.

Como vimos essa dualidade material não é recente, nem tampouco é amortizada por um conceito essencial, e consolidado, de igualdade a nível constitucional. As situações de inferioridade são reflexos de um modo de exclusão na tomada de decisões no país, o que muitas vezes somente se tornam visíveis quanto às políticas de erradicação da violência contra mulheres[16]. A menor participação e o desequilíbrio histórico entre mulheres e homens também atuam como elemento contrário à violência, à discriminação e nascem como resultado da ausência histórica da atuação do Estado em primar pelo

16 Existe uma tendência a que as legislações centrem sua atenção em matéria de igualdade no problemas de violência de gênero. Nesse sentido, PALOMAR OLDEMA, A. El principio de igualdad y La interdicción de la discriminación por razón de seco desde una perspectiva constitucional. In: El tratamiento de género en el ordenamiento español (una visión multidisciplinar de la mujer en los distintos ámbitos sociales). Palomar Olmeda (Coord.) Tirant lo Blanch. Valencia. Pp. 78-89

estabelecimento de medidas efetivas de proteção, sobretudo para assegurar meios de conciliação da vida pessoal, familiar e laboral.

O direito ao voto feminino no Brasil ocorreu em 1932, depois de uma campanha que reunia mulheres profissionais, trabalhadoras, funcionárias públicas e enfermeiras, mas não trabalhadoras fabris. Essa vitória teve uma vida curta, pois em 1937 um golpe bania as eleições e excluía as mulheres da diplomacia, e outros postos governamentais aos quais tinham sido admitidas anteriormente.[17]

A partir de 1938, com a exigência de um maior número de concursos, públicos e abertos, com testes anônimos, o serviço público federal registrou 8,8% de mulheres. Em 1958 esse percentual alcançou 20,6% sendo para os cargos efetivos (26,4% mulheres), e não efetivos (15,9%)[18].

São raras no Brasil as pesquisas de campo sobre as mulheres na administração pública. Entretanto, estudos demonstram que as crescente industrialização no país no século XXI influenciaram na expansão do ensino[19].

Dados da Escola Nacional de Administração Pública (Enap) mostram que elas ainda são minoria na elite do serviço público. No Poder Executivo, mulheres representam 46% do total. No Judiciário, 9%. E no Legislativo, 2%, apenas.

No Executivo, 48% das servidoras têm nível superior completo, enquanto que o percentual masculino formado fica em 43%. As com pós-graduação chegam 5% ante 4% dos servidores; as com mestrado, 8% contra 7%; e quando assunto é doutorado, os percen-

17 Hahner, June. 1981. A mulher brasileira e suas lutas sociais e políticas: 1850-1937. Ed. Brasiliense, São Paulo.

18 Vieira da Cunha, Mario W. O sistema administrativo brasileiro 1930-1950. Centro Brasileiro de Pesquisas Educacionais. Rio de Janeiro.1963. pg. 963

19 BELTRÃO, Kaizô Iwakami; ALVES, José Eustáquio Diniz. A reversão do Hiato de Gênero na educação brasileira no século XX. Cadernos de Pesquisa, v. 39, n. 136, p. 125-156, jan./abr. 2009. Disponível em: <http://publicacoes.fcc.org.br/ojs/index.php/cp/article/view/277>. Acesso em: 17 jan. 2019

tuais se assemelham 11% das funcionárias possuem a extensão ante 12% dos homens. Nos níveis que exigem menor conhecimento, a participação do sexo feminino é menor do que a do masculino: 4% tem ensino fundamental contra 8% dos homens; e 24% concluíram o ensino médio ante 26%.

Outras circunstâncias como a menor participação da mulher nas instituições públicas é também observada no exercício de mandatos eletivos, o que consolida, historicamente, um sistema excludente baseado na distinção social entre homens e mulheres. Neste contexto, as mulheres não chegam a desfrutar de nenhuma garantia legal de flexibilidade com a redução da jornada laboral, seja com o reduzido horário laboral, ou com o aumento de período de licença maternidade. Entretanto, o maior impacto discriminatório ainda está na iniciativa privada, quando os vencimentos das mulheres são inferiores a dos varões, mesmo desempenhando atividades no mesmo posto de trabalho.

A igualdade laboral e o discurso de gênero como sistemas integrados, na Administração pública, são traduzidos como um tema recente e pouco abordado em trabalhos e pesquisas científicas no Brasil. Por ele se propõe conciliar o compromisso das instituições com a democratização do acesso a melhores condições de trabalho para as mulheres.

Ao mesmo tempo, no Brasil, o tema está fortemente influenciado pela questão da violência de gênero, majoritariamente. Em geral, as Administrações públicas respondem somente pelo conjunto de políticas públicas estimuladas pelos governos que visam prestar um auxílio e assistência à infância e à mulher gestante do que propriamente responder por questões como os direitos reprodutivos, ou a exclusão social. A condição discriminatória de gênero envolvendo o mundo do trabalho não goza de nenhuma política pública ativa.

Segundo dados da Justiça eleitoral, mulheres compõem a maior parte do eleitorado brasileiro na atualidade, mas ainda estão longe de conseguir se eleger na mesma proporção dos homens. O Cadastro Eleitoral aponta que são mais de 77 milhões de eleitoras em todo o Brasil, o que representa 52,5% do total de 147,5 milhões de eleitores. Desse número, apenas 9.204 (31,6%) mulheres concorreram a um cargo eletivo nas Eleições Gerais de 2018. Destas, 290 foram eleitas, um aumento de 52,6% em relação a 2014, já no pleito de 2018. Já no último pleito, as 290 eleitas correspondiam a 16,20% do universo de 1.790 escolhidos, um crescimento de 5,10% com relação à eleição anterior [20].

Nas eleições municipais de 2016[21], 14.417 candidatas mulheres não receberam nenhum voto (1 em cada 8 candidatas); número correspondente à 12,5% de todas suas candidaturas válidas. Em comparação com os homens, apenas 2,6% dos candidatos não receberam um voto sequer – 1/5 da quantidade de mulheres.

Um ranking elaborado pela ONU Mulheres[22], em 2017 posiciona o Brasil no 154ª lugar no que se refere à representação feminina. Foram analisados 174 países e dentre os 33 países latino-americanos e caribenhos, o Brasil ficou com a 32ª posição quanto à presença de mulheres nos parlamentos nacionais, estando à frente somente de Belize (3,1%). Na América Latina e no Caribe, a média do número de mulheres parlamentares nas câmaras de deputados ou câmaras únicas ficou em 28,8%.

---

20 http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Marco/numero-de-mulheres-eleitas-em-2018-cresce-52-6-em-relacao-a-2014. Consulta realizada em 28 de abril de 2020.

21 Tribunal Superior Eleitoral. Informações sobre as Eleições 2016 para prefeito, vice-prefeito e vereador. 2016. Disponível em: http://www.tse.jus.br/eleitor-eeleicoes/eleicoes/eleicoes-anteriores/eleicoes-2016/eleicoes-2016; Candidaturas de mulheres que não receberam nenhum voto – Disponível em http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Novembro/mais-de-16-mil-candidatos

22 https://www.ipu.org/resources/publications/infographics/2017-03/women-in-politics.Consulta realizada em 28 de abril de 2020.

Importante ressaltar que a presença da mulher no mundo laboral também sofreu uma sensível melhora nos últimos anos[23]. Esse fato não se deu em razão de políticas públicas de inclusão, mas sim, pela evolução da taxa de atividade feminina ter acompanhado o crescimento das cifras relativas à criação de mais postos de trabalho. Entretanto, essa realidade não equivale a novas medidas de caráter salarial, e de geração de novos postos de trabalho, e de chefias às mulheres, e sim resultado de um outro fenômeno recente de discriminação indireta, considerada pelos efeitos de melhorias de cifras econômicas.

3. ESTRUTURA NORMATIVA DA REPRESENTATIVIDADE FEMININA NA POLÍTICA: necessidade e modo de proteção jurídica quanto à igualdade de gênero no modelo político brasileiro e o impacto da paridade

A Constituição da república brasileira reclama a igualdade de gênero em todos os níveis[24], um movimento político de modificação da lei eleitoral com a introdução de um sistema de quotas de mulheres somente foi introduzido na década de 2000, quase trinta anos após a promulgação da carta de 1988.

---

23 Segundo estatísticas do Instituto de Pesquisa Econômica aplicada (Ipea), na metade das famílias com filhos, as mulheres são as que digirem os lares. Em 53% das famílias pobres elas são a cabeça de família, enquanto somente 23,7% das família com filhos são dirigidas por homens. Os dados do IPEA esclarecem que quando a mulher è a chefe de família, è maior a possibilidade de estar em condição de pobreza, inclusive porque a razão da pobreza feminina está associada à divisão não equilibrada da força de trabalho, inclusive porque elas ocupam os postos de mais baixa remuneração.

24 Gonçalves lembra que no texto institucional brasileiro, tornou-se muito difícil a adequação da estabilidade constitucional e mesmo sua supremacia no interior do ordenamento jurídico brasileiro, quando, historicamente a sociedade do Brasil desde o império foi extremamente preconceituosa sobretudo porque se ostentavam família patriarcais, trabalho escravo e altos índices de pobreza e analfabetismo. COSTA GONÇALVES, Cláudia Maria. Direitos Fundamentais Sociais. Releitura de uma Constituição Digirente. Juruá Editora. Curitiba. 2006. Pg. 89.

Enquanto isso, as mulheres enfrentam grandes dificuldades para assumir cargos de chefia e de responsabilidade no setor público, na mesma proporção da ascensão às funções no desempenho de empregos na iniciativa privada. O que prevalece para o acesso aos cargos públicos é o concurso público, por exigência do art. 37, da Constituição Federal de 1988, entretanto a nomeação à progressão funcional é, em geral, por mérito, prevalecendo, portanto, a maior representatividade de homens como autoridades públicas.

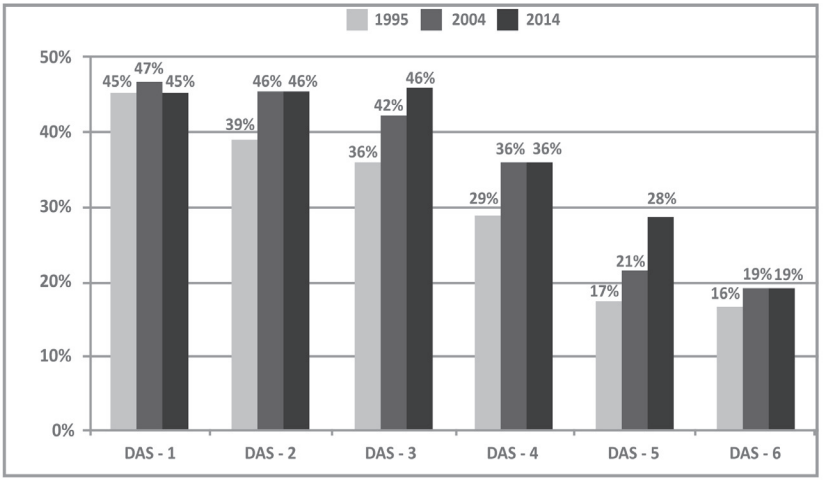
No universo dos cargos em confiança a participação feminina é muito inferior ao número de ingressos por concurso. Nas mais altas funções públicas federais somente 18 mulheres, ou seja, 13,24% exerciam cargos de chefia, no ano de 1998, enquanto em 2011, eram cerca de 20%, da totalidade dos cargos de chefia do executivo federal, acréscimo também proporcional ao aumento do número de cargos e de ministérios nos governos de Lula da Silva (2007) e de Dilma Rousseff (2010).

No ano de 2011, somente na Administração pública, 63,2% dos cargos eram ocupados por mulheres, enquanto que estão nas atividades vinculadas ao setor de serviços, comércio e de limpeza, um alto índice de mulheres. Elas ocupam 94,5% dos empregos registrados. Portanto, a contratação através de concurso sinaliza uma discriminação positiva, e favorece o acesso das mulheres ao mercado de trabalho, embora seja por mérito e não por força de políticas públicas de quotas.

Quanto ao rendimento médio, os dados oficiais demonstram que os salários das mulheres é, em geral, pelo menos 30% inferior ao dos varões. São cerca de R$786,00 (setecentos e oitenta e seis reais) cobrados pelas mulheres trabalhadoras brasileiras, enquanto os homens alcançam R$1.105,00[25], ou seja, embora as mulheres,

25 Pesquisa Nacional de Amostra Domiciliar (Pnad 2009, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE)

em geral tenham um maior tempo de escolarização, ocupam os mais inferiores postos de trabalho e cobram menos, quando comparados ao mesmo cargo ocupado pelos homens.



Fonte: Enap Estudos, Servidores Públicos Federais - Gênero, 2014.

Gráfico 3: dados evolutivos do percentual de cargo de direção e assessoramento superior (DAS) ocupados por servidoras

Sem embargo que na maioria das atividades econômicas as mulheres são menos remuneradas que os homens, é possível se afirmar que houve uma evolução nos rendimentos mensais dos brasileiros em geral nos últimos dez anos, mais homens e mulheres entraram no mercado laboral pela criação de mais postos de trabalho em virtude do desenvolvimento da economia do país. Assim, nos últimos 20 anos houve uma sensível diminuição das diferenças nos salários médios entre os dois gêneros.

Em general, a mulher brasileira ocupa a totalidade dos empregos nas tarefas domésticas, e cobra menos se trabalha na indústria, no comércio e no setor de serviços, sendo mais isonômicos os salários no âmbito da Administração pública.

Nos municípios do Brasil as mulheres somam apenas 9,2% da totalidade de Prefeitos, no entanto, elas exercem seus mandatos para suceder o poder de seus maridos, pais e grupos políticos aos quais representam.

Em 2009, das 5.565 das cidades brasileiras, a menor parte tem em suas unidades administrativas a liderança de mulheres. Eram 512 prefeitas, em geral representantes das famílias que controlam por décadas a vida política em cada região.

Entre 2006 e 2010 as mulheres predominam no exercício dos cargos públicos efetivos, na defesa e na saúde pública e, segue uma tendência de aumento do número de mulheres contratadas em importantes áreas profissionais da atividade econômica. A participação feminina nesses mercados de trabalho incrementou-se em 15,7%, enquanto que o acesso dos varões registrou um aumento de 11,87%.

Em dezembro de 2010 o mercado laboral formal contava com a quantidade de 43,3 milhões de empregos, enquanto dessa totalidade, 25,3 milhões eram ocupados por homens, enquanto eram perto de 17 milhões de mulheres. Portanto, entre 2006 e 2010, a participação de mulheres se ampliou de 40,64% para 41,48% do total de postos de trabalhos.

Entretanto, não há no ordenamento jurídico brasileiro leis específicas que estipulem um tratamento diferenciado na criação de cargos para as mulheres, nem no setor público, nem no privado, capazes de assegurar uma maior equidade de gênero na proporcionalidade de vagas para homens e mulheres. É certo que o grande avanço da legislação brasileira ocorre na fixação de preceitos que asseguram a maior igualdade de homens e mulheres nas cotas eleitorais dos partidos políticos, provocando assim uma maior possibilidade de participação feminina na disputa de cargos eletivos.

No contexto eleitoral, a Lei 9.504/97, de 30 de setembro de 1997, determinou que um percentual de 30% de cargos eletivos nas

listas eleitorais no âmbito do legislativo deveria ser destinado ao sexo feminino. Nestes termos, a proposta de lei seria combater a hegemonia política masculina através da fixação de uma cota mínima para as mulheres.

Em 2009 foi aprovada pelo Congresso Nacional a Lei 12.034, que altera a lei dos Partidos Políticos, o Código Eleitoral de 1965 e a lei 9.504/97, para que os partidos estejam obrigados a destinar 5% do fundo partidário para criação e a manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres.

A redação originária da lei 9.100, de 29 de setembro de 1995, destinando percentual específico para as vagas destinadas às candidaturas femininas foi criticada como suposto caso de inconstitucionalidade, por referir-se a um gênero específico e, como medida de ajuste para que anos mais tarde, em 1997, a lei 9.504, que se originou do Projeto de Lei nº 2.695/97, da Câmara dos Deputados, substituindo a expressão "*vagas de mulheres*" por "*do número de vagas resultantes das regras previstas nesse artigo, cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexto*"(Brasil, 1997).

Estabelecer a mesma regra para ambos os sexos não logrou cumprir os objetivos essenciais da norma de inclusão e representação feminina, mitigando assim, a formalização concreta desse princípio, como elementar para fixar um sistema de garantias de participação na política do Brasil[26].

26 Ac.-TSE, de 1º.3.2018, na Cta nº 060405458: a expressão "cada sexo" refere-se ao gênero, e não ao sexo biológico.
V. Res.-TSE nº 23270/2010: utilização do sistema CANDex para gerar as mídias relativas aos pedidos de registro e aviso aos partidos e coligações quanto aos percentuais mínimo e máximo de cada sexo.
Ac.-TSE, de 17.9.2019, no REspe nº 19392: caracterizada a fraude na cota de gênero, prescinde-se, para fim de perda de diploma, de prova inconteste da participação ou da anuência de todos os candidatos beneficiários que compuseram as coligações. Tal comprovação é imprescindível apenas para impor aos beneficiários sua inelegibilidade para eleições futuras.

De fato, o parágrafo 3º do artigo 10, da lei 9.504, usou a expressão "*deverá reservar*", onde os partidos poderiam reservar (mas não estariam obrigados) a preencher as vagas destinadas as mulheres, sem garantia de eficácia jurídica de tal medida pela condição facultativa no preenchimento das vagas, razão pela qual nova redação foi dada à lei, pela criação da lei 12.034, de 2009, substituindo o termo "deverá reservar" por "preencherá", considerando, o seguinte. "... *do número de vagas resultantes, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70%(setenta por cento) para candidaturas de cada sexo".* (Brasil, 2009), substituindo assim a reserva pela exigência das quotas para as candidaturas, por sexo, sendo tanto reservado para homens como para mulheres.

Ademais, deverão reservar pelo menos 10% do tempo da propaganda eleitoral, para promover, e difundir, a participação política feminina, e 5% dos recursos do fundo partidário, para a criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política feminina. Se bem que a lei 9.029/95 proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para o acesso ao emprego seja por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade.

Na avaliação do Movimento Transparência Partidária[27], há escasso debate social que afiance um reforço na medida de cotas sobre a equidade nos partidos políticos, ou seja, sobre regras concretas na isonomia para a distribuição dos recursos que os partidos destinam para as candidaturas.

O chamado fundo de financiamento eleitoral, distinto do fundo partidário, deixa as expensas dos partidos políticos, a distribuição dos recursos do fundo eleitoral, onde a baixa participação feminina

Ac.-STF, de 15.3.2018, na ADI nº 5.617: o patamar legal mínimo de candidaturas femininas previsto neste dispositivo equipara-se ao mínimo de recursos do Fundo Partidário alocado a cada partido, para eleições majoritárias e proporcionais.

27 https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-03/apenas-dois-partidos-politicos-tem-maioria-feminina-no-brasil

se reflete como uma resposta à baixa participação das mulheres, e a falta de renovação nos quadros de direção dos partidos políticos.

A presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), ministra Rosa Weber, instituiu Comissão Gestora de Política de Gênero para atuar no planejamento e no acompanhamento de ações relacionadas ao incentivo à participação feminina na política e na Justiça Eleitoral. A criação da comissão, denominada TSE Mulheres, está prevista na Portaria TSE nº 791.[28]

A Lei n. 9.096 de 1995 estipulou a utilização de 10% do tempo de TV e rádio na difusão da participação feminina, definindo a destinação do fundo partidário, no artigo 44[29].

E quanto à aplicação eficaz desse dispositivo se reconhece um mecanismo para potencializar a participação de mulheres na política, mas que não são cumpridas pela maioria dos partidos[30].

Segundo dados da Justiça eleitoral do Brasil, nas eleições de 2016, 52,21% eram mulheres, ao passo que em 2018, eram 52,50% no Maranhão, correspondente ao total de 2.359.918 mulheres eleitoras nesse estado.

---

28 http://www.justicaeleitoral.jus.br/participa-mulher/#estatisticas

29 Art. 44. Os recursos oriundos do Fundo Partidário serão aplicados:
[...] V – na criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres conforme percentual que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 5% do total.
§ 5º O partido que não cumprir o disposto no inciso V do caput deste artigo deverá, no ano subsequente, acrescer o percentual de 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) do Fundo Partidário para essa destinação, ficando impedido de utilizá-lo para finalidade diversa. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)
Art.45. A propaganda partidária gratuita, gravada ou ao vivo, efetuada mediante transmissão por rádio e televisão será realizada entre as 19h30 e às 22h para, com exclusividade:
[...] IV – promover e difundir a participação política feminina, dedicando às mulheres o tempo que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 10%.

30 Mulheres na Política. Procuradoria Especial da Mulher. Senado Federal. Pg. 45. https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/proc-publicacoes/2a-edicao-do-livreto-mais-mulheres-na-politica

Levando-se em consideração o número de mulheres eleitas no Brasil, as estatísticas reforçam a quase inexpressiva representação feminina, mesmo considerando o conjunto da legislação de cotas vigente. Observa-se que o incremento da participação de mulheres nas legendas ocorreu de modo significativo para as candidaturas de 2º Suplente de Senador, com a participação de 40,38% de mulheres, enquanto para a vaga de senador apenas 21,15%, sendo nesse caso, as candidaturas prioritariamente masculinas, restando às mulheres a um segundo plano nas campanhas.

O papel secundário nas chapas eleitorais também é constatado nas eleições majoritárias. Nas eleições de 2016, as mulheres com candidatura à prefeitura foram de apenas 11,64%, enquanto ocorreu um incremento nas proposições para vice-prefeitas, de 14,48%. Na representação final, a presença de mulheres na chefia do executivo municipal soma apenas 636 (seiscentas e trinta e seis) prefeitas eleitas, contrastando com os 4.827 (quatro mil, oitocentos e vinte e sete) varões eleitos. Uma diferença assombrosa.

Ressalte-se o papel da Justiça eleitoral do Brasil na interpretação da legislação de cotas, reforçando medidas de combate às candidaturas fraudulentas[31], e "laranjas" de mulheres, embora, na prática, possa se tratar de crime eleitoral que envolve grandes dificuldades na comprovação dessas fraudes.

31 Como exemplo ilustrativo citamos o caso do julgamento do processo TSE Nº 193-92.2016.6.18.0018 VALENÇA DO PIAUÍ-PI 18ª Zona Eleitoral (VALENÇA DO PIAUÍ), no qual o Tribunal Superior eleitoral confirmou decisão do Tribunal Regional Eleitoral do Piauí no tocante as candidaturas fictícias das coligações na cidade de Valencia, com a fraude nos registros de cinco candidatas, determinando além da inelegibilidade por oito anos, a cassação dos demais candidatos registrados por ambas as chapas, na qualidade de beneficiários.

4. CONCLUSÕES

Ilustramos com esse artigo a conclusão de que a inclusão das mulheres na vida social, e no ambiente político do Brasil, em condições de igualdade está muito longe de ser superada, e simboliza um modo de ruptura inegável com a construção histórica de desigualdades vivenciadas pela sociedade ao longo dos séculos, chegando até a atualidade. Em resumo, quanto maior é o poder de decisão, seja no âmbito público como privado, menor é a participação feminina, sobretudo das mulheres negras e com menor poder aquisitivo.

Inegavelmente muito se avançou desde a construção do Estado Democrático de Direito, e das Constituições do século XX, quanto à necessidade de validação de normas e políticas públicas em favor da igualdade de condições, e oportunidades, entre homens e mulheres, também na representação política de cada país.

Reconhece-se assim que as meras diretrizes genéricas da constitucionalidade do princípio da isonomia não significaram a garantia de efetividade do direito fundamental à igualdade de oportunidades, de gênero, classes sociais ou raças. De fato, a isonomia por si mesma não assegura uma maior porcentagem de mulheres como agentes políticas, detentoras de mandato eleitoral, ou eleitas às vagas do Legislativo e do Executivo no Brasil e no mundo.

No Brasil, os quase dez anos de inauguração da lei de cotas para as eleições não foram suficientes para assegurar uma maior representatividade feminina, embora tal iniciativa seja de grande valia na ruptura histórica da grande disparidade de participação na política, por ambos os sexos.

Reconhecemos, portanto a incapacidade da norma de modificar estruturas de poder, ou de práticas patriarcais, e machistas, históricas na vida social brasileira. Entretanto, deve-se observar essa medida dentro de um contexto mais amplo, inserida no ambiente de

consciência do discurso de gênero, e de consolidação da educação da população para um maior envolvimento nos espaços políticos de decisão. Romper o teto de cristal da representação feminina na política significa o aprimoramento da democracia, de modo pleno e legítimo em uma sociedade que um dia poderemos ser.

Em síntese, tentamos destacar nesse artigo que os processos de inserção de novas políticas governamentais e legislativas do Brasil poderão ser responsáveis por gerar melhoras na situação das mulheres no mercado, incluindo a igualdade de gênero como uma política pública afirmativa, e de inclusão, não apenas dentro de uma perspectiva de gênero como também fruto de uma série de ações de cunho social, e de reconhecimento dos papeis sociais no exercício dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

AVELAR, Lúcia. Participação política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Otávio (Org.). Sistema político brasileiro: uma introdução. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer-Stiftung; São Paulo: Fundação UNESP ED., 2004

BELTRÃO, Kaizô Iwakami, ALVES, José Eustáquio Diniz. A reversão do Hiato de Gênero na educação brasileira no século XX. Cadernos de Pesquisa, v. 39, n. 136, p. 125-156, jan./abr. 2009. Disponível em: <http://publicacoes.fcc.org.br/ojs/index.php/cp/article/view/277>. Acesso em: 17 jan. 2019

BUTLER, Judith. Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003

CARRÉ DE MALBERG, R.. Contribution à la théorie générale de l'Ètat, Paris, Sirey, 1920, reed. CNRS, t. 2

COSTA GONÇALVES, Cláudia Maria. Direitos Fundamentais Sociais. Releitura de uma Constituição Dirigente. Juruá Editora. Curitiba. 2006

Escola Nacional de Administração Pública (Enap). Gênero, raça e competências de direção no serviço público federal. Cadernos Enap, Brasília, n. 36, 2006

Escola Nacional de Administração Pública (Enap). Enap Estudos, Servidores Públicos Federais – Gênero. Brasília: Enap, 2014.

GONZÁLEZ BUSTOS, M. Ángeles. Medidas Jurídico-administrativas para la protección de la mujer. Estudios multidiciplinares de género. Revista Centro Estudios de la Mujer. N. 3. Aquilafuente. 99. Ediciones Universidad de Salamanca. 2006. Salamanca.

HAHNER, June. 1981. A mulher brasileira e suas lutas sociais e políticas: 1850-1937. Ed. Brasiliense, São Paulo

LLANO, Beatriz y Martínez, Martha, La democracia paritaria en América Latina: los casos de México y Nicaragua. Washington: Organización de los Estados Americanos [OEA] y Comisión Interamericana de Mujeres [CIM], 2016)

MONTEIRO, Rosa. A Política de Quotas em Portugal: O papel dos partidos políticos e do feminismo de Estado. Revista Crítica de Ciências Sociais, 92, Março 2011: 31 -50, p. 31.

MIGUEL, Luís Felipe. Democracia e representação: territórios em disputa. São Paulo, Editora UNESP, 2014, p. 305.

ONU MULHERES. Marco normativo para consolidar a democracia paritária, 2014 http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2018/06/Marco-Normativo-Democracia-Paritaria_FINAL.pdf. Acessado em 03 de maio de 2020.

PALOMAR OLDEMA, A. El principio de igualdad y La interdicción de la discriminación por razón de seco desde una perspectiva constitucional. In: El tratamiento de género en el ordenamiento español (una visión multidisciplinar de la mujer en los distintos ámbitos sociales). Palomar Olmeda (Coord.) Tirant lo Blanch. Valencia.2005

PNAD, 2009, del Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps_16/14_igualdade_de_genero.pdf

PNAD, 2015, Pesquisa Nacional de Amostra por domicílios. IBGE https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98887.pdf

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RED DE CONOCIMIENTOS ELECTORALES ACE. En: http://aceproject.org/ace-es/topics/pc/pcb/pcb02/pcb02b/pcb02b1

RELATÓRIO DE PARTICIPAÇÃO FEMININA NA POLÍTICA DA AMÉRICA LATINA. http://www.quotaproject.org

RELATÓRIO PARTICIPA MULHER. Tribunal Superior Eleitoral. http://www.justicaeleitoral.jus.br/participa-mulher/#estatisticas

SERRA CRISTÓBAL, R., La discriminación indirecta por razón de sexo. Discriminación versus diferenciación (especial referencia a La problemática de la mujer). Ridaura Martines, M. J. Aznar Gómez, M.J. (coord.) Tirant lo Blanch alternativa. Valencia. 2004.

TORRES GARCIA, Isabel. Promoviendo la igualdad: cuotas y paridad en América Latina. Tribunal Supremo de Elecciones de República de Costa Rica. Revista Derecho Electoral. N. º 14, Julio-Diciembre, 2012.

TOQUEVILLE, Alexis de. O antigo regime e a revolução. Editora Universidade de Brasília: Brasília: Distrito Federal.1997. 4ª edição.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Consulta no site http://www.tse.jus.br/eleitoreeleicoes/eleicoes/eleicoesanteriores/eleicoes2016/eleicoes-2016

Mulheres na Política. Procuradoria Especial da Mulher. Senado Federal. Pg. 45. https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/proc-publicacoes/2a-edicao-do-livreto-mais-mulheres-na-politica

Vieira da Cunha, Mario W. O sistema administrativo brasileiro 1930-1950. Centro Brasileiro de Pesquisas Educacionais. Rio de Janeiro.1963.

OS PROCESSOS ELEITORAIS COMO MEDIDA DE AFERIÇÃO DA QUALIDADE DA DEMOCRACIA: O caso do Brasil[1]

Kamile Moreira Castro[2]
Eluma Rodrigues Guimarães[3]

1. Democracia e eleições

Hoje é muito comum falar de "qualidade de democracia". Conceito que parte de dois pressupostos fundamentais: que as democracias não são todas iguais, tendo estágios de desenvolvimento diferentes, traduzindo-se em graus diferentes de qualidade; e, que é possível mensurar essa qualidade.

Na verdade, se atendermos aos dados da *Freedom House*, poderemos observar que, se em 1990 tínhamos 69 países considerados por essa organização como democráticos, num total de 167, já em 2015 os países democráticos tinham passado para 125, num total de 195 (o que daria um incremento percentual de 23% nas democracias mundiais). Porém, desde 2015 até à atualidade, a mesma *Freedom House*, tem observado um declínio do que se chama "liberdade global", com o aumento dos países considerados "parcialmente livres".

---

1 Artigo adptado de publicação inicial na revista virtual da Junta Promotora da Conferência Americana de Organismos Eleitorais Subnacionais pela Transparência Eleitoral (CAOESTE).

2 Juíza do TRE/CE e Ouvidora Eleitoral Substituta do TRE/CE. Especialista em Direito Processual Penal (UNIFOR) e em Direito e Processo Eleitoral (ESMEC e PUC/MINAS). É mestranda em Ciências Políticas pela Universidade de Lisboa (ISCSP) e mestranda em Direito pela UNINOVE/SP. Advogada. Professora. Membro-consultora da Comissão Especial de Estudo da Reforma Eleitoral da OAB Federal.

3 Advogada. Mestranda em Direito pela Universidade Nove de Julho/SP.

Morlino (2009:273-296) designa estes regimes de "híbridos", em que junto às instituições, formalmente, democráticas coexistem práticas autoritárias em que, fundamentalmente, se procura diminuir a capacidade das oposições de chegarem ao poder político, manietando-as de diversas maneiras, mas sempre com o objetivo de impedir a alternância do poder político. Evidente, que para aprofundarmos estas questões teríamos antes que nos dedicar à definição do que é democracia, algo que está, notoriamente, fora do âmbito desta exposição. No entanto, poderemos aqui entender a democracia total como um ideal a alcançar, que nunca está plenamente realizado e que se mantém como uma meta a atingir.

A democracia moderna aparece indissociavelmente ligada à questão da representação, e se pudermos enveredar por uma definição de democracia como a de Schumpeter, que a diz como, simplesmente, um método de escolha de cargos entre as elites que se mostrem disponíveis para serem eleitas, pode-se articular com uma visão menos enfática na escolha dos cargos políticos.

De fato, alguns autores pensam que existe uma ideia errada, que dá uma preponderância exagerada às eleições, nos processos democráticos. É que uma democracia não se mede apenas pela qualidade do processo eleitoral, mas por um conjunto de fatores vários que terão que concorrer. É nesta linha que Robert Dahl (1997), na sua conhecida obra "Poliarquia: participação e oposição", afirma que, a par das eleições, existem outras condições para que exista uma democracia real (como por exemplo, a liberdade de informação, cidadania real, liberdade de reunião, etc.).

Realce-se, que ao contrário das democracias antigas, como a ateniense, as modernas, firmam-se sobretudo na representação, embora possam ter elementos de participação direta como referendos, plebiscitos, consultas públicas, orçamentos participativos, etc. Portanto, assente que as eleições não são o único requisito para se consi-

derar determinado regime uma democracia, certo é que ela é um de seus elementos preponderantes.

A relação mais direta entre democracia e responsabilidade política faz-se por via das eleições. Os eleitos "prestam contas" não só dos recursos aplicados nas campanhas, como também das políticas propostas ao eleitorado. No entanto, esta prestação de contas muda consoante o regime adotado. Isso nos mostra o estudo de Cheibub e Przeworski, quando comparam regimes presidencialistas e parlamentares quanto à alternância no poder, por via eleitoral. Vejamos:

> […] se nos regimes parlamentaristas em cerca de um sexto do tempo o chefe do governo não é alguém que tenha sido eleito como tal, no presidencialismo em três quartos do tempo o chefe do governo é alguém que os eleitores não podem reeleger, mesmo que eles o queiram. Se esta é a razão para que observemos tão pouca responsabilidade política nas democracias, não sabemos. Mas é certo que o elo entre democracia e eleições é menos do que definicional. (CHEIBUB, PRZEWORSKI, 1997)

De toda forma, será importante reforçar que as eleições são um ponto fulcral das democracias modernas. E isso acontece, quer por razões procedimentais da própria democracia, quer por aspectos menos tangíveis do nível sociopsicológico dos eleitores[4].

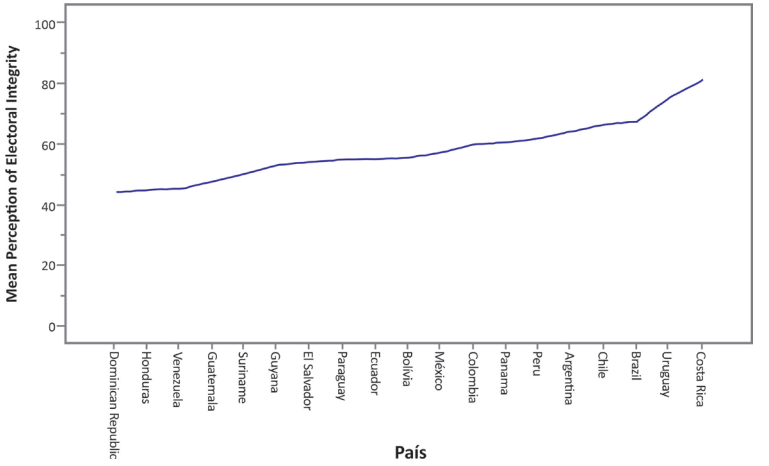
2. O processo eleitoral no Brasil

Linz e Stepan (1996), a propósito da terceira onda de redemocratização da América Latina dos anos 80 e 90 do século XX, trou-

4 Quanto à estes aspetos será de muita utilidade recordar estudos de neurocientistas como Antônio Damásio ou etologistas como Konrad Lorenz ou Desmond Morris. Esta área será, quanto a nós, uma área a explorar pelos cientistas sociais.

xeram para a ribalta da discussão política a questão da relação direta entre a qualidade do processo eleitoral e a qualidade de todo o processo democrático. A propósito desta relação, Pippa Norris (2012) aprofunda o conceito de "Integridade Eleitoral" (*Perception of Electoral Integrity*-PEI), que é utilizado por autores como Vinicius Menezes, Marina Cotias e Danielle Freire (2018), para aferir a qualidade do processo eleitoral em diversos países da América Latina. O estudo apresentado na "Revista de Estudos Eleitorais" em 2018, apresenta, de um modo geral, para os países sul-americanos estudados, que as eleições representam um fator importantíssimo, diríamos que decisivo, para o aumento da qualidade da democracia, nesses espaços.

Vejamos o gráfico de PEI que os autores nos apresentam:



(Retirado de: Rev. Estud. Eleit. Recife, V.2, Número 3, p.37, jul. 2018)

Sobre o Brasil, os autores concluem que desde os anos 70, a qualidade dos processos eleitorais foi sempre subindo, apresentando ótimos resultados neste aspecto a partir dos anos 90. Porém, descrevem que no período de 2004 a 2010 apareceram diversas denúncias de corrupção, compra de votos e de abuso de poder por parte de algumas instituições, que mancharam este percurso.

Como abordamos incipientemente acima, a democracia moderna assenta sobretudo na representação. Como aponta Ferreira Filho (1997:18): "No século XVII inventou-se a democracia indireta ou representativa. Nesta o povo se governaria na medida em que escolhesse, em eleições livres, representantes que em seu nome e lugar deliberassem". Aliás, eleições e liberdade são inseparáveis, dado que os processos eleitorais em regimes autoritários não passam de "encenações" em busca de legitimidade política. A expressão do povo pelo voto é "ponto alto" das democracias representativas, embora, como já vimos, não o único que define a própria democracia.

No Brasil, a partir da Constituição de 1988, definiu-se, no Título II, o direito de participação política dos cidadãos como parte integrante dos direitos chamados de "primeira geração". Note-se, no entanto, que diversos autores[5] apontam que na sociedade brasileira os direitos adquiridos foram-no de uma forma pouco ortodoxa e invertida em relação, ao que diversos autores, dos quais se destaca Marshall, descrevem em diversas sociedades. Assim, os direitos brasileiros constituídos, começaram pelos direitos sociais e só mais tarde se estenderam aos direitos políticos. De fato, foram os direitos sociais os primeiros a serem implementados no Brasil numa época de cerceamento dos políticos e civis. Mais tarde foram os direitos políticos alargados, com a expansão do direito de voto, curiosa e quase que contraditoriamente, numa altura em que as instituições democráticas eram quase só de aparência, para tentar dar aparência de normalidade democrática.

A Constituição de 1988 muitas vezes é designada por "Constituição Cidadã", que estabelece, sem margem para dúvidas, no seu Artigo 14, que a vontade popular se expressará por sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos. Sendo o voto obrigatório[6].

5 Como Murilo de Carvalho na sua obra *Cidadania no Brasil* de 2002, publicado pela editora Civilização Brasileira do Rio de Janeiro.

6 Sendo facultativo para cidadãos de idade entre os 16 e os 18 anos e para os maiores de 70.

Não caberá neste espaço, uma reflexão sobre a evolução histórica do processo eleitoral no Brasil, mas poderemos dizer que a primeira eleição no território brasileiro se deu em 1821, com a eleição de deputados às Cortes de Lisboa, num corpo eleitoral bastante restrito. Essas restrições à capacidade de votar continuaram por largos anos e só em 1881, pela Lei Saraiva, ainda do Império, se vê necessidade de alargar o conjunto de votantes, mas muitas pessoas continuaram excluídas[7]. No entanto, pela primeira vez, o voto era direto.

Com a implantação da República a eleição para Presidente alargou ainda mais o corpo eleitoral, mas continuou a exigir-se a alfabetização, afastando grande parte da população do direito de votar. Foi com a Constituição de 1932 que as mulheres puderam, pela primeira vez, votar, e foi justamente em 1932, que foi aprovado e publicado o Código Eleitoral (cria-se a Justiça Eleitoral), considerando muitas das recomendações de Assis Brasil; destacado por seus estudos sobre o modelo eleitoral a aplicar no Brasil, de onde sobressaem as ideias de voto nominal e listas abertas, a aplicação de um critério de proporcionalidade para a escolha dos representantes e da necessidade de um sufrágio universal, entre outras. Somente em 1985 por Emenda Constitucional (EC25) foi permitido o voto aos analfabetos.

Conclui-se, assim, que fica evidente que as regras do processo eleitoral definem, em muito, a qualidade da democracia. Não é indiferente, do ponto de vista político, o universo dos que vão votar, quem pode candidatar-se aos lugares e em que circunstâncias, se os candidatos podem ser votados nominalmente ou em listas, se as listas são abertas ou fechadas, enfim não é indiferente como são definidas as circunscrições eleitorais, etc. Por outro lado, é importante que todos cumpram as regras estabelecidas. Tudo terá um impacto no resultado final e por isso a Justiça Eleitoral tem um papel crucial em todo o processo eleitoral.

7 Os analfabetos e os que não possuíssem 200 mil reis, por exemplo. A lei é, portanto, censitária no sentido da literacia e da capacidade econômica.

O Direito Eleitoral começa, no Brasil, pelas Ordenações Manuelinas e hoje espelha-se nos Tribunais Eleitorais. Na prática, o Direito Eleitoral brasileiro contemporâneo assenta num tripé fulcral: Constituição, Legislação complementar e decisões do Tribunal Superior Eleitoral – TSE (jurisprudências). A seara eleitoral é repleta de lacunas normativas, ontológicas e axiológicas, marcada por peculiaridades que aumentam a importância da jurisprudência eleitoral, em especial a do Tribunal Superior Eleitoral, que segundo o Ministro daquela Corte, Tarcísio Vieira de Carvalho Neto (2018), é de onde "se retira a harmonia sistêmica que vivifica o processo de depuração da democracia brasileira e anima, quanto à atividade eleitoral jurisdicional típica, a resolução das lides eleitorais segundo parâmetros de justiça material (legalidade substancial)".

Aliás, por essas razões e considerando tanto a capacidade normativa do Poder Judiciário Eleitoral (art. 1°, parágrafo único, e 23, IX, da Lei n° 4.737/65, além do art. 105 da Lei 9.504/97), como o disposto no art. 15 do NCPC, de que suas regras aplicam-se subsidiária e supletivamente ao processo eleitoral, é que os precedentes eleitorais têm força obrigatória. Muito embora, em termos estritamente técnicos, a súmula do TSE, por omissão legislativa, não possua natureza de "súmula vinculante".

Para que a eleições sejam, de verdade, a expressão da vontade do povo, norma máxima da democracia, elas terão que ser representativas, no sentido da sua legitimidade e legalidade. Eleição é sobretudo a possibilidade de renovação e alternância, daí que tudo o que obste a esta possibilidade, enviesa o espírito democrático - daí as críticas de alguns ao instituto da "reeleição". No sistema brasileiro, pela Emenda Constitucional 16/1997, são reelegíveis - embora por apenas mais um mandato - o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos. Quer-se dizer, os cargos executivos, eleitos por sistema majoritário, poderão ser reeleitos.

O processo eleitoral brasileiro pode ser considerado como complexo, não só pelas normas regulatória esparsas, como também pela variedade e quantidade de envolvidos neste enorme país. Nas eleições municipais de 2016 (dados do site do Tribunal Superior Eleitoral[8]), tivemos: numa população superior a 204 milhões, foram mais de 143 milhões os eleitores e de 26.000 candidatos pertencentes a 35 partidos políticos diferentes. Existiram quase 97.000 locais de votação, em mesas onde estiveram presentes quase 2,5 milhões de mesários, com mais de meio milhão de urnas eletrônicas, que tiveram cerca de 49 milhões de votantes com dados biométricos. Estes números impressionam pela sua grandeza, mas os trabalhos preparatórios para o ato eleitoral são com certeza ainda mais relevantes.

Nesta dimensão e com as especificidades do sistema político brasileiro, como tornar o processo eleitoral inclusivo, confiável e verdadeiramente representativo? Autores como Fernandez Segado e Pedicone de Valls apresentam as condições necessárias para que um processo eleitoral seja considerado de qualidade. Consideram que os diversos agentes do sistema político devem preencher alguns requisitos: os partidos políticos devem estar organizados e possuírem estruturas próprias; as regras do jogo do poder devem estar bem definidas e aceites por todos, sobretudo pela sociedade civil; um Poder Judiciário independente para balizar e interpretar a legislação correspondente; e uma Administração Pública isenta que possa levar a cabo a organização das próprias eleições.

É fácil, assim, entender que a organização do processo eleitoral depende muito das estruturas políticas de cada país e da forma como cada um se organiza para cumprir este importante desiderato. Pedicone de Valls (2001) identifica na América Latina três tipos diferentes de organização do processo eleitoral. No Equador e Bolívia estabeleceu-se um organismo superior que congrega em si todas os

8 www.tse.jus.br

aspectos do processo eleitoral; nos casos do México, Chile e Colômbia optou-se por separar em dois organismos o processo eleitoral, um que trata dos aspectos organizacionais práticos e outro com funções jurisdicionais. Já no caso da Argentina (uma parte da governança é realizada pela Direção Nacional Eleitoral - DNE) e do Brasil é o Poder Judiciário que junta todas as atribuições do processo eleitoral.

No Brasil, a Constituição de 1988 retoma a exposição da Constituição de 1934 em que aparece no topo o Tribunal Superior Eleitoral, depois os 27 tribunais regionais eleitorais, e na base os milhares de juízes eleitorais. As juntas eleitorais têm o trabalho – agora mais simples, com as urnas eletrônicas e biometria - de apurar os votos expressos. Com esta estrutura piramidal a Justiça Eleitoral brasileira tem quatro grandes campos de atuação: área administrativa, jurisdicional, normativa e consultiva.

A Justiça Eleitoral tem dois grandes deveres implícitos: publicitar e controlar de forma a tornar todo o processo transparente. O primeiro aspecto a evitar é o da discricionariedade. Aliás, é isso que a Constituição brasileira impõe nos incisos IX e X do seu artigo 93[9] ao preconizar que os julgamentos sejam públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. Note-se que esta transparência é extensiva a todas as áreas de atuação da Justiça Eleitoral. Realce-se também que a publicidade dos atos tem sido nos últimos anos facilitada pelos novos meios de comunicação e pelas plataformas digitais.

Importante registrar que no Brasil, atualmente, a obtenção de informações do Tribunal Superior Eleitoral e dos Tribunais Regionais Eleitorais[10], e a consequente divulgação de todos os processos da Justiça Eleitoral, será realizada através da Ouvidoria. De fato, pela

9 Por redação da Emenda Constitucional 45/2004.

10 Cabe prestar informações e esclarecimentos institucionais, receber informações, consultas, sugestões, questionamentos, reclamações, críticas e elogios, auxiliar e incentivar ações que estimulem o exercício da cidadania, bem como atender aos pedidos de acesso à informação de que trata a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

Lei de Acesso à Informação[11] e debaixo dos regulamentos da Resolução nº 23.435, de 5 de fevereiro de 2015 do TSE, a Ouvidoria tem a importante missão de estabelecer um elo permanente de contato e esclarecimento, assim como o encaminhamento de demandas entre a Justiça Eleitoral e os cidadãos. Estabelece-se, portanto, uma importante ponte, pela Ouvidoria, entre a Justiça Eleitoral e o cidadão.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo eleitoral brasileiro, se o observarmos sobre o ponto de vista procedimental jurídico, à maneira de Niklas Luhman, (1980) tem "passado com distinção". Tal como o autor afirma, as eleições não servem para satisfazer necessidades, mas tão-só para atribuir lugares e competências; todas as questões serão dirimidas depois.

As eleições só fazem parte do sistema democrático se permitirem uma expressão livre da vontade dos eleitores e se o seu resultado for aceito por todos. As eleições fazem parte fundamental da regeneração do sistema político e daí que só terão significado se forem periódicas, para que as minorias de hoje possam almejar pela maioria de amanhã, tornando vivo o sistema político. Luhman fala-nos da necessidade de incerteza nos resultados das eleições. Sem esta incerteza a eleições não teriam qualquer sentido.

Democracia e processo eleitoral são realidades complementares sendo que uma influência a outra. Claro que a participação, numa sociedade política madura, não se restringe ao período eleitoral, mas é uma das suas expressões mais importantes. Os problemas da falta de participação dos cidadãos na vida política e os índices de abstenção são sintomas de que algo precisa ser mudado. A distância

11 Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

entre o que é prometido na campanha eleitoral, e o que é realizado depois, tem colocado a mesma distância entre eleitores e eleitos.

Desta forma, podemos dizer que do ponto de vista procedimental o processo eleitoral brasileiro está saudável. No entanto, podemos apontar alguns problemas neste processo, nomeadamente a pouca participação ativa do cidadão comum nas campanhas, os fracos discursos dos debates eleitorais e a consequente desinformação associada. Tais fatos parecem indicar uma dissociação entre o aparelho formal do processo eleitoral, nomeadamente a Justiça Eleitoral brasileira e a realidade político-partidária. Entretanto, registra-se que a Justiça Eleitoral cumpre seu papel legal e o constitucional, tendo desenvolvido ferramentas que lhe permitem atingir os objetivos propostos. Podemos, portanto, dizer que o processo eleitoral, do ponto de vista jurídico não é, com certeza, o elo fraco da democracia brasileira.

REFERÊNCIAS

MORLINO, Leonardo. **Are there hybrid regimes?** ***Or are they just an optical illusion?.*** European Social Science Review, vol 2 (2), 2009.

DAHL, Robert. **Poliarquia: participação e oposição**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1997.

CHEIBUB, José Antônio and PRZEWORSKI, Adam. Democracia, Eleições e Responsabilidade Política. Revista Brasileira de Ciências Sociais. 1997, vol.12, n.35.

LINZ, J. J.; Stepan, A. **A transição e consolidação da democracia:** a experiência do Sul da Europa e da América do Sul. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

NORRIS, Pippa. ***Making Democratic Governance Work: How Regimes Shape Prosperity, Welfare, and Peace***. New York: Cambridge University Press, 2012.

FREIRE, Danielle; COTIAS, Marina Laporte; MENEZES, Pablo Vinícius D'Oliveira. **Integridade eleitoral e qualidade da democracia na América Latina**. Revista de Estudos Eleitorais, Recife, v. 2, n. 3, p. 34-41, jul. 2018.

FERREIRA, Filho (1977). **Sete vezes democracia.** São Paulo: Convívio, 1997.

CARVALHO NETO, T. V.. **A jurisprudência como fonte do Direito Eleitoral: A força do precedente eleitoral.** Direito Eleitoral Temas Relevantes. 1ed. Curitiba: Juruá Editora, 2018, v. 1, p. 37-68.

VALLS, Maria G. Pedicone de. **Derecho Electoral.** Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 2001.

LUHMAN. Luhman. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Ed. Universidade, 1980.

CONSTITUIÇÃO, GARANTIAS FUNDAMENTAIS E DIREITO ELEITORAL: uma interpretação da inelegibilidade decorrente de condenação não transitada em julgado à luz das recentes atuações do Supremo Tribunal Federal do Brasil

Gustavo Araujo Vilas Boas

1. INTRODUÇÃO

Constituição, Garantias Fundamentais e Direito Eleitoral, este é o tema do presente artigo científico, notadamente no que se refere à análise da Lei Complementar 135/2010 à luz do princípio constitucional da presunção de inocência, princípio esse tão significante e de notável importância para todo o ordenamento jurídico, em especial atenção aqui à hipótese de inelegibilidade decorrente de condenação não transitada em julgado.

A propósito, a referida Lei respeitou o princípio constitucional da presunção de inocência? Nesse passo, buscar-se-á fazer por demonstrar o desrespeito pela Lei Complementar 135/2010 ao princípio constitucional da presunção de inocência. Outrossim, sob esse pálio, os princípios em geral, em especial atenção ao princípio da presunção de inocência, adquiriram sobremaneira importância no cenário constitucional, como forma de fazer limitar a atuação quer do legislador quer do juiz na busca da melhor solução de um caso concreto.

A importância de tal trabalho torna-se ainda mais evidente quando se percebe que, na supracitada Lei, nos deparamos com afronta direta a um princípio de ordem constitucional. Daí por que se pretende comprovar o desrespeito da Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010) ao princípio constitucional a ser enfocado.

Demais disso, procurar-se-á demonstrar que os efeitos de uma condenação penal não transitada em julgado, especificamente com relação a inelegibilidade do cidadão, não se adequam ao princípio da presunção de inocência, estando a configurar, pois, inequívoca afronta à própria ordem constitucional.

Por fim, buscar-se-á evidenciar a discussão, na ótica da concretização dos direitos fundamentais e, a partir da abertura da interpretação constitucional, os conflitos existentes entre a sistemática da Lei Complementar 135/2010 e o princípio da presunção de inocência, para a devida observância do desrespeito daquela Lei por este princípio.

2. CONSTITUIÇÃO, GARANTIAS FUNDAMENTAIS E DIREITO ELEITORAL

A sociedade e a comunidade jurídica reclamam resultados ainda não alcançados pelo direito penal brasileiro. Fato! No entanto, um dos principais caminhos para o estudo e compreensão do tema é identificar o significado e alcance de um princípio constitucional, a forma como ele se apresenta no mundo jurídico e como ele pode interferir na análise do fato propriamente dito.

A população, contudo, pede vingança, majoração das penas, efeitos secundários aplicados de forma imediata, antes mesmo de uma sentença penal condenatória, tudo como forma a causar a falsa impressão de que o método pedagógico é o melhor caminho, até mesmo sem a devida observância das garantias constitucionais.

Nesse viés, em tempos atuais, fugir da ideia da impunidade e da benevolência judicial será sempre o melhor caminho. Por isso mesmo, em muitos casos é dada simplesmente uma satisfação social através de um controle social punitivo e uma consequente atuação estatal do pânico.

No entanto, a atual conjuntura nacional e a pluralidade de ideias no sentido de fazer valer um controle social punitivo e uma consequente atuação estatal do pânico, não pode, em hipótese alguma, romper com a coerência do ordenamento jurídico, sobretudo, na sua órbita constitucional.

O inimigo no Direito Penal não detém todas as proteções penais e processuais penais que são dadas aos demais indivíduos, eis que há uma nítida orientação social e midiática para o combate a iminentes perigos, no sentido de permitir que qualquer meio disponível seja utilizado para punição desses agentes (inimigos), mesmo que em detrimento de uma garantia constitucional.

Parte-se, então, para o conceito de eficiência. No Direito Penal, leia-se a submissão da lei penal à lei fundamental. No Direito Processual Penal, entende-se a eficiência como a realização da tutela dos direitos fundamentais. Trata-se da chamada "reserva de Código", donde se extrai a certeza do Direito com a correta aplicação da lei, ainda que, em certas ocasiões, não se atenda às opiniões públicas. (FERRAJOLI; CHOUKR, 1999, p. 4).

Aquele que cometeu um delito é, pois, considerado um inimigo para o sistema. Em contrapartida, surge o direito penal do inimigo, ao agir na antecipação da punição.

Há uma real necessidade de salvaguardar as garantias fundamentais do homem. Este precisa de um escudo para fazer valer a sua proteção e dignidade frente ao Estado, sendo a Constituição Federal de uma singular magnitude.

Importante ressaltar que a mitigação de uma garantia fundamental jamais fará com que a sociedade se sinta segura ou com a sensação de um dever momentâneo de adequada punibilidade, na medida em que, futuramente, a mesma mitigação será interpretada como um mal maior, ou seja, como uma injustiça irremediável.

É exatamente esta a realidade do nosso atual sistema punitivo. De fato, Amaral (2003, p. 155), também nesse passo, reforça o assunto:

> Usa-se indevidamente do direito penal no ledo engano de estar dando retorno adequado a toda criminalidade moderna, mas que em realidade não faz mais que dar revide a uma reação meramente simbólica, cujos instrumentos utilizados não são aptos para a luta efetiva e eficiente contra a criminalidade.

Infelizmente, o objetivo da punição nunca foi a ressocialização, posto que esta é a maior falácia desse sistema falido, mas sim a marginalização do agente e a eternidade do cumprimento da pena. A propósito, marginaliza-se o inimigo porque ele é simplesmente diferente de nós, alheio aos nossos padrões e anseios sociais, razão pela qual deve ser afastado da nossa sociedade.

Em verdade, busca-se a imediata prisão do inimigo (autor do fato delituoso), eis que a forma mais adequada de se viver é longe dele. Logo, o enviamos para as prisões, para que de lá ele não saia, porque se sair, não estamos dispostos a recebê-lo entre nós. A realidade reside neste ponto.

E por falar em realidade, o que dizer do recente episódio do renomado médico Dráuzio Varella no quadro do Fantástico, da Rede Globo de Televisão, acerca dos problemas enfrentados por mulheres transexuais condenadas?

Em um breve resumo, o mencionado médico, ao final da entrevista, abraçou a condenada Suzi, fato que veio a causar uma revolta quase que generalizada na população brasileira, haja vista o bárbaro crime pela entrevistada cometido contra um menor de idade.

Tamanha repercussão levou o Dr. Dráuzio Varella a pedir desculpas para a família do menino vítima do delito. Aliás, pedido de desculpas, na sua essência, decorrente de um abraço dado a uma condenada, cujo fato por ela praticado sequer era de conhecimento do médico.

As circunstâncias da entrevista denotam simplesmente a virtude consubstanciada na compaixão de um homem. Apenas isso!

Pode-se finalizar o ponto afirmando que o Dr. Dráuzio Varella é uma fresta de luz e dignidade em tempos para além de sombrios.

Efetivamente, são muitos os desafios e pouco otimistas as perspectivas. Contudo, é preciso buscar, de forma incansável, a proteção da Lei Maior, a ponto de fazer prevalecer o Estado Constitucional e Democrático de Direito e salvaguardar os fatos em um ambiente constitucionalmente atrelado.

Com efeito, o princípio da presunção de inocência constitui princípio fundamental geral essencial à proteção da ordem penal na configuração de um Estado Constitucional e Humanista de Direito.

Sob esse pálio, os princípios em geral, mecanismos imprescindíveis ao exercício da democracia, adquiriram sobremaneira importância no cenário constitucional.

Atualmente, visualiza-se a necessidade de se proteger um conjunto de princípios, tendo em vista suas características de fundamentais no sistema normativo. Há que se reconstruir o núcleo fundamental do sistema penal, dando, a um só tempo, juridicidade e eficácia plena às garantias constitucionalmente consagradas.

A propósito, o que será que o Supremo Tribunal Federal entende como racionalidade suficiente para a mitigação de uma garantia constitucionalmente prevista?

Na resposta, inevitavelmente se percebe uma atuação de controle social. Trata-se de uma espécie de satisfação social por meio de um controle social judiciário que irá apontar que já na segunda instância, quando confirmada a condenação, o autor do crime será tratado como se culpado fosse.

É bem verdade que no julgamento do dia 07 de novembro de 2019, o Supremo Tribunal Federal, por 6 x 5 votos, mudou a sua orientação no tocante à interpretação dada ao princípio da presunção da inocência e decidiu que não é possível a execução da pena depois de decisão condenatória confirmada em 2ª instân-

cia. Não menos verdade, contudo, é que o aludido resultado deverá retroagir ao *status quo* (possibilidade da prisão após 2ª instância), com a iminência da saída daquele que se encontra na Corte há mais de 30 anos, o decano Ministro Celso de Melo.

O Brasil encontra-se em nítido estado de alerta. O discurso do ódio é uma realidade. Cresce o número de pessoas com sede de vingança, que aplaude o extermínio dos encarcerados e que persegue a qualquer custo uma maior criminalização de condutas desviadas.

Leia-se discurso no sentido de não apenas transmitir informação, mas a relação entre sujeitos e sentidos afetados pela língua e pela história, como uma espécie de complexo processo de constituição de sujeitos e produção de sentidos, como, a título de exemplo, a identificação do sujeito, da argumentação, da subjetivação e da construção da realidade de um determinado momento.

É preciso, pois, identificar a presunção de inocência como uma autêntica norma constitucional, onde a interpretação dada a mesma, independente do contexto social a que submetida a sua análise, pode e deve ser levada a efeito como norma imperativa de índole constitucional, sem qualquer tipo de restrição.

Aliás, é esse o Supremo Tribunal Federal que almejamos, ou seja, que não se coaduna com um determinado momento, seja social, político ou outro de alta relevância, mas que se curva ao espírito constitucional e se opõe ao discurso do ódio, sem qualquer confusão teleológica no ato de interpretar a norma.

Nessa esteira de raciocínio, Bandeira discorre que (2003, p. 5): "Permitir a continuidade dessa verdadeira mutilação é criar um precedente muito perigoso ao estado Democrático de Direito!".

É exatamente esse o perigo da interpretação da presunção de inocência em desfavor do acusado, na medida em que é plenamente possível a reversão de um julgado condenatório, a ponto de ferir de morte a liberdade do cidadão e os inescrupulosos efeitos da

condenação como, a título de específico exemplo, a inelegibilidade decorrente de condenação não transitada em julgado.

A importância de tal estudo torna-se ainda mais evidente quando se percebe que deve o Supremo Tribunal Federal, portanto, adaptar-se ou deixar-se adaptar a tal princípio, sob o fundamento já delineado de fazer prevalecer, acima de tudo, o Estado Constitucional e Humanista de Direito e que prevaleça a justiça, para que redefinidos e reconstruídos se façam as recentes decisões judiciais em um ambiente constitucionalmente atrelado.

Conhecer a origem do princípio da presunção de inocência, sua missão, e estabelecer sobre ele alguns conceitos fundamentais é o ponto de partida para uma compreensão mais aprofundada do tema, notadamente a atuação do Supremo Tribunal Federal no tocante às recentes interpretações dadas ao mencionado princípio.

Antes, porém, o ensinamento de Bobbio (1998, p. 258), ao conceituar Constituição:

> Por isso ainda hoje o próprio conceito de Constituição é freqüentemente considerado como coincidente com o de poder político repartido entre diversos órgãos constitucionais, sendo reconhecidas aos cidadãos, além de uma série de direitos fundamentais, adequadas garantias contra os abusos cometidos pelos titulares dos órgãos do poder político.

Mais adiante, Bobbio (1998, p. 258) arremata a questão sob à ótica das garantias fundamentais:

> Com a Constituição são então fixadas múltiplas garantias para defesa da ideologia dominante e dos institutos constitucionais fundamentais. Diversas modalidades, que vão da proibição da revisão constitucional às garantias oferecidas pelas sanções penais, a um sistema orgânico de controles jurisdicionais e à organização da administração militar e civil.

O princípio da presunção de inocência, em sua acepção ampla, traduz uma exigência de que a pessoa que está sendo acusada do cometimento de um delito é presumidamente inocente.

Na Constituição do Brasil de 1988 situa-se entre os direitos considerados fundamentais. Antes, a presunção da inocência não existia como garantia fundamental, contudo, pela doutrina e jurisprudência, era vinculado ao princípio do *in dubio pro reo*. (BERNARDES, 2009, P. 70).

Depreende-se da leitura do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que a pessoa acusada é presumidamente inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como forma de tutela da liberdade pessoal do agente e de proibição da pena antecipada.

Bernardes (2009, p. 69), ao buscar a origem da presunção da inocência, leciona que:

> [...] no art. 9º da Declaração dos Direitos dos Homens determinava-se que todo homem se presumiria inocente até que fosse declarada a sua culpabilidade, por meio de um julgamento. Esse princípio teve uma repercussão universal, sendo que a ONU – Organização das Nações Unidas – passou a determinar, em seu art. 11, que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa".

Consequentemente, não resta dúvida de que entre os direitos e garantias fundamentais, dado o seu caráter principiológico, tendo na maioria das vezes um conteúdo aberto, determinado apenas no caso concreto e nas relações entre si, encontra-se, em diversas vezes, a real necessidade de se aplicar o princípio da presunção da inocência.

De fato, o controle social punitivo e a atuação estatal do pânico não se coadunam com os preceitos constitucionais aqui em destaque.

Nesse sentido, Bona (2014, p. 74-75).

> Quem ganha com tudo isso? Uma coisa é certa, com a expansão do Direito Penal que se enfatiza, os cidadãos têm seus direitos e garantias fundamentais fragilizados, aviltados e desrespeitados, em nome de uma falseada segurança de "conto de fadas". Passa-se a ideia para a sociedade de que a punição severa e cruel será a cura de todos os males e preservará a proteção social, sem estudo sistemático e teórico para a elaboração de legislação penal que preserve as garantias fundamentais dos indivíduos e ataque o problema em sua raiz, lotando penitenciárias, e, o que é pior, sem trazer solução concreta nem a curto, médio ou longo prazo.

Daí, pois, cumpre-nos ressaltar a proteção constitucional de princípios norteadores do Direito, especialmente no que toca a presunção da inocência.

Os princípios possuem significativa relevância para o ordenamento, porquanto constituírem fundamentos da ciência jurídica e alicerces do próprio Direito, além de influírem diretamente na construção e elaboração da norma e orientarem na aplicação e interpretação da mesma. (BERNARDES, 2009, p. 67).

Torna-se crucial evitar a proliferação do que disse Bona (2014, p. 75-76) sobre a expansão do Direito Penal, ao entender que:

> [...] está intrinsecamente ligada à teoria do Direito Penal do Inimigo, que tem como pilar três características fundantes: antecipação da punibilidade; desproporcionalidade entre a conduta do autor e a pena imposta; relativização das garantias fundamentais dos indivíduos e até mesmo supressões.

A presunção da inocência é uma exigência de justiça. Trata-se de um princípio geral do Direito Constitucional do Brasil que

se aplica a todos os outros ramos do Direito. É preciso evitar que demandas midiáticas e populistas rasguem a Constituição Federal brasileira e denigram o verdadeiro discurso político-criminal.

Referido princípio constitucional impõe o impedimento da adoção de medidas restritivas de liberdade pessoal antes do efetivo reconhecimento da culpabilidade. A aplicação do princípio da presunção da inocência ao caso concreto tende a eliminar casuísmos em um plano de fundo simbólico.

Como alerta, Bernardes (2009, p. 76) ao afirmar que:

> A liberdade é, incontestavelmente, um direito fundamental, um direito mínimo concedido ao cidadão. Ademais, pode-se dizer que ninguém é culpado "mais ou menos". Em outras palavras, nenhuma pessoa pode ser considerada culpada se existem dúvidas. Ou ela é ou não é culpada. E, na dúvida, presume-se inocente.

A criminalidade hoje possui outro enfoque. Já não mais se trata da criminalidade de subsistência, mas de real ameaça a direitos, garantias fundamentais, democracia e paz social, através de uma criminalidade do poder (FERRAJOLI, 2003, p. 9).

Desde os tempos de Beccaria, vislumbra-se a construção da base de valores hoje constitucionalmente consagrados e em detrimento da doutrina do direito penal do inimigo. A proteção de bens jurídicos individuais como consequência para a preservação dos princípios constitucionais.

Como bem disse Leão (1998/1999, p. 136): "Uma acusação contra o cidadão, que tem em seu favor a garantia de presunção de inocência, consagrada nos textos internacionais e, assim, na Constituição Federal, não pode ser apenas formalmente posta no processo penal".

A sociedade clama pela doutrina do direito penal do inimigo. O indivíduo delinquente não teria direito a garantias constitucio-

nais, como, por exemplo, a presunção de inocência. E a quem cabe combater a paixão social e consequentemente política? Ao Supremo Tribunal Federal. É a nossa mais alta Corte de Justiça que possui o dever de agir em detrimento de escusas paixões e seguir à risca o postulado constitucional.

Partindo da premissa da mitigação da presunção da inocência, há que se ressaltar que a execução provisória da pena está por ferir o direito do cidadão de recorrer em liberdade de uma decisão condenatória.

Com efeito, execução provisória e direito penal não se coadunam e não possuem o mesmo limiar a ponto de se concluir pela convergência de preceitos. Há casos e casos a serem efetivamente analisados. A execução provisória após uma condenação no âmbito do Tribunal Recursal pode vir a ferir de morte o direito de liberdade do cidadão, até mesmo ante a real possibilidade de uma possível reversão do julgado.

Nesse sentido, Souza (2007, p. 42-43):

> Executar uma pena privativa de liberdade que ainda não está definitivamente imposta dada a impossibilidade de ser a sentença reformada por força do recurso cabível é, assim, o que de mais incivilizado pode haver. Muitas vezes disso resultaria uma injustiça irreparável. Mesmo no cível, área em que não está em jogo a liberdade individual, a execução provisória, ali admitida, não chega a extremos.

A presunção da inocência está intimamente ligada aos princípios do *favor rei* e do *favor libertatis*, estes, relacionados à tutela da liberdade do cidadão.

Pode ser vista como garantia política, como norma de tratamento ou como norma de julgamento. Como garantia política, a não consideração prévia de culpabilidade se expressa de forma geral, sendo assegurada a todos os cidadãos e devendo ser observada pela

coletividade. Como norma de tratamento, investigados ou acusados não devem ser equiparados a condenados. Por fim, como norma de julgamento, a presunção de inocência deve ser associada ao *in dubio pro reo*. (ARANTES FILHO, 2010, p. 26-30).

Em sentido contrário, os que defendem a prisão antes do trânsito em julgado da condenação entendem que o princípio da presunção da inocência gera o sentimento de impunidade. Há quem diga que o princípio em tela se presta apenas a impossibilitar a punição de pessoas (mais ricas) que podem, através de artimanhas jurídicas, prolongar o processo. (ARAÚJO, 2008, p. 03).

Conforme averbou Roizenblit (2008, p. 93-113), em lapidar lição:

> Os direitos e garantias fundamentais próprias do Estado de Direito são pressupostos irrenunciáveis e essenciais. Se admitida sua derrogação, mesmo em casos pontuais e extremos, admitir-se-á também o desmantelamento do estado de Direito, convertendo-se assim, todo o ordenamento jurídico em um sistema pragmático e funcional, típico de regimes totalitários, totalmente desprovidos de um sistema de valores.

É preciso, pois, acabar com a ideia exposta por Roizenblit (2008, p. 107) no sentido de que: "[...] a qualquer distúrbio ou crime que cause indignação geral, o legislador brasileiro, preocupado em garantir votos da população ameaçada, sem o enfretamento de suas reais causas, socorre-se do Direito penal para dialogar com a população [...]".

Nesta perspectiva, o exercício da interpretação proporcional e a ponderação de princípios na análise da criação das leis, bem como da aplicação ao caso concreto, constituem mecanismos de efetivação e correlação do sistema penal.

No âmbito do direito penal, a tipificação de determinadas condutas reputadas como antijurídicas, assim como as sanções a elas

impostas, não podem ficar no seio da discricionariedade legislativa, de modo a evitar eventual incompatibilidade da lei com os fins constitucionais previstos e, portanto, impedir ainda a violação a um dos princípios norteadores da Constituição Federal, como o princípio da presunção da inocência.

Tem-se, portanto, que o princípio da presunção da inocência, quando desrespeitado, afasta a ideia de uma finalidade do direito penal compatível com as bases de sustentação de um Estado Social, Constitucional, Humanista e Democrático de Direito, ou seja, o direito penal deve se sustentar na presunção da inocência, uma vez que o Direito deve garantir os direitos fundamentais do ser humano, buscando ser mínimo e garantista.

Na prática, salta aos olhos do Direito Penal brasileiro uma enorme antinomia entre o desejo do legislador e a realidade evidenciada. Os fundamentos filosóficos determinantes da prática legislativa (cominação das penas) não alcançam a finalidade pretendida, não se concretizam na aplicação e execução das penas.

Por essa razão, torna-se imperioso que a presunção da inocência seja analisada à luz das normas e princípios que compõem o sistema constitucional como um todo, em homenagem à força normativa do sistema constitucional.

Ora, princípios considerados fundamentais para o exercício de um ambiente democrático no Estado Constitucional de Direito precisam ser exercidos de forma ampla, independentemente de censura ou licença, especialmente, quando se prega um direito que se refere à liberdade do cidadão.

No presente caso, como esclarece com bastante acuidade o professor Canotilho (1998, p. 1189), é de suma importância o princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição, este é, fundamentalmente, um princípio de controle, tendo como função assegurar a constitucionalidade da interpretação, ganhando

relevância autônoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma.

A ideia de harmonização entre o princípio da presunção da inocência, tomado em sua acepção ampla, e a decisão condenatória em segundo grau, é essencial à preservação do próprio direito, impedindo que o referido princípio constitucional seja afetado de tal forma que a prisão antes do trânsito em julgado venha a desqualificá-lo por completo.

Nesse mister, salienta Araújo (2002, p. 98-101) que "para essa parte da doutrina seria a substituição das valorações objetivas da Constituição e da lei por aquelas subjetivas do juiz".

Considerando a imensa importância do tema aqui delineado para a construção de um Estado Humanista Constitucional e Democrático de Direito, cumpre-nos tecer comentários acerca da Lei Complementar 135/2010, de modo que se possa compreender a dimensão e os limites conferidos pelo texto constitucional e penal ao princípio da presunção da inocência, e ainda, em que medida deve ser ponderado diante de uma concreta situação.

Pois bem. Ainda em sede de análise dos dispositvos da Constituição Federal de 1988, verifica-se que o artigo 14 discorre sobre as causas de inelegibilidade, atestando o seu § 9º que outras causas de inelegibilidade podem ser estabelecidos através de Lei Complementar.

Sobre as hipóteses de inelegibilidade, Salgado (2011, p. 109) esclarece:

> As hipóteses de inelegibilidade estão tanto na Constituição como na Lei Complementar nº 64/90 e suas alterações. Ainda que nem todas as hipóteses possam ser configuradas como sanção, a grande maioria delas assim se mostra. E todas se refletem como restrição a direito fundamental e, portanto, devem ser interpretadas restritiva-

> mente e não podem retroagir em nenhum caso sob pena de franca inconstitucionalidade.

Surge então a Lei Complementar 64/90, que considera inelegível o cidadão condenado em ação penal transitada em julgado pelo decurso de três anos após o cumprimento da pena.

Por sua vez, a Emenda Constitucional de Revisão n.° 4/94 altera o § 9º do artigo 14 da Constituição Federal no sentido de acrescer a expressão "vida pregressa do candidato".

Com efeito, foi exatamente esta a tonalidade social do chamado "Movimento Ficha Limpa", sob o inescusável amparo do discurso da moralidade.

Fernandes (2011, p. 511) assim preleciona:

> A partir da segunda metade dos anos 2000, os termos "ficha limpa" e "ficha suja", apropriados e difundidos pelos meios de comunicação de massa, têm sido frequentemente usados, no período eleitoral, para designar "bons" e "maus" candidatos. O discurso em torno das "fichas" dos aspirantes ao exercício de cargos eletivos se dá em torno da associação da "corrupção generalizada", de uma tal "sujeira" que envolveria a política, aos "maus candidatos", em cujos "históricos" estariam as raízes das principais mazelas da sociedade. O sucesso, no pleito, dos "fichas sujas" representaria, a um só tempo, a desmoralização da política e a ruína da probidade administrativa.

Nesse contexto foi criada a Lei Complementar 135/2010 para, em consonância com o art. 14, parágrafo único, da Constituição Federal, trazer ao lume outros casos de inelegibilidade, como forma de proteção da probidade administrativa, a moralidade do agente para o então exercício do mandato, aliado a normalidade e legitimidade das eleições. (LEITE, 2010).

Daí decorre o substrato da Lei Complementar 135/2010, a qual se reporta a nominata de "(...) condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado (...)".

Gomes (2016, p. 242) sintetiza o marco inicial da causa de inelegibilidade:

> O marco inicial da causa de inelegibilidade em exame é: 1. o trânsito em julgado da decisão penal condenatória de primeiro grau; 2. a publicação da sentença penal condenatória emanada do Tribunal do Júri (que é "órgão judicial colegiado" – TSE – Respe nº 61103/RS – *DJe* 13-8-2013); 3. a publicação: 3.1) do acórdão penal condenatório, no âmbito da competência originária do tribunal; 3.2) do acórdão que reforma sentença penal absolutória; 3.3) do acórdão que confirma (= confirmatório) sentença condenatória. No Respe nº 122-42/CE (PSS 9-10-2012), entendeu a Corte Superior que a inelegibilidade incide desde a *publicação* da decisão, de maneira que a oposição de embargos de declaração não afeta sua imediata incidência.

Nessa esteira de raciocínio, a Lei Complementar 135/2010 diz ser inelegível aquele que contra si possui sentença condenatória penal ou acórdão, ainda que não transitado em julgado, incidindo os seus efeitos desde a publicação da condenação. Contudo, para que a inelegibilidade se configure, torna-se necessário: 1) que haja condenação pelos crimes especicifados; 2) decisão confirmada ou originalmente proferida por tribunal; 3) que não haja suspensão da inelegibilidade via órgão competente. (GOMES, 2016, p. 247).

A inelegilidade marca o lapso temporal entre a condenação e até oito anos após o cumrpimento da pena e traz como consequências jurídicas hipóteses que se encontram diretamente vinculadas a figura da culpa. Como exemplo, a limitação de direitos políticos não justificada pela Constituição Federal.

Estar-se-á, pois, diante de uma iniludível violação da presunção de inocência já no seu plano abstrato? É o que se depreende da interpretação literal do texto constitucional.

Assim, torna-se imprescindível o seguinte questionamento: condenados por órgãos colegiados jamais poderão ser inocentados?

A Lei Complementar 135/2010 traz ao bojo da discussão uma presunção de culpa, como se no período da inquisição novamente estivéssemos. O atual contexto social, repise-se, pede e clama por vingança, majoração das penas, sofrimento, dentre outras medidas das mais horrendas que se pode imaginar. De um lado, a atuação estatal do pânico e o discurso do ódio, de outro, a Constituição Federal e o respeito as garantias fundamentais.

Bottini (2012a) sustenta que:

> O STF entendeu que a lei é constitucional, e sustentou sua decisão no artigo 14, parágrafo 9º da Constituição, que autoriza o legislador a criar hipóteses de inelegibilidade para proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato. Assim, como a própria Constituição permite que o legislador – através de lei complementar – crie hipóteses de inelegibilidade com o objetivo expresso de proteger a moralidade, inclusive levando em conta a vida pregressa do candidato, a Lei da Ficha limpa seria constitucional.

Nesse descortino, a música escrita por Renato Russo, em 1978, sob o título "Que País é esse?" torna-se ainda mais relevante e atual.

Como prova disso, Ministros da nossa mais alta Corte de Justiça se digladiam em sessão plenária nos autos de um processo que discute a ofensa ou não às garantias constitucionais, onde uma pessoa pública se torna objeto dentro de um processo criminal.

Diante de tudo isso, o que se pode pensar? Aquele réu condenado por órgão colegiado já pode ser taxado como culpado? Voltamos à época Lombrosiana do estereótipo do criminoso?

O que se vê, ou pelo menos parece ser, é que se pretende repristinar a teoria de Howard Becker do *Labelling Approach*, comumente conhecida como "Etiquetamento" ou "Rotulação".

Ou seja, o réu condenado por órgão colegiado continua sendo etiquetado, rotulado, como se definitivamente culpado fosse, na medida em que poderá vir a sofrer as derradeiras consequências de uma condenação transitada em julgado.

Em contrapartida, há quem entenda ser flexível o princípio da presunção da inocência, sob o pálio de que o princípio da moralidade eleitoral se sobreporia frente àquele. Ambos, de cunho constitucional, permitiriam essa ponderação a ponto de se aferir a relatividade de um em relação ao outro. (BARREIROS NETO, 2015, p. 232).

A propósito, Reis (2016, p. 246) entende que:

> A inelegibilidade decorrente de condenação criminal prescinde do trânsito em julgado da pena. A matéria propiciou denso debate no âmbito do Supremo Tribunal Federal, tendo sido vitoriosa, por ampla margem, a tese segundo a qual, por não constituir pena, as inelegibilidades não estão submetidas ao princípio da presunção de inocência.

Poderia se pensar, a partir de então, em uma colisão entre a presunção de inocência e a moralidade? A resposta parece evidente ante a ausência de um juízo de certeza.

Por isso mesmo, Bottini (2012b) atesta que:

> Por isso, ainda que as condições da Ficha Limpa não sejam penas, e sim condições de elegibilidade, elas pressupõem um juízo de culpa, e tal juízo de culpa só existe diante de sentença transitada em julgado. Seja lá qual for o nome que se dê ao instituto jurídico em análise – pena ou condição de elegibilidade – sua incidência exige um reconhecimento de culpa, de reprovação de comportamento que, segundo a Constituição, não existe antes de transitada em julgado a condenação.

Afronta-se um princípio. Viola-se uma Constituição.

Assim sendo, devido à importância e magnitude que possui um princípio constitucional, esclarece Bonavides (2002, p. 396) que:

> A lesão ao princípio é indubitavelmente a mais grave das inconstitucionalidades porque sem princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há garantia para as liberdades cujo exercício somente se faz possível fora do reino do arbítrio e dos poderes absolutos.

Demais disso, os princípios exercem funções das mais importantes do ordenamento jurídico, haja vista que orientam, condicionam e iluminam a interpretação das normas jurídicas em geral. São as diretrizes, os alicerces, as vigas mestras do sistema jurídico. (CARRAZA, 2004, p. 33; 38).

É preciso, pois, levar em consideração o *princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição*, como princípio de controle, a ganhar relevância autônoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permitir a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma. Ademais, a Constituição há de ser entendida como um sistema aberto de regras e princípios, princípios estes considerados fundamentais para o exercício de um ambiente democrático no Estado de Direito, repita-se, precisam ser exercidos de forma ampla, independentemente de permissão ou autorização, principalmente, quando se prega a direitos que se referem à vida, liberdade, intimidade, dentre outros de resguarda do Direito Penal. (CANOTILHO, 2001, p. 1189).

Paganelli (2013), com exatidão, arremata que:

> A nosso ver, a intransigência da Lei da Ficha Limpa, quanto à condenação por órgãos colegiado, lembra as leis da época ditatorial. Ela, como lei infraconstitucional, não poderia, jamais, instituir uma condição de inelegibilidade em total afrontamento a ordenamento jurídico hierarquicamente superior. E, infelizmente, isso

> ocorreu – com perdão pela renitência – sob o beneplácito do nosso Supremo Tribunal federal, em que pese o alto saber jurídico existente naquela Corte.

Outra não poderia ser a conclusão senão a de que manifestamente inconstitucional a inelegibilidade decorrente de sentença penal condenatória não transitada em julgado. A leitura do artigo 1º, I, "e", da Lei Complementar 64/90 deve ser feita em conformidade com a Constituição Federal.

Limpeza, sim! Antes, porém, o devido e necessário respeito à Constituição Federal.

3. CONCLUSÃO

Ao término deste trabalho, é de se observar a importância dos princípios constitucionais para o ordenamento jurídico brasileiro. E isso, há tempos, pode ser inferido.

Em seguida, partiu-se para a definição do princípio da presunção de inocência, pela qual se extrai que se trata de uma exigência de Justiça. Trata-se de um princípio geral aberto que se aplica de forma incontestável a todos os ramos do Direito, como forma de se buscar a justa medida e o almejado equilíbrio.

Ainda nesse diapasão, verificou-se a importância do princípio da presunção de inocência, assim como sua localização no texto constitucional e a discussão sobre o atual contexto social do Brasil.

Mais especificamente ao tema ora examinado, no que se refere a Lei Complementar 135/2010 e o princípio da presunção de inocência, diante das mencionadas discussões, entende-se que a referida lei não fez por respeitar o princípio constitucional da presunção de inocência, com uma verdadeira discrepância entre eles.

Assim, sob esses parâmetros, é inevitável o concluir de que, atualmente, a ciência jurídica tem se afastado do seu gradiente maior, pautado na tutela de relevantes bens jurídicos, com suas respectivas e proporcionais reprimendas, bem ainda o defluir desse fato a falta de uma política criminal coerente, efetivamente justa e igualitária.

De final, diante da comprovação da não-receptividade do princípio da presunção de inocência pela malsinada lei, verifica-se, realmente, que a leitura de qualquer ramo do ordenamento jurídico, notadamente, o Direito Penal e Eleitoral, mais precisamente ao tema ora examinado, a Lei Complementar 135/2010, deve-se realizar à luz dos princípios constitucionais, em especial o consectário da inelegibilidade decorrente de condenação criminal não transitada em julgado.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Cláudio do Prado. **Princípios penais:** da legalidade à culpabilidade. São Paulo: IBCCRIM, 2003. 252 p.

ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. Notas sobre a tutela jurisdicional da presunção de inocência e sua repercussão na conformação de normas processuais penais à constituição brasileira. **Revista Liberdades,** São Paulo, n. 4, p.24-43, mai./ago. 2010

ARAUJO, Francisco Fernandes**. Princípio da proporcionalidade** – Significado e aplicação prática. Campinas: Copola, 2002. 117 p.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. A presunção da inocência como geradora de impunidade. **Boletim do Instituto de Ciências Penais,** Belo Horizonte, v. 7, n. 89, p.3, jul./ago. 2008

BANDEIRA, Fernando Thompson. Atenção, os tribunais estão admitindo um prigoso precedente para a mutilação dos direitos e garantias fundamentais do homem. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 11, n. 124, p. 5, mar. 2003.

BARREIROS NETO, Jaime. Coleção *sinopses* para concursos: ***Direito Eleitoral***. 5. ed. Salvador, ***Juspodivm***, 2015

BERNARDES, Marcelo di Rezende. Princípio do estado de inocência X presunção de culpa. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal,** Porto Alegre, v. 5, n. 27, p.60-83, dez./jan. 2009

BOBBIO, N. **A Teoria das Formas de Governo**. Trad. Sergio Bath. 10ª ed. Brasília: UnB, 1998.

BONA, Marianne da Silveira. A administrativização do direito penal e o (des)respeito aos direitos e garantias fundamentais. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 15, n. 88, p. 73-87, out./nov. 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002. cap. 12.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **ConJur - Direito de Defesa:** Lei da Ficha Limpa fere princípio da presunção de inocência. Disponível em: https://www.

conjur.com.br/2012-mar-13/direito-defesa-lei-ficha-limpa-fere-principio--presuncao-inocencia. 2012b.

_____. Deixem em paz a presunção de inocência. **Revista do Advogado,** São Paulo, v. 32, n. 117, p.184-194, out. 2012a.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001. 1461 p.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CARRAZA, Antonio Roque. **Curso de direito constitucional tributário**. 19 ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004. 942 p.

FERNANDES, Rodrigo. A inconstitucionalidade da inelegibilidade antes do trânsito em julgado de decisão penal condenatória e a subversão da presunção de inocência. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. VII, p. 510-531. 2011.

FERRAJOLI, Luigi. Criminalidade e globalização. **Revista do Ministério Público de Lisboa**, Lisboa, v. 24, n. 96, p. 7-20, out./dez. 2003.

_____; CHOUKR, Fauzi Hassan. A teoria do garantismo e seus reflexos no direito e no processo penal (entrevista). **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 7, n. 77, p. 3-4, abr. 1999.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

LEÃO, Nilzardo Carneiro. Direitos fundamentais, garantias constitucionais e processo penal. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Brasília, v. 1, n. 12, p. 127-140, jul./dez. 1998/1999.

LEITE, Raul Lycurgo. **A Lei da Ficha Limpa não viola a presunção de inocência**. 2010. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2010-set-09/lei-ficha-limpa-nao-viola-presuncao-inocencia. Acesso em: 21 fev. 2018.

PAGANELLI, Wilson. **A Presunção de inocência e Lei da Ficha Limpa**. 2013. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/23368/a-presuncao-de-inocencia-e-a-lei-da-ficha-limpa. Acesso em: 21 fev. 2018.

REIS, Marlon. **Direito eleitoral brasileiro:** atualizado até a Lei n° 13.165, de 20 de dezembro de 2015 (Reforma Eleitoral 2015). 3ª ed. Bauru (SP): Edição do Autor, 2016

ROIZENBLIT, Marcelo. A doutrina do Direito Penal do Inimigo e o Estado Democrático de Direito. **Revista Criminal:** ensaios sobre a atividade policial, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 97-113, abr./jun. 2008.

SALGADO, Eneida Desiree. Os princípios constitucionais eleitorais como critérios de fundamentação e aplicação das regras eleitorais: uma proposta. Estudos Eleitorais, v. 6, n. 3, p. 103-129, 2011

SOUZA, José Barcelos de. Execução provisória de pena privativa de liberdade. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal,** Porto Alegre, v. 4, n. 19, p.42-54, ago./set. 2007.

A CAPACITAÇÃO TÉCNICA COMO CONDIÇÃO DEMOCRÁTICA DE ELEGIBILIDADE DO CANDIDATO AO CARGO DE CHEFE DO PODER EXECUTIVO

Claridelma Barros Leite Mesquita
Danilo Mohana Pinheiro Carvalho Lima
Silvio Carlos Leite Mesquita

1. INTRODUÇÃO

Os baixíssimos investimentos em educação, cultura e saúde contribuem para um desenvolvimento insatisfatório de uma nação, e, por consequência, geram aspectos éticos e culturais negativos.

Diante de tais acontecimentos, o cidadão, vítima d estas mazelas, acaba por sobrepor seus interesses particulares em detrimento dos interesses da coletividade.

Exemplo disso ocorre quando equivocadamente se imagina estar exercendo a democracia, pelo simples fato de se poder escolher, mediante o exercício do sufrágio, uma pessoa para exercer determinado cargo de natureza política.

Entretanto, já se percebe que é insuficiente facultar ao povo o exercício da sua vontade, é preciso dar condições para que a vontade popular se traduza na busca de um bem-estar social, ultrapassando meros interesses subjetivos, no atual cenário político.

O eleitor quando vai à urna depositar o seu voto para escolher um representante político, de forma majoritária, leva em consideração quais benefícios pessoais tal candidato lhe trará, chegando ao ponto de trocar o seu voto por um emprego, bens ou outra vantagem de natureza pessoal qualquer.

Seguindo a trilha do desvio da democracia, os candidatos que se utilizam de tais artifícios para angariar votos para sua campanha, não possuem atributos suficientes para almejar tais cargos políticos, mas sim para auferir proveito próprio.

Ora, se o que está sendo manifestado na urna, por via reflexa, é a vontade daquele candidato que corrompeu a consciência do eleitor, oferecendo-lhe uma vantagem em troca do seu voto, não há em que se falar em exercido da democracia, uma vez que a potencial consciência do eleitor restou fustigada.

Estamos falando aqui de gastos que, se somarmos à remuneração que o candidato irá receber durante todo o exercício do seu mandato, não serão suficientes para custear nem parcela do que este despendeu em sua campanha.

Mas que lógica teria tudo isso, então?

A lógica é se eleger e utilizar de vias escusas, durante o exercício do mandato, para tentar cobrir os gastos com a campanha eleitoral, bem como aumentar ainda mais o seu patrimônio pessoal, garantindo, uma futura reeleição, perdurando tal ciclo vicioso.

Como se pode perceber, o candidato eleito por vias antidemocráticas, vai priorizar em seu mandato a satisfação de seu interesse particular, e não o interesse da sociedade, investindo seu tempo em projetos que lhe angarie um maior retorno financeiro, ao invés de investir em políticas públicas de qualidade, educação, saúde e cultura.

Neste prisma, é urgente a necessidade da mudança da perspectiva política em que se vive, por esta razão se propõe no presente trabalho para estabelecer uma nova condição de elegibilidade, onde o pretenso candidato demonstre que tenha capacidade intelectual para concorrer ao cargo eletivo almejado, notadamente demonstrando conhecimento nas searas de saúde, educação e assistência social.

2. A EVOLUÇÃO DA DEMOCRACIA E O ESTADO DEMOCRÁTICO

O instituto da democracia está presente em todos os continentes, demonstrando assim a sua eficiência e aceitação política. Desta forma, verifica-se que no regime democrático atual, em contrassenso ao grego, a democracia não está limitada apenas aos homens, nascidos de pais e mães atenienses, adultos, livres e cumpridores de suas obrigações militares. Igualmente as mulheres possuem o mesmo direito, bem como as pessoas naturalizadas, salvo para ocupar o cargo de chefe do poder executivo, dentre outras ressalvas, mas que também são dotados de cidadania.

Contudo, a evolução da democracia não adveio de forma rápida, mas de forma lenta, através de um árduo processo histórico consubstanciado por constantes lutas que almejavam direitos sociais e políticos. Grandes empecilhos foram vencidos e suplantados para permitir que cada cidadão, membro do povo, integrante de uma sociedade pudesse exercer seu direito a participar da história política em seu país, exercendo assim o verdadeiro papel de cidadão.

Não se pode olvidar a contribuição deixada pelos romanos, através da forma de governo republicana e das noções de Justiça e Direito. Em tese, a República Romana foi de suma importância para as sociedades futuras no sentido de favorecer e concretizar alguns direitos e princípios jurídico-sociais, além do surgimento de modelos de organização administrativa que muito lembram a organização atual.

Os magistrados de Roma representavam o poder executivo no período, tais como cônsules, pretores, questores, edis e o tribuno da plebe considerado inviolável, sacrossanto, não podiam perder seus bens e serem processados, muito lembra a atual função do Ministério Público, na defesa dos direitos transindividuais e coletivos.

Percebe-se, portanto, ao longo dos tempos uma evolução dos institutos que demonstram a defesa dos interesses da sociedade justa e igualitária, embora a República romana não tenha sido a mais igualitária forma de governo.

Como se percebe em Bobbio (1986, verbete clientelismo);

> "Em Roma estendia-se como clientela uma relação entre sujeitos de status diverso que se urdia à margem, mas na órbita da comunidade familiar: relação de dependência tanto econômica como política, sancionada pelo próprio foro religioso, entre um indivíduo de posição mais elevada (patronus) que protege seus clientes, os defende em juízo, testemunha a seu favor, lhes destina as próprias terras para cultivo e seus gados para criar, e um ou mais clientes, indivíduos que gozam do status libertatis, geralmente escravos libertos ou estrangeiros imigrados, os quais retribuem, não só mostrando submissão e deferência, como também obedecendo e auxiliando de variadas maneiras o patronus, defendendo-o com as armas, testemunhando a seu favor ante os tribunais e prestando-lhe, além disso, ajuda financeira, quando as circunstâncias o exigem.

A sociedade romana possui significativa importância, pois durante a República, se desenvolveram institutos de real importância, como a própria lei.

A importância da Lei das Doze Tábuas não está apenas em ter sido o primeiro código escrito, mas em ter estabelecido claramente que as leis romanas eram feitas pelos próprios romanos, que não eram obra de deuses, mas de seres humanos.

Para Fustel de Colanges (1975. p.246-7):

> "Antigamente, a lei era decreto da religião; passava por revelação feita pelos deuses aos antepassados, ao divino fundador, aos reis sagrados e aos magistrados sacerdotes. Nos novos códigos, pelo contrário, não é mais em nome dos desuses que o legislador fala; os decênviros de Roma receberam o seu poder do povo e, do mesmo

> modo, foi o povo quem investiu Sólon no direito de promulgar leis. O legislador, portanto, não representa mais a tradição religiosa, mas a vontade popular. A lei, doravante, tem por princípio o interesse dos homens, e por fundamento o assentimento da maioria. ”

República, o termo em estudo, pode ter várias definições, mas é utilizado de forma majoritária para qualificar uma forma de governo em que o chefe do estado é eleito por representantes do povo ou o próprio povo, exercendo tal cargo por tempo determinado. O verbete “Republica”, possui origem no latim de “*res publica*”, significa “coisa pública” ou “coisa do povo”, é algo que não pode ser considerado propriedade privada, pois é compartilhado e mantido por várias pessoas, essência presente nos ordenamentos jurídicos, sob estudo.

Após o surgimento da democracia, sobreveio o “Estado democrático de direito”, com suas raízes no século XVIII, umbilicalmente ligado a dignidade da pessoa humana, organização do Estado e participação popular. Contudo, a exemplo da Grécia antiga, nem todo membro do povo poderia participar das decisões, apenas os homens que tinham bens, conforme referenciado por Aristóteles em sua obra “Politica”, que se transcreveu acima.

Verifica-se que a ideia de “povo” transpassada por Aristóteles é restrita a “cidadão”, diferente do que fora conceituado no século XVIII, que a teor do renomado doutrinador espanhol Carl Schmitt (1996, p 164) *“a burguesia, economicamente poderosa, estava as vésperas de suplantar a monarquia e a nobreza no domínio político”.*

Para Dalmo de Abreu Dallari (1998) o Estado Democrático está umbilicalmente ligado a noção de governo do povo, que por sua vez deriva etimologicamente do termo democracia. Para o referido doutrinador, tal fato resultou de três grandes movimentos políticos: Revolução Inglesa, com a ingerência de John Locke com maior expressão no *Bill of Rights* em 1689; Revolução Americana, alicerçada nos seus princípios encartados na Declaração de Independência das

treze colônias americanas em 1776, e por fim, a Revolução Francesa, com o influente e renomado Rousseau, que por sua vez universalizou os direitos expressos na Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão em 1789.

A Revolução inglesa, não obstante o contexto histórico para o estado democrático liberal, apresentou duas conjunções que buscaram assegurar a proteção dos direitos naturais dos indivíduos: estabeleceu limites ao poder conferido ao monarca e a influência do protestantismo, não obstante a supremacia da vontade popular; a liberdade da possibilidade de manter um controle sobre o governo, fatores estes apresentados no que tange à declaração de independência.

O processo revolucionário pode ser entendido como o resultado das contradições entre a aceleração da transição feudal-capitalista e a permanência de instituições políticas e jurídicas cada vez mais arcaicas, em vista das transformações pelas quais passava a sociedade inglesa durante à época moderna.

Passando-se para o século XVIII intitulado como século das revoluções burguesas e século das Luzes, especificamente tem-se o fervor ideológico conhecido com Iluminismo ou Ilustração europeia, responsável pelo embate entre a velha ordem do Antigo Regime com o sonho da conquista de uma sociedade liberal.

Conforme Montesquieu (1985. p.65.);

> "é uma experiência eterna a de que todo homem que tem poder é levado a abusar do mesmo; ele vai até o ponto em que encontra limites (...). Para que seja impossível abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. (...) Tudo estaria perdido se o mesmo homem(...) exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar resoluções públicas e o de julgar os crimes e as disputas entre particulares. "

A Revolução Francesa, conhecida por ser um movimento consagrador das aspirações democráticas, evidenciou um movimento da

sociedade politica que almejava a liberdade do homem bem como o início do que vem a ser hoje o principio da legalidade (ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, salvo em virtude de lei), não obstante a possibilidade do cidadão concorrer pessoalmente ou por meio de representante para a formação da vontade geral.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (26 de agosto de 1789), inspirada nas ideias liberais do século, foi o mais importante documento elaborado, durante o processo revolucionário. Nos seus 17 artigos defendeu a soberania do povo, a igualdade jurídica, a liberdade de expressão e a propriedade privada. A seu respeito, o historiador Eric Hobsbawm (1982, p.77.) afirmou:

> "este documento é um manifesto contra a sociedade hierárquica de privilégios nobres, mas não um manifesto a favor de uma sociedade democrática e igualitária. Os homens nascem e vivem livres e iguais perante as leis, dizia seu primeiro artigo; mas ele também prevê a existência de distinções sociais, ainda que somente no terreno da utilidade comum. A propriedade privada era um direito natural, sagrado, inalienável e inviolável. (...) a Declaração afirmava (...) que todos os cidadãos têm o direito de colaborar na elaboração das leis; mas pessoalmente ou através de seus representantes. E a assembleia representativa que ela vislumbrava como órgão fundamental de governo, não era necessariamente uma assembleia democraticamente eleita, nem o regime nela implícito pretendia eliminar os reis. Uma monarquia constitucional baseada em uma oligarquia possuidora de terras era mais adequada à maioria dos liberais burgueses do que a república democrática (...)"

Com a evolução da sociedade e observando o regime democrático e a insurgência do Estado Democrático, se observou a existência de circunstâncias que formam um eixo comum: a) uma organização política; b) estabelecer quais as funções do Estado; c) constante transformação política; d) diferenças entre os grupos políticos; e) a existência de regras jurídicas a formação e condução do Estado.

O termo "democracia" remonta a Grécia antiga, significando o "governo do povo". Entretanto, no sistema atual o povo não exerce o poder diretamente (típica democracia direta), mas os atos de governo são exercidos por membros escolhidos pela maioria, por meio de eleição realizada de acordo com regras pré-estabelecidas.

Segundo Dalmo de Abreu Dallari (1998, p. 150), a figura do Estado moderno remonta ao Absolutismo enquanto o Estado Democrático surge no século XVIII, fundando suas premissas nos valores fundamentais da pessoa humana e na exigência de estruturação e funcionamento do Estado enquanto órgão responsável pela proteção dos valores referenciados.

A terminologia "de direito", estabelece a limitação do exercício do poder estatal, ou seja, no estado democrático de direito o direito positivo (normas inscritas e aprovadas pelos órgãos competentes, *in casu*, Poder Legislativo) limita a atuação estatal, que poderá ser controlada através do Poder Judiciário.

Ressalta-se, por tratar de norma positivada deve-se reconhecer a imperiosidade da pirâmide de Kelsen, na qual a constituição é norma suprema e todas dela derivam, sendo esta a base da existência de um estado democrático de direito.

Ao tratar do Estado democrático, o renomado doutrinador José Afonso da Silva (SILVA, 2007, p. 66.), ressalta a imperiosidade da soberania popular:

> O Estado Democrático se funda no princípio da soberania popular que 'impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, como veremos, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento.

Para o referido doutrinador, a imperiosidade da soberania popular deve ser pautada pela sua autêntica, legítima e efetiva parti-

cipação democrática do povo, cidadão por excelência, nas construções, produção e controle das decisões políticas.

Friedrich Müller (MULLER, 1998. p. 57), renomado jurista alemão, trata do tema em sua importante obra "Quem é o povo? A questão fundamental da democracia:

> a ideia fundamental da democracia é a determinação normativa de um tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo. Já que não se pode ter o autogoverno na prática quase inexequível, pretende-se ter ao menos a auto-codificação das prescrições vigentes com base na livre competição entre opiniões e interesses, com alternativas manuseáveis e possibilidades eficazes de sancionamento político

José Joaquim Gomes Canotilho (CANOTILHO, 1995, p. 43.), por sua vez assenta:

> o esquema racional da estadualidade encontra expressão jurídico–política adequada num sistema político normativamente conformado por uma constituição e democraticamente legitimado. Por outras palavras: o Estado concebe-se hoje como Estado Constitucional Democrático, porque ele é conformado por uma Lei fundamental escrita (= constituição juridicamente constituída das estruturas básicas da justiça) e pressupõe um modelo de legitimação tendencialmente reconduzível à legitimação democrática.

Ultrapassadas as questões conceituais, pois conforme mencionado anteriormente o "estado democrático de direito" possui uma conceituação ilimitada, entende-se que este deve ser o alicerce de uma vida digna para o homem, visto que a sua ideia central e que a democracia provoca necessariamente a solução dos problemas sociais, como aconteceu na Grécia antiga, no que culminou a criação do regime democrático, ou seja, o estado democrático surgiu para ultrapassar a ideia utópica de transformação social, almejando

a igualdade entre o povo e utilizando as normas como instrumento de reestruturação social.

Portanto, pode-se enumerar como os elementos essenciais ao estado democrático de direito, não obstante a supremacia da soberania popular:

1 - Utilização de mecanismos que o povo possa ter controle sobre as condutas de seus representantes;

2 - Ser detentor de uma Constituição, que seja reconhecida e aplicada de forma soberana;

3 - Existir um órgão guardião da Constituição, responsável pela interpretação das normas e sua aplicação, com independência funcional, não vinculado a qualquer dos poderes;

4 - Existir normas de garantia aos direitos humanos;

5 - Existência de órgãos judiciais livres e independentes para garantir e dirimir os conflitos socais;

O artigo 1º da Constituição Brasileira o constitui em Estado Democrático de Direito, e o seu parágrafo único aduz que todo poder emana do povo, que o exercerá por meio de representantes eleitos ou diretamente.

Com a referida previsão constitucional, observa-se que o sistema adotado pelo país é preponderantemente representativo, o povo escolhe seus representantes por meio de um processo eleitoral, para conduzir a administração pública. Portanto, o meio pelo qual o cidadão escolhe ou pode ser escolhido a ocupar cargos políticos se dá por meio do sufrágio, o exercício da soberania popular.

Por tal exercício do dever constitucional, já que o voto é obrigatório, é que se legitima o poder político. Contudo, nos Estados contemporâneos prevalecem as normas jurídicas como forma de disciplinar as atividades humanas em um ambiente humano e social.

No Brasil, assim como nos países sob estudo, não é todo indivíduo que poderá se candidatar a cargos políticos, por meio do

sufrágio, é necessário inicialmente verificar se este é elegível e não incorre em nenhuma das causas de inelegibilidades, que no primeiro momento se poderia entender que são situações análogas, mas o sistema brasileiro, as difere com maestria.

3. CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE

Antes de adentar no cerne da questão, deve-se fazer uma distinção entre alistabilidade e elegibilidade: a primeira refere-se ao alistamento eleitoral que culmina, por conseguinte, na capacidade ativa, ou seja, de votar, por sua vez a condição de elegibilidade traduz a capacidade de postular o cargo eletivo por meio do sufrágio, capacidade passiva.

A Constituição Federal enumera as condições de elegibilidade em seu art. 14. A primeira condição, possuir nacionalidade brasileira, na concepção do renomado doutrinador brasileiro Alexandre de Moraes *"é o vínculo jurídico-político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo deste indivíduo um componente do povo, da dimensão pessoal deste"* (1998, p. 43).

Deve-se fazer uma ressalva, os cargos de Presidente, Vice-Presidente, Presidente da Câmara dos Deputados e do Senado Federal são privativos dos brasileiros natos. No que tange à necessidade de estar em pleno gozo dos direitos políticos (art. 14, §3º, II da CF), deve o pretenso candidato não estar em nenhuma das causas enumeradas no art. 15 da CF.

No que concerne ao terceiro requisito, deve o pretenso candidato possuir alistamento eleitoral, ou seja, estar inscrito na Justiça Eleitoral na qualidade de eleitor. O alistamento é obrigatório para todo brasileiro de 18 (dezoito) a 70 (setenta) anos, salvo as hipóteses de alistamento facultativo, quais sejam: a) Os analfabetos; b) Os

maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos; e c) Os maiores de 70 (setenta) anos.

O quarto requisito consiste em possuir domicílio eleitoral, que por sua vez não se confunde com residência, pois para configurar o domicílio eleitoral basta que o pretenso candidato possua vínculo social, político ou econômico com a localidade na qual pretende ser candidato, um ano antes do pleito.

O quinto requisito está vinculado ao regime político adotado pela nação, motivo pelo qual somente poderá candidatar-se a cargo eletivo o cidadão filiado a partido político, pelo menos um ano antes da eleição, salvo nos casos dos militares (§ 8º do art. 14 da CF), promotores e juízes, regidos por norma específica.

Quanto à idade mínima, a norma dispõe que o pretenso candidato ao cargo de chefe do poder executivo deverá possuir 35 anos na diplomação, não no registro ou eleição.

4. CAUSAS DE INELEGIBILIDADES

Diferente da condição de elegibilidade, a inelegibilidade é o impedimento ao exercício da cidadania passiva, deixando o cidadão impossibilitado de ser escolhido para assumir cargo político, isto é, se o candidato incorrer em uma das condições de inelegibilidade fica com sua capacidade passiva inapta para receber votos, podendo, todavia, votar.

O professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho aborda o tema na sua obra Curso de Direito Constitucional (2005, p. 116):

> Inelegibilidade é uma medida destinada a defender a democracia contra possíveis e prováveis abusos. Em sua origem, na Constituição de 1934, aparecia ela como medida preventiva, ideada para impedir que principalmente os titulares de cargos públicos executivos, ele-

> tivos ou não, se servissem de seus poderes para serem reconduzidos ao cargo, ou para conduzirem - se a outro, assim como para eleger seus parentes. Para tanto, impedia suas candidaturas, assim como a de cônjuge ou parentes, por um certo lapso de tempo. (FILHO, 2005, p.116)

A inelegibilidade é a perda do direito de ser votado, conceitua o Ministro Fernando Neves do Tribunal Superior Eleitoral como um *"impedimento temporário da capacidade eleitoral passiva do cidadão, que consiste na restrição de ser votado, não atingindo, portanto, os demais direitos políticos, como, por exemplo, votar e participar de partidos políticos*."(Ac. de 3.6.2004 no AgRgAg no 4.598, rel. Min. Fernando Neves.) Para alinhavar o sentido da palavra inelegibilidade, convém transcrever os ensinamentos do Professor José Candido:

> Não basta, para uma pessoa poder concorrer a qualquer cargo eletivo, que possua ela condições de elegibilidade que foram examinadas. É mister, ainda, que não incida ela em nenhuma causa de inelegibilidade. Estas, ao contrário daquelas que figuram em lei ordinária, só podem ser fixadas na própria Constituição Federal ou em lei complementar, tão somente. Constituem-se em restrições aos direitos políticos e à cidadania, já que por inelegibilidade entende-se a possibilidade, temporária ou definitiva, de uma pessoa ser eleita para um ou mais cargos eletivos (CANDIDO, 1999, p.124).

Corroborando com os ensinamentos acima transcritos, acrescenta-se a ideia de que a condição de inelegibilidade não está vinculada tão somente a uma sanção, podendo ser derivada de um efeito jurídico. De forma exemplificativa, têm-se as relações de parentesco, dispostas no § 7º do artigo 14 da Carta Magna.

Em face dos entendimentos acima citados, observa-se que os direitos políticos subjetivos passivos significam a possibilidade jurídica de um determinado cidadão concorrer a cargo eletivo por meio do sufrágio, desde que não incida nas causas de inelegibilidades.

5. DO REQUISITO INDISPENSÁVEL PARA SE POSTULAR O CARGO DE CHEFE DO PODER EXECUTIVO POR MEIO DO SUFRÁGIO, QUE A NOVA DEMOCRACIA EXIGE DA SOCIEDADE

O espírito da democracia reflete no governo feito pelo povo e para o povo, os interesses privados não podem se sobrepor aos públicos, pois conforme já prelecionava a Constituição de Weimar em 1919, em seu artigo 21, *"Los diputados representan a todo el pueblo. Sólo están sometidos a su conciencia y no se hallan sujetos a ningún mandato"*. Em que pese o conceito de democracia representar a vontade popular, esta pode ser mitigada, com a presença de pretensos candidatos que possuem em seu curriculum a existência de práticas de condutas que vão de encontro à essência do cargo que almejam, bem como a forma que estes agem para alcançar tal cargo, fato este presente na sociedade hodierna.

Atualmente, o número de pessoas que não possuem nível de escolaridade razoável (para a ONU o analfabeto de hoje é aquele indivíduo que mesmo sabendo ler não consegue interpretar texto, ou seja, não entende o que leu, que por sua vez representa parcela significativa da sociedade, a titulo de exemplo cumpre frisar a pesquisa realizada pela UNESCO nos anos de 2005 e 2011, constatou que dos 36 milhões de adultos analfabetos na América Latina, 38,5% são brasileiros) é em média 14 milhões de pessoas num país que abriga 34,2% da população latino-americana, essa parcela significa grande parte do eleitorado, que por sua vez pode definir um pleito eleitoral, contudo não possui conhecimento suficiente ou até mesmo discernimento para apurar a essência de cada candidato e suas propostas de governo.

Outra causa que igualmente interfere no pleito e por diversas vezes tem o condão de decidir uma eleição, é a captação ilícita de sufrágio ou corrupção eleitoral, em que determinado candidato oferece benefícios pessoais ao eleitor em troca de seu voto.

Na situação posta, tal conduta é entendida como o alicerce para a corrupção, pois aquele que corrompeu a vontade do eleitor com oferta de dádivas, igualmente poderá se corromper no governo em prol de interesse privado, notadamente para sanar ou reaver os valores despendidos em sua eleição.

As circunstâncias ilustradas não estão vinculadas ao procedimento eleitoral, mas sim, às questões sociais e culturais, e na ausência de requisitos de elegibilidade dos candidatos ao cargo de chefe do executivo se impede a evolução da sociedade, via de consequência, se mitiga a essência da democracia.

Para estabelecer os requisitos necessários para o cargo em discussão, deve-se utilizar como base norteadora os princípios elementares do Direito Eleitoral, sendo estes comuns em todos os ordenamentos, pelo que se passa a estabelecer os parâmetros.

A importância destes princípios está em fornecer coerência e unidade ao Direito Eleitoral, servir de fundamentos, orientar o intérprete e o operador do direito na busca do sentido e alcance das demais normas que integram a seara eleitoral. Portanto, o Direito Eleitoral desdobra e efetiva os princípios fundamentais, principalmente os princípios especificados a seguir, que servem de fundamento para o embasamento teórico do tema em questão.

5.1 - Dos princípios norteadores do Direito Eleitoral

5.1.1 - Princípio Republicano

O Princípio Republicano consiste na forma de governo que o povo por maioria elege os seus representantes por períodos distintos, estando assim o representante investido pelo poder temporariamente para que possa administrar a coisa pública com responsabilida-

de. A doutrina consagra algumas características deste princípio tais como: temporariedade, eletividade e responsabilidade.

A importância deste principio reflete na não perpetuação de um único grupo politico ou família no poder, evitando por conseguinte uma ditadura disfarçada de democracia, fazendo necessário a eleição periódica para alternância do chefe do poder executivo, em que pese em alguns pais democráticos tal principio não se aplicar nos termos aventados, como por exemplo a Venezuela, em que um único grupo político se perpetua no poder.

5.1.2 - Princípio Democrático

A Democracia Representativa é o sistema onde o povo exerce o poder político, através dos seus representantes eleitos diretamente, conforme estabelecem as constituições dos países em estudo.

Hodiernamente os países integrantes do MERCOSUL vivem sob o estado democrático de direito, pois para sua manutenção no referido bloco econômico, a teor do artigo 1º do protocolo de Ushuaia, deve haver compromisso democrático: "La plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para el desarrollo de los procesos de integración entre los Estados Partes Del presente Protocolo."

O referido protocolo foi assinado pelos presidentes dos países do Mercosul, durante a XIV Reunião Ordinária do Conselho do Mercado Comum, reunidos na Argentina, na cidade de Ushuaia, restou consignado pela doutrinadora Flávia Piovesan em sua obra "Direitos humanos, globalização econômica e integração regional":

> [...] passa a ser condição prévia e essencial para qualquer Estado poder participar ou continuar a ser membro pleno ou associado

> daquele espaço de integração subregional na América do Sul existir, no respectivo ordenamento jurídico interno, "plena vigência das instituições democráticas"

A regulamentação da preservação do Estado Democrático entre as nações integrantes de um bloco político ou econômico não foi inovação do MERCOSUL. Carlos Tobar, que exerceu o cago de ministro das Relações Exteriores da República do Equador em 1907, em sua obra "*a expectativa da legitimidade*", formulava seu pensamento nestes termos:

> "O meio mais eficaz para acabar com essas mudanças violentas de governo, inspiradas pela ambição que tantas vezes têm perturbado o progresso e o desenvolvimento das nações latino-americanas e causado guerras civis sangrentas, seria a recusa por parle dos demais governos, de reconhecer esses regimes acidentais, resultantes de revoluções, até que fique demonstrado que eles contam com a aprovação popular" (apud RESEK 2008, p. 223)

Com a instituição da doutrina "Tobar" e o alcance que esta proporcionou, alicerçou no mesmo ano a celebração de um tratado em ambiente de paz e amizade na América Central, entre os países Equador, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras e Nicarágua. Preceitua o referido tratado em seu art. 1º:

> "Os governos das altas partes contratantes não reconhecerão nenhum governo que, em qualquer delas, resulte de golpe de estado ou revolução contra um governo reconhecido, até que os representantes do povo, livremente eleitos, não tenham organizado a vida constitucional do país."

Observando o exposto, é importante agora utilizar o termo "Democracia Representativa" aplicando às noções de Direito Eleitoral, onde esta representatividade encontra-se no fato de o povo

eleger seus representantes no Poder Legislativo e no Poder Executivo, por meio dos candidatos escolhidos em convenções promovidas por partidos políticos, ou seja, o povo participa indiretamente do governo, por meio dos seus representantes eleitos. Portanto, o princípio democrático serve para habilitar o cidadão a postular um pretenso cargo eletivo por meio do sufrágio, mas em razão dos princípios da Legalidade e da Reserva Legal, Moralidade, Eficiência deve preencher alguns requisitos, constituindo causas de elegibilidade e de inelegibilidade.

5.2 - Das normativas vigentes nos ordenamentos jurídicos, indispensáveis ao pretenso chefe do poder executivo.

Diante dos princípios enumerados, pode-se extrair que o pretenso candidato precisa ter segurança que seu registro de candidatura será deferido sem qualquer objeção, desde que preencha os requisitos de elegibilidade e não esteja inserido em nenhuma das causas de inelegibilidades. Os requisitos indispensáveis a qualquer pretenso candidato, consistem em: 1. Possuir a condição de eleitor; 2. Ser nato; 3. Não estar com os direitos políticos suspensos; 4. Estar filiado a um partido político; 5. Não incorrer em incompatibilidade de cargos; 6. Não trair o país;

As causas enumeradas buscam estabelecer em *prima facie* requisitos insculpidos no princípio republicano. Contudo, a presença dos requisitos acima como elementos norteadores não se mostram suficientes à efetividade do princípio democrático, notadamente o da eficiência, motivo pelo qual deve-se estabelecer outras causas de inelegibilidades e elegibilidades para dar maior efetividade à essência do princípio democrático.

5.3 - Das causas de elegibilidade e inelegibilidades necessárias que não se encontram presentes no ordenamento jurídico

5.3.1 - Avaliação Técnica para o pretenso chefe do poder executivo

A excelência de um governo deve ser analisada sob a ótica da competência, capacidade e organização. A finalidade da presente condição de elegibilidade é útil para dirimir o questionamento sobre quem seria o mais habilitado para gerir um governo, se um candidato dotado apenas de conhecimento técnico ou um candidato dotado de carisma e popularidade, somente.

Na sociedade hodierna, a vitória do candidato popular é constante, não se evidenciado a valorização da capacidade técnica.

Para comprovar a capacidade técnica do pretenso candidato ao cargo de chefe do poder executivo deve ser elaborado um curso, com avaliação ao final para auferir de forma objetiva tais critérios. Este curso deve ocorrer sempre no ano eleitoral, com carga horária correspondente ao tempo necessário para que o pretenso candidato tenha noção do funcionamento do sistema governamental, notadamente quanto às áreas da saúde, educação, assistência social e combate à corrupção.

Em um primeiro momento poderia se questionar a causa de elegibilidade em referência seria uma causa restritiva, mitigando a essência da democracia, pois é necessária uma aprovação em um "curso" para o ingresso na vida política. Contudo, esta preparação deve ser gratuita de forma a facilitar o ingresso de qualquer cidadão, ou seja, passa de uma suposta mitigação da democracia para uma verdadeira alavanca deste regime de governo, no qual o governo é feito pelo povo e para a melhoria do povo, pois o candidato com conhecimentos técnicos poderá desenvolver seu trabalho com mais eficiência.

Outro fator, importante desta condição de elegibilidade é expurgar do processo eleitoral os analfabetos, facilmente manipulados no exercício do cargo, pois não teriam como controlar o que não entendem ou compreendem.

De outra forma, com a realização do curso e consequente formação que irão alcansar, os candidatos terão condições técnicas para dirimir ou sanar as mazelas que assombram a nossa sociedade, como o índice de analfabetismo, fome, saúde, corrupção.

Deve-se firmar que o curso deverá ser realizado a cada pleito eleitoral, e não só realizado uma única vez, pois o direito acompanha a evolução da sociedade que é mutável, sendo passível de mudanças da mesma forma. Portanto, verifica-se que não existe no ordenamento jurídico esta causa de elegibilidade, devendo-se fazer essa ponderação, de forma a buscar a melhoria e a evolução da sociedade, contemplando assim a verdadeira essência da democracia, em que não basta o povo estar no poder se não lutar pelo seu povo e para a sua melhoria.

Por fim, em que pese não constar em nenhum ordenamento jurídico, se faz necessário, avaliação técnica dos pretensos candidatos, ou seja, ao candidato a ser eleito não basta que seja "popular", mas que possua qualidades técnicas para conduzir sua nação, podendo assim trabalhar com mais eficiência em prol de seu povo. Verifica-se igualmente que ao estabelecer requisitos específicos para pretensos candidatos ao cargo de chefe do Poder Executivo, se alija do processo eleitoral pretensos candidatos que poderiam mitigar o exercício da democracia, em prol de interesses pessoais ou alheios a sua nação.

Sendo assim, estabelecer requisitos mínimos para o pretenso candidato, requisitos estes elencados no presente tópico irão mitigar a corrupção, conflito de interesses, bem como garantir um maior grau ao princípio da eficiência, como forma de garantir a melhoria social, educacional e saúde para o povo. Não obstante cobrar os requisitos

acima para o pretenso candidato, devem igualmente os eleitores fazer o juízo de valoração do representante e utilizar a arma mais eficiente contra o candidato que tenta burlar os requisitos acima, que é o voto. Somente desta maneira se pode fazer com que realmente respeitem o nosso Estado Democrático de Direito e é pensando desta maneira que se irá fazer representar por pessoas dignas do cargo exercido.

É por isso que se deve repudiar, e isto é feito nas urnas, não votando em políticos com imagens trincadas, mesmo que este venha a ter o seu registro de candidatura deferido, pois assim serão rejeitados pelo povo, fazendo valer o Estado Democrático de Direito no qual estamos inseridos, onde a vontade do povo prevalece.

5. CONCLUSÃO

Reiteradamente foi mencionado que o sentido da palavra democracia é o governo feito pelo povo e para o povo, e que a eleição do chefe do Poder Executivo se dá através do sufrágio, sendo este secreto, de forma a impedir o controle sobre o exercício do voto.

Deve-se frisar que a quantidade de normas jurídicas que versam sobre as condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade não vai garantir a efetividade do exercício da democracia.

Não obstante a necessidade de expurgar do processo eleitoral candidatos que utilizem seu poder aquisitivo ou econômico no processo eleitoral, deve-se igualmente rejeitar aqueles que cooptam votos oferecendo em troca benesses, configurando a famigerada captação ilícita de sufrágio, tendo em vista que o voto é a arma do cidadão contra os políticos, viciar tal voto em troca de benesses igualmente se estará a violar a democracia.

Em que pese não constar em nosso ordenamento jurídico, se faz necessária uma avaliação técnica dos pretensos candidatos, ou seja, o candidato a ser eleito não basta que este seja "popular", mas

que este possua qualidade técnica para conduzir a nação, podendo assim trabalhar com mais eficiência em prol de seu povo.

Verificou-se igualmente que ao estabelecer requisitos específicos para pretensos candidatos ao cargo de chefe do Poder Executivo, se alija do processo eleitoral pretensos candidatos que poderiam mitigar o exercício da democracia, em prol de interesses pessoais ou alheios a sua nação.

Sendo assim, não obstante a condição de elegibilidade acima, ao estabelecer requisitos mínimos para o pretenso candidato concorrer a cargo eletivo, irá mitigar a corrupção, conflito de interesses, bem como garantir um maior grau ao princípio da eficiência, abordado no presente trabalho, como forma de garantir a melhoria social, educacional e da saúde para o povo.

Não obstante cobrar os requisitos acima para o pretenso candidato, devem igualmente os eleitores fazer o juízo de valoração do representante e utilizar a arma mais eficiente contra o candidato que tenta burlar os requisitos acima, que é o voto. Somente desta maneira se pode fazer com que realmente respeitem o nosso Estado Democrático de Direito e é pensando desta maneira que se irá fazer representar por pessoas dignas do cargo o qual exerçam.

Quando um político corrupto se elege ele não irá representar a sociedade dignamente, pois o mesmo irá estar voltado apenas para resolver suas pendências judiciais/políticas ou tentar se beneficiar financeiramente.

É por isso que se deve repudiar, e isto é feito nas urnas, não votando em políticos com imagens trincadas, mesmo que este venha a ter o seu registro de candidatura deferido, pois assim serão rejeitados pelo povo, fazendo valer o Estado Democrático de Direito no qual estamos inseridos, onde a vontade do povo prevalece.

REFERÊNCIAS

BRASIL Tribunal Superior Eleitoral. Ac. de 3.6.2004 no AgRgAg no 4.598, rel. Min. Fernando Neves. Disponível em: www.tse.gov.br. Acesso em 3 fevereiro de 2020.

CANDIDO, Joel José. Direito Eleitoral brasileiro. São Paulo: Edipro, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional, 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 20a ed. São Paulo: Saraiva, 1998

FILHO, Manuel Goncalves Ferreira. Curso de direito constitucional 31.ed. São Paulo: Saraiva,2005.

Fustel de Colanges. A cidade antiga. SP: Hemus, 1975.

HOBSBAWM, ERIC J. A era das revoluções. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1977.

Montesquieu. Do Espírito das Leis. In: CHATELET, François ET AL. História das Ideias Políticas. RJ: Zahar, 1985.

MORTATI Costantino, Walter JELLINEK y Ottmar BÜHLER La Constitución de Weimar, Tecnos, España, 2010.

MULLER, Friedrich. Quem é o povo? A questão Fundamental da democracia. Tradução: Peter Naumam, revisão: Paulo Bonavides, São Paulo:Max Limonad, 1998.

Norberto Bobbio e alii. Dicionário de política. 2 ed. Brasília: UNB, 1986, verbete clientelismo.

SCHMITT, Carl. Teoria de la Constitución. Madri: Alianza Universidad Textos, 1996

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28ª Ed. Brasil: Malheiros, 2007

DEMOCRACIA, REPRESENTATIVIDADE E SISTEMA EPISTOCRÁTICO: a (im)possibilidade da limitação do sufrágio universal baseado em métodos de procedimentalismo epistêmico

Mariana Costa Heluy*
Bruno Anderson Lima Costa**
Thiago Brhanner Garcês Costa***

1. INTRODUÇÃO

Desde tempos remotos, o sistema eleitoral de um país é de importância incomensurável para a expressão da vontade do povo e da escolha de seus representantes. Dentre os regimes existentes, a democracia tornou-se um tema explorado por vários pesquisadores diante de um conjunto de contradições que redundou numa maior ou menor incorporação da população ao jogo democrático.

Neste sentido, não se pode olvidar que foi através do "governo de todos" que chegaram democraticamente ao poder indivíduos como Adolf Hitler, Hugo Chávez e Donald Trump. Em razão disso, estudiosos e pensadores começam a pôr em xeque os dados vitais do sistema democrático a fim de aferir, com maior ou menor fundamentação, se este chegou ao limite dos seus desígnios, com a necessidade de implantação de um novo modelo.

Diante disso, torna-se pertinente perguntar: quem deve ser autorizado a votar? Ou quem pode ser considerado apto a ocupar cargo político? Estas perguntas são fundamentais para este trabalho.

Neste contexto, surge a epistocracia, uma espécie de tecnocracia política conduzida por "conselhos de sábios", que busca substi-

tuir o principal postulado da democracia – um cidadão, um voto –, por um sistema de governo no qual só poderiam votar os mais instruídos (e supostamente competentes). A finalidade seria justamente determinar balizas às decorrências habituais da democracia e assim obter uma melhor qualificação dos representantes e, consequentemente, de política e governo.

Para efeito deste estudo, analisa-se o direito ao voto e de ser votado dentro do modelo de sufrágio universal adotado por democracias como o Brasil (e reconhecido como unânime e indispensável). Abordam-se as críticas ao sufrágio universal em países cuja grande parte da população evita manter-se envolvida e informada acerca das questões que rodeiam o debate público-político, seja por mero desinteresse, seja pelo baixo nível de escolarização. Neste sentido, pondera-se se a possibilidade de aplicabilidade do peso do voto na proporção da escolaridade dos eleitores, bem como a necessidade de incluir a formação acadêmica de ensino superior como um dos requisitos para a elegibilidade do cidadão para cargos eletivos.

Na sequência, tecem-se comentários acerca da educação como práxis política e a necessária fiscalização pormenorizada do cidadão a fim de salvaguardar a coisa pública, uma vez que "grau de instrução" nem sempre reflete boa qualidade de governo e de política.

Finaliza-se com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos dentro das limitações existentes para a produção do presente estudo. Registre-se que estas, embora não sejam exaustivas, se apresentam como um estímulo para a continuidade dos estudos e reflexões sobre o procedimentalismo epistocrático nas democracias.

2. CIDADANIA REGULADA: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A CRISE DEMOCRÁTICA E O SURGIMENTO DO REGIME EPISTOCRÁTICO

A democracia estabeleceu-se como única forma de governo realmente justa, como um valor político, portanto, inquestionável, inconcusso e inegociável. Para os seus defensores, ao contrário das demais fontes de poder, tais como oligarquia e autocracia, há um nítido consenso que legitima *per se*. Neste ponto, não há como não lembrar da célere frase de Winston Churchill, na Câmara dos Comuns, em 11 de novembro de 1947, ao afirmar que "a democracia é a pior forma de governo, à exceção de todos os outros já experimentados ao longo da história".

A partir das transformações ocorridas na sociedade no final do século XX e início do século XXI, a crise da democracia global veio à tona. A ascensão dos populismos, a decisão britânica de deixar a União Europeia (*Brexit*), movimentos de extrema direita e a definição contrária ao acordo de paz na Colômbia são exemplos e fatores preocupantes dentro dos sistemas de representação política atuais.

Inicia-se assim um dilema de difícil resolução: se por um lado, chega-se ao consenso que a democracia é um regime defendido por quase todas as correntes de pensamento, independentemente de suas concepções políticas e ideológicas, alcançando um patamar de valor universal; de outro, não se pode olvidar os recorrentes questionamentos do modelo liberal democrático quanto a sua incapacidade de absorver demandas sociais cada vez mais abrangentes e diferenciadas.

Questiona-se o valor intrínseco e até simbólico da democracia, principalmente nos modelos pautados no sufrágio universal. Parte-se de um cenário em que ela própria se vê acossada por problemas das mais diversas naturezas, como: poluição, doenças vetoriais e de-

sempenho educativo decrescente nas escolas públicas. Os críticos ao modelo representativo defendem não ser possível encontrar aí a sua fundamentação, pois que somente se justificaria se produzisse os resultados efetivos perante as demandas sociais.

Conforme afirma Alves, "a qualidade dos governos democráticos tem como condição necessária a qualidade dos seus eleitores, o que torna a democracia um regime exigente do ponto de vista do exercício da cidadania"[1]. Isto porque o debate público das questões políticas é salutar para uma democracia, uma vez que propicia aos seus participantes a oportunidade de obter uma percepção mais clara e vivaz para a escolha dos seus representantes.

Segundo Higley, "se uma pessoa não tiver vocação para a política ou não achar as atividades políticas compensadoras do ponto de vista pessoal, é inútil dedicar-se à política por espírito de dever".[2] Neste mesmo sentido, Rousseau já alertara que, "o direito de votar basta para impor-me o dever de instruir-me a esse respeito".[3] Logo, países onde a população não participa ativamente dos debates políticos tendem a ter uma ideia ilusória de representatividade ao passo que conceder o direito ao voto a todos não necessariamente implica na eleição do melhor governo para todos.

Diante deste dilema, o filósofo americano Jason Brennan, em seu livro "Contra a Democracia", faz ponderações acerca das fragilidades visivelmente existentes no *modus operandi* de legitimação, decisão e representação política dentro do regime democrático. Como alternativa, Brennan sugere que a distribuição do poder político deve ser realizada com base no conhecimento e competência e não na igualdade, devendo ser considerado tolerável a discriminação po-

1 ALVES, Carlos. O fim da vaca sagrada. Lisboa, 2017, p. 167. Disponível em: http://www.ipri.pt/images/publicacoes/revista_ri/pdf/ri56/RI56_rec03_CA.pdf. Acesso em: 10 jan. 2020.

2 HIGLEY, John. Elites e Democracia. Lisboa: Horizontes, 2010, p. 46.

3 ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 7.

lítica de certos grupos sociais, com o fito de "produzir governos de melhor qualidade, assim como resultados bons, substantivamente mais justos".[4]

Nas palavras de Alves, busca-se, assim, a construção da sociedade baseada, "unicamente, num contributo minoritário, travando a colaboração (mesmo que potencial) democrática de todos"[5], sob a alegação que, para o bom funcionamento da democracia representativa, não é necessária a participação de todos os cidadãos na escolha dos representantes.

> Brennan pretende demonstrar que (argumento 1) as democracias são injustas porque promovem a eleição de governantes incompetentes através de um procedimento de escolha baseado fundamentalmente na ignorância e na incompetência dos votantes e (argumento 2) deve-se abolir o sufrágio universal (e implementar a epistocracia) porque permite a participação de pessoas ignorantes na escolha dos governantes.[6]

Gouveia enfatiza que a diferença fundamental entre a democracia e a epistocracia é, precipuamente, a forma como se dará a eleição de um governo, eis que "todas as instituições sociais e políticas se mantêm, mas não temos por princípio um sufrágio universal e igual para todos"[7]; substituindo-se, assim, "um método incompetente de

4 BRENNAN, Jason. **Contra a Democracia**. Lisboa: Gradiva, 2017, p. 167.

5 ALVES, Carlos. **O fim da vaca sagrada.** Lisboa, 2017, p. 168. Disponível em: http://www.ipri.pt/images/publicacoes/revista_ri/pdf/ri56/RI56_rec03_CA.pdf. Acesso em: 10 jan. 2020.

6 CORTINHAS, Sérgio. **Contra a democracia, a ignorância política ou a Educação Democrática?**. 2018, p.11. Disponível em: https://edemocratica.files.wordpress.com/2018/11/contra-a-democracia-de-jason-brennan-resensc3a3o-2.pdf. Acesso em: 15 jan. 2020.

7 GOUVEIA, Steven S., A Ignorância e Injustiça da Democracia. In: GODOY, Guilherme; JOÃO INÁCIO, Maria e S. GOUVEIA, Steven. **Pensar a Democracia**. 1. ed. Charleston: Editores e Contribuintes, 2017, p. 371.

tomadas de decisões [...] produzidas por corpos políticos competentes de uma forma competente e de boa-fé".[8]

Apesar de nunca ter sido efetivamente implantada em nenhum país, Brennan ainda afirma que a epistocracia tem melhor desempenho que a democracia "no mundo real"[9]. Isto porque, no decorrer da história, tem-se registros de sociedades com laivos epistocráticos (leia-se União Soviética e a República Popular da China), nas quais elites governantes justificam que seria o melhor modelo voltado para o bem-estar da população. De todo modo, questiona-se a preeminência da epistocracia face à democracia, tendo em vista que se tem conhecimento tão somente do funcionamento real da democracia e o funcionamento ideal da epistocracia.

Por outro lado, muito embora reconheça-se que as democracias possam "estar perpetuamente cometendo erros, elas também estão perpetuamente os corrigindo".[10] Com o tempo, a incorporação de institutos de participação direta e mecanismos de aprimoramento da representação às Constituições resultaram no alargamento da dimensão política da democracia para além do simples ato de votar.

A cidadania, portanto, não é algo que simplesmente nos é concedido, "é fruto de uma conquista, um *status* que nós próprios alcançamos à medida que agimos em conjunto na esfera pública"[11], não sendo concebível pensar no significado da democracia, unicamente, como forma de governo.

Diante disso, passa-se a analisar a implantação da limitação do sufrágio universal através do sistema de peso do voto epistocrático,

8 BRENNAN, Jason. Contra a Democracia. Lisboa: Gradiva, 2017, p. 201.

9 BRENNAN, Jason. Contra a Democracia. Lisboa: Gradiva, 2017, p. 31.

10 MILL, CW XXVIII, p. 66 ***apud*** DALAQUA, Gustavo Hessmann. Democracia e verdade: uma defesa contingente da democracia epistêmica. In: Revista Brasileira de Ciência Política, n.º 22. Brasília, jan/abr. 2017, p. 214.

11 DALAQUA, Gustavo Hessmann. Democracia e verdade: uma defesa contingente da democracia epistêmica. *In*: Revista Brasileira de Ciência Política, n. 22. Brasília, DF, jan/abr. 2017, p. 215.

bem como da possibilidade de inclusão da exigência de graduação no ensino superior como escolaridade mínima para cargos eletivos.

3. DO DIREITO AO VOTO: O SUFRÁGIO UNIVERSAL E O SISTEMA DE PESO DO VOTO EPISTOCRÁTICO

Na visão de Jason Brennan, não há como defender a sobrevalorizada participação política quando o empenho político tende a corromper em vez de edificar.[12] Tal modo de pensar norteia-se pelo fato da democracia, dentro do modelo de sufrágio universal, incentivar os cidadãos a permanecerem na condição de meros votantes ao se constatar que a maioria do eleitorado tem como característica dominante a desinformação e o desencanto pelo debate político; desenvolvendo seus pontos de vista políticos de forma irresponsável e sem contemplação pela opinião dos outros, por outro, permite que pessoas sem a mínima qualificação exerçam cargos eletivos.

As críticas ao sufrágio universal são muito comuns em sociedades que apresentam grandes contrastes de condição de vida e, consequentemente, de escolaridade. Segundo Gouveia, num sistema epistocrático, "o peso dos votos de cada pessoa dependerá da sua formação e nível de especialidade",[13] sob o argumento que proporcionaria a "salvaguarda contra a ignorância, o egoísmo e brutalidade da massa do povo"[14] menos comprometidos com o bem-estar social.

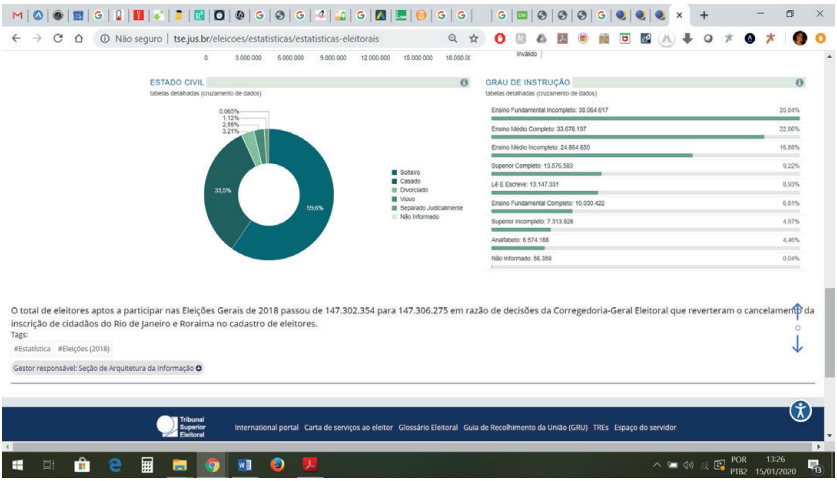
12 BRENNAN, Jason. Contra a Democracia. Lisboa: Gradiva, 2017, p. 109.

13 GOUVEIA, Steven S., A Ignorância e Injustiça da Democracia. *In*: GODOY, Guilherme; JOÃO INÁCIO, Maria e S. GOUVEIA, Steven. Pensar a Democracia. Charleston: Editores e Contribuintes, 2017, p. 369.

14 N´DUK, Quintino Na. A defesa do governo de quem mais sabe (uma alternativa para melhoria a democracia). Dissertação (Mestre em Filosofia Política) – Universidade Nova Lisboa. Lisboa, 2018, p. 36. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/50259/1/Tese%20final%20com%20capa.pdf. Acesso em: 16 jan. 2020.

Com efeito, verifica-se que no Brasil aproximadamente 147.306.275 eleitores estão aptos a votar. Deste coeficiente, oportuno frisar que, para além dos percentuais daqueles declarados analfabetos e que apenas "leem e escrevem", um quarto do eleitorado brasileiro não possui ensino fundamental completo. Em contrapartida, apenas 9,22% concluíram o ensino superior, conforme detalhamento das estatísticas do próprio Tribunal Superior Eleitoral.[15] A fidedignidade dos dados divulgados sobre a realidade do eleitorado se deve graças ao recente movimento de recadastramento eleitoral em massa, para fins de biometria.

Figura 1 - Grau de instrução



Fonte: Tribunal Superior Eleitoral - TSE.

Aliado à baixa escolaridade e desinformação do eleitorado, não se pode olvidar da resistente política do chamado "voto moeda", no qual em sua forma mais rudimentar consiste na troca de votos por tijolos, telhas, dentaduras, óculos, camisas, canetas, cestas básicas e,

15 TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Estatísticas eleitorais**. Disponível em: http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais. Acesso em: 16 jan. 2020.

ainda, no dia da eleição, por dinheiro. [16] Como forma de combater tal prática, uma das alterações mais marcantes nas regras eleitorais brasileiras foi justamente a proibição de distribuição de camisas, bonés e qualquer tipo de brinde, conforme Lei nº 11.300, de 2006:

> Art. 39. *Omissis*
>
> (...)
>
> § 6º É vedada na campanha eleitoral a confecção, utilização, distribuição por comitê, candidato, ou com a sua autorização, de camisetas, chaveiros, bonés, canetas, brindes, cestas básicas ou quaisquer outros bens ou materiais que possam proporcionar vantagem ao eleitor.[17]

Diante desta realidade, Brennan afirma que "o direito de votar não dá aos cidadãos poder apenas sobre si próprios, mas também sobre outras pessoas"[18], como se as classes desfavorecidas não fossem capazes nem de promover os próprios interesses (pois suas limitações de cognição impediriam de compreender as próprias necessidades para assim reivindicá-las).

Portanto, ao conceder igualdade de pesos no direito ao voto, a liberdade política e a participação seriam prejudiciais a todos os envolvidos[19]. O aumento da parcela de participação da comunidade política só seria aceitável ao passo que aprimorassem a sua qualidade

16 SOBREIRA. Isabela de Souza. A participação política do analfabeto na democracia brasileira. Dissertação (Mestre em Direito Constitucional) – Universidade De Fortaleza – UNIFOR. Fortaleza, 2008, p. 14. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp089977.pdf. Acesso em: 12 jan. 2020.

17 BRASIL. Lei nº 11.300, de 10 de Maio de 2006. Dispõe sobre propaganda, financiamento e prestação de contas das despesas com campanhas eleitorais, alterando a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, ano 143, n. 89, p. 1-2, 10 maio. 2006. ISSN 1677-7042. Disponível em: http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=11/05/2006. Acesso em: 12 jan. 2020.

18 BRENNAN, Jason. Contra a Democracia. Lisboa: Gradiva, 2017, p. 14-15.

19 BRENNAN, Jason. Contra a Democracia. Lisboa: Gradiva, 2017, p. 18.

epistêmica e moral, o que só seria possível através do critério da educação. Para o filósofo, seria a única forma de garantir a produção de melhores resultados e decisões.

Contudo, em que pese parecer que tal prática está restrita à população rural ou com menos escolaridade, frisa-se que, nos casos de eleitores cujos votos são "mais caros", é conhecida a troca por modalidade mais arrojadas, tais como cargos públicos ou pela "promessa de algum tipo de benefício futuro, a exemplo da efetivação de compra direta a estabelecimentos comerciais, ou compra por espécie de dispensa/inexigibilidade de licitação"[20]. Logo, percebe-se que a troca de votos por favores representa a busca por benefícios econômicos de interesse particular acima do interesse público, não importa em que escala. Em contrapartida, honram com a palavra empenhada.

Ao perceber que até os ditos "mais sábios" teriam o "seu preço", comprometendo a higidez do próprio sistema, e partindo-se de um ponto de vista da representatividade, questiona-se: o sistema de peso de voto epistocrático, efetivamente, seria capaz de produzir melhores resultados? O que seriam boas decisões? E mais: será que um sistema político dominado apenas por classes compostas de indivíduos "mais capacitados" produziriam resultados justos, nomeadamente para classes desfavorecidas, sub-representadas nesse sistema político?

Com efeito, muito embora o grau de desinteresse e irracionalidade dos votantes, especialmente daqueles pertencentes a classes com baixa escolaridade, seja um dos grandes desafios para a inclusão destes nos debates da vida pública, reconhece-se que o desempenho da democracia ainda é melhor do que o expectável. Neste ponto, é inegável que a tomada de decisão, ainda que de um eleitor desinfor-

20 SOBREIRA, Isabela de Souza. A participação política do analfabeto na democracia brasileira. Dissertação (Mestre em Direito Constitucional) – Universidade De Fortaleza – UNIFOR. Fortaleza, 2008, p. 87. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp089977.pdf. Acesso em: 12 jan. 2020.

mado, fomenta um cenário mais justo e igualitário do que aquelas tomadas em regimes como das ditaduras, oligarquias, monarquias e regimes de partido único.

A democracia epistêmica seria tendente a predeterminar os resultados do processo de tomada de decisão coletiva. Quando o poder reside em determinados grupos, mesmo que considerados os mais "preparados" ou "competentes" para tomada de decisão, estes, de forma consciente e deliberadamente terminarão por sacrificar, em seu proveito, os outros grupos sociais.

O debate público ficaria não só comprometido, mas restrito a uma discussão baseada nas prioridades de ditos "especialistas", os quais direcionariam o discurso até o alcance de uma só verdade.

Todavia, deve-se reconhecer que o ato de poder exprimir vontade – qualquer que seja –, através do voto, é o "corolário da necessária deliberação pública e dos desentendimentos morais decorrentes da ausência de respostas cientificamente exatas e de consensos racionais públicos".[21] Logo, ao "matematizar" as necessidades daqueles que sequer teriam oportunidade de expressá-las em igualdade de condições, os interesses dos excluídos pelo sistema do peso do voto epistocrático estarão sempre em perigo de não serem enxergados.

José Carlos Aleixo é cirúrgico ao desmantelar a tese de que "os mais sábios" teriam alguma vantagem na tomada de escolha em detrimento dos "menos preparados":

> A virtude não cresce necessariamente à medida que aumenta o conhecimento... A maior instrução pode ser colocada a serviço do bem ou do mal. Pode o doutor distinguir o melhor candidato para o Município, Estado ou Nação e sufragar, no entanto, o nome de outro que melhor atenda a seus interesses escusos e mesquinhos.

21 CORTINHAS, Sérgio. Contra a democracia, a ignorância política ou a Educação Democrática?. 2018, p. 7. Disponível em: https://edemocratica.files.wordpress.com/2018/11/contra-a-democracia-de-jason-brennan-resensc3a3o-2.pdf. Acesso em: 15 jan. 2020.

> Numerosos letrados sem dignidade e sem consciência exaltaram e enalteceram os tiranos (...) A História está repleta de analfabetos esclarecidos.[22]

Já na visão de John Mill, "apenas através da diversidade de opinião é que há [...] chance de um jogo justo [*fair play*] para todos os lados da verdade".[23] Desta forma, não é necessário supor que a sobreposição de grupos sociais considerados "mais aptos" a escolher seus representantes prejudicarão o interesse daqueles considerados "menos preparados" durante o processo deliberativo, eis que "a pluralidade de perspectivas é muito mais capaz de apreender a complexidade do mundo político-social do que aquela que sucede apenas com representantes de um único grupo"[24]

> [...] os epistêmicos desvalorizam o voto e a regra da maioria. Este é o risco da epistocracia: como bem o sabemos, a votação não nos dá nenhuma certeza de que todos ou de que a maioria de nós votará 'bem' ou 'corretamente' ou com vistas a uma 'boa causa'. Mas então deve-se perguntar: quem há de decidir o que constitui o certo, o correto ou uma boa causa? Se não for a maioria e os cidadãos com seu poder de voto, subverte-se, assim, a soberania da democracia e instala-se o poder da tecnocracia. [25]

Somente ampliando o debate a todos, permitindo a exposição e alternância de posições iniciais, é que faz sentido apontar a existên-

---

22 ALEIXO, José Carlos Brandi. O voto do analfabeto. **Revista Paraná Eleitoral**, n. 9, 2º, p. 11. Trimestre de 1989.

23 MILL, John, 2008, p. 54, *apud* DALAQUA, Gustavo Hessmann. Democracia e verdade: uma defesa contingente da democracia epistêmica. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, DF, n. 22, jan/abr. 2017, p. 200. ISSN 2178-4884.

24 DALAQUA, Gustavo Hessmann. Democracia e verdade: uma defesa contingente da democracia epistêmica. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, DF, n. 22, jan/abr. 2017, p. 211. ISSN 2178-4884.

25 DALAQUA, Gustavo Hessmann. Democracia e verdade: uma defesa contingente da democracia epistêmica. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, DF, n. 22, jan/abr. 2017, p. 194. ISSN 2178-4884.

cia e a busca de um bem comum (uma posição atraente para todos, mesmo que haja pontos de vista diferentes). Isso só é possível através de uma democracia representativa, que propicia por meio da deliberação pública, a apresentação das diferentes perspectivas sociais contidas em uma nação para o exercício de confronto e coligação entre as mesmas.

Ao vislumbrar a aventura democrática como apenas um capítulo na busca da verdade, os defensores do paradigma epistêmico ameaçam a igualdade, uma vez que a posse de conhecimento e competência seria, inevitavelmente, desigual.

> Este é o risco da epistocracia: como bem o sabemos, a votação não nos dá nenhuma certeza de que todos ou de que a maioria de nós votará 'bem' ou 'corretamente' ou com vistas a uma 'boa causa'. Mas, então, deve-se perguntar: quem há de decidir o que constitui o certo, o correto ou uma boa causa? Se não for a maioria e os cidadãos com seu poder de voto, subverte-se, assim, a soberania da democracia e instala-se o poder da tecnocracia.[26]

Ora, um regime político em que os cidadãos são livres para deliberar sobre os assuntos políticos gera "um povo intelectualmente ativo".[27] À medida que os cidadãos dialogam entre si, em condições iguais de voz e escolha (leia-se: voto), não é senão o mecanismo por meio do qual os indivíduos conseguem se aperfeiçoar e desenvolver sua natureza propriamente humana. Na prática, a valorização da deliberação política sempre estará pautada na busca pelo bem comum e barganha entre posições conflitantes irreconciliáveis, mesmo porque não faz sentido deliberar sobre aquilo em que "não há desacordo".

Em verdade, as sociedades devem se esmerar para garantir um fórum público das opiniões efetivamente livre e aberto. Em uma

26 URBINATI, 2016, p. 378 *apud* DALAQUA, 2017, p. 45.

27 MILL, 2008, p. 39 *apud* DALAQUA, 2017, p. 203.

sociedade em que a deliberação não é democrática – isto é, em que não é acessível a todos –, os cidadãos comuns petrificam e incrustam suas mentes, tornando a mudança cada dia mais inalcançável. Afinal, tanto os ditos intelectuais, como analfabetos que perambulam pelas ruas e utilizam os serviços públicos, são seres humanos, influenciadores diretos das políticas públicas e poderão agir na efetivação da democracia como iminentes eleitores e cidadãos.

4. DO DIREITO A SER VOTADO: ANÁLISE DA INCLUSÃO DA EXIGÊNCIA DE GRADUAÇÃO EM ENSINO SUPERIOR COMO ESCOLARIDADE MÍNIMA PARA CARGOS ELETIVOS

A supervalorização da educação formal em detrimento da educação política é uma realidade. Basta verificar que a legislação pátria (leia-se Lei de Diretrizes e Bases da Educação), bem como os planos orçamentários, são traçados a partir de metas internacionais e nacionais. Outrossim, não se pode olvidar a postura do próprio livre mercado que, ao exigir níveis de formação, evidencia a posição de destaque e relevância da educação no cotidiano dos cidadãos.

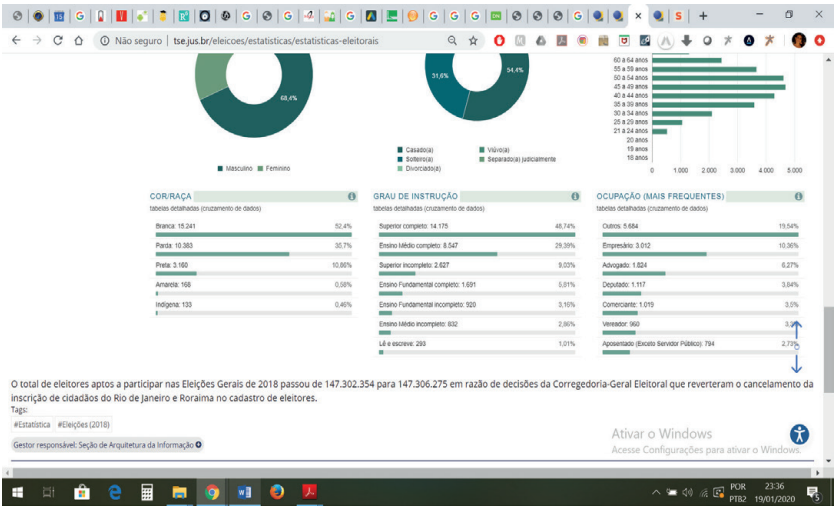
Neste sentido, se há exigência por parte da sociedade em geral, das empresas privadas ao setor público, acerca da escolaridade para ocupação dos mais diversos cargos e funções, não é de se estranhar que seja cada vez mais forte o movimento para implantação de tal qualidade para ocupação de cargo eletivo, como uma espécie de "requisito de elegibilidade epistocrático".

Para Brennan[28], "o princípio da competência é um desqualificador. Não justifica que se atribua poder a quem for. Em vez disso, oferece bases para não permitir que certas pessoas ou órgãos políticos detenham poder".

28 BRENNAN, Jason. Contra a Democracia. Lisboa: Gradiva, 2017, p. 233.

No Brasil, foram registradas 29.085 candidaturas, estando cerca de 26.079 candidatos aptos a concorrer nas eleições de 2018. Diferente da realidade do eleitorado, constata-se que o coeficiente dos candidatos que possuíam ensino superior completo atingiu quase 50% (cinquenta por cento), de acordo com o detalhamento das estatísticas do Tribunal Superior Eleitoral.

Figura 2 - Grau de instrução



Fonte: Tribunal Superior Eleitoral - TSE.

Noutro sentido, denota-se que tal requisito não examina diretamente a capacidade intelectual ou política, restringindo-se apenas ao aspecto referente à escolaridade mínima, alertando-se para o fato de que "o grau de escolaridade não corresponde a uma curva ascendente em relação à moralidade pública e lisura dos governantes"[29]

29 SOBREIRA. Isabela de Souza. **A participação política do analfabeto na democracia brasileira**. Dissertação (Mestre em Direito Constitucional) – Universidade De Fortaleza – UNIFOR. Fortaleza, 2008, p.86. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp089977.pdf. Aceso em: 12 jan. 2020.

- como é fácil de notar por intermédio da análise do julgamento das contas públicas junto aos Tribunais de Contas.

A participação política goza de autonomia de requisitos como escrita, leitura e fala. Acreditar nesse paradigma seria excluir inúmeras pessoas da participação política, afinal a alienação político-eleitoral independe dessas habilidades, tal qual a manifestação do poeta Mário Quintana: "os verdadeiros analfabetos são os que aprenderam a ler e não leem."

> Num regime democrático, os políticos ficam vinculados moral e politicamente a todos os cidadãos (porque todos os cidadãos podem exercer o seu direito de votar ou não votar nesses políticos). Num regime epistocrático os políticos ficam vinculados moral e politicamente apenas aos cidadãos mais esclarecidos e instruídos, habitualmente aos mais ricos (porque apenas esses cidadãos podem exercer o direito de votar ou não votar nesses políticos).[30]

Desta forma, ainda que a instrução escolar regular seja imprescindível para o desenvolvimento de uma localidade, não há o que se falar em correlação entre maior instrução escolar dos candidatos com a lisura do pleito eleitoral e melhor representatividade.

Ora, o verdadeiro desafio para uma democracia representativa é o combate de fatores como: compra de votos; jogo de interesses; corrupção; superfaturamento (os quais se encontram enraizados todos os escalões do Legislativo e no Executivo) - sendo atores nesse processo graduados, especialistas, mestres e doutores. Portanto, a seriedade e a consciência dos representantes acerca da importância das suas funções para com a sociedade, vai muito além de um diploma.

30 CORTINHAS, Sérgio. **Contra a democracia, a ignorância política ou a Educação Democrática?**. 2018, p. 9. Disponível em: https://edemocratica.files.wordpress.com/2018/11/contra-a-democracia-de-jason-brennan-resensc3a3o-2.pdf. Acesso em 15 jan. 2020.

> [...] a distinção entre a competência técnica, que efetivamente pertence a poucos nos setores altamente especializados […], e competência moral, que não é exclusiva de nenhuma classe particular de indivíduos. A convicção de que existe esta competência moral acima da competência técnica é o pressuposto ideal da democracia.[31]

A democracia inclusiva é o regime que melhor realiza este padrão por conta de sua "diversidade cognitiva": ao contar com a presença de representantes de todos os grupos sociais, faz com que o processo decisório ganhe a "habilidade de examinar o mundo e os seus problemas por meio de diferentes ângulos e pontos de vista".[32] Destarte, a ânsia por um "corpo político homogêneo sem diferenciação interna equivale ao reverso da democracia".[33] E mais: não só desqualifica a democracia, como não comprova se a epistocracia é justa, legítima ou tem autoridade.

Dentro do contexto da representação política, cita-se como exemplo, a luta das classes trabalhadoras pelo reconhecimento do direito à greve em um Congresso composto por "patrões". A questão, por óbvio, acaso não fosse afastada ou simplesmente ignorada, seria minimamente analisada sob o ponto de vista do "patrão", sendo discutida de maneira diferente, quiçá superficial em comparação com a realidade dos trabalhadores. Em outras palavras, conduziria ao não reconhecimento dos próprios cidadãos.

Enfim, não se trata apenas de conceder migalhas de democracia aos analfabetos ou forçá-los, pela conjuntura política, a ter formação de ensino superior a qualquer custo para ter acesso às casas

31 BOBBIO, 1999, p. 424 ***apud*** N´DUK, 2018, p. 52.

32 DALAQUA, Gustavo Hessmann. Democracia e verdade: uma defesa contingente da democracia epistêmica. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, DF, n. 22, jan/abr. 2017, p. 212. ISSN 2178-4884

33 DALAQUA, Gustavo Hessmann. Democracia e verdade: uma defesa contingente da democracia epistêmica. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, DF, n. 22, jan/abr. 2017, p. 215. ISSN 2178-4884.

legislativas ou ao Executivo. A educação formal seria consequência desse processo, não precursora.

A intensificação na participação política é uma das ferramentas que aproximam o cidadão do Estado, fazendo-o buscar meios que revertam a falta de escolaridade adequada para os padrões exigidos pela sociedade. Somente cidadãos valorizados politicamente, agentes políticos decisórios de fato, sentir-se-ão provocados ou impulsionados à educação regular, aptos a compreenderem todos os símbolos e sinais utilizados pela sociedade, garantidores do acesso à informação.

5. EDUCAÇÃO POLÍTICA: COMENTÁRIOS ACERCA DA QUALIFICAÇÃO POLÍTICA E DE GOVERNO

A ganância humana é uma de suas marcas mais características. Grandes saltos evolutivos foram dados em decorrência da busca do Homem por mais. Todavia, esse atributo, nem sempre é norteado pelo interesse coletivo ou empático. E isto, consoante destacado, independe de grau de escolaridade.

Ainda que, de fato, a exemplo do Brasil, o regime democrático possa trazer questionamentos acerca de eventuais "ditaduras da maioria", com escolhas de candidatos "não tão qualificados", por um público igualmente desfavorecido, a verdade é que um estado norteado pela epistocracia, com a eleição perfeita exclusivamente por eleitores e candidatos "instruídos", não é sinônimo de probidade administrativa, tanto do agente, quanto do governo escolhido.

Exemplificadamente, deve-se tomar cuidado com condutas nocivas ao coletivo, como: plano de governo destoante da veracidade; políticas populistas; e com o velho "coronelismo". Tais atos distorcem a realidade apenas para enaltecer o agente público e angariar votos, sendo o eleitorado visto como "ser puramente votante", e não como "um ser pensante".

Ora, do mesmo modo que a inteligência e conhecimento são usados na busca do bem comum, também podem virar munições terríveis para agentes mal-intencionados. A retórica e o sofismo são técnicas de persuasão perigosas, em razão de que, paradoxalmente, argumentos falaciosos, não são necessariamente maus argumentos.[34]

Ademais, é cada vez mais corriqueiro deparar-se com atos administrativos destoantes da propaganda político-eleitoral, os quais trazem, inclusive, embates acerca de outros institutos peculiares como "estelionato" e "*recall*". Outrossim, não é difícil de observar situações práticas em que governantes (com certo grau de conhecimento e de reconhecimento) serem alvos de investigações administrativas e criminais. Percebe-se que toda erudição adquirida pelos anos de estudo, em verdade, fora desvirtuada em prol de interesses particulares.

Paralelamente, é notória a existência de governos que carregam consigo a particularidade de dificultar a transparência de informes e, consequentemente, o controle interno e externo de suas atividades, obstaculizando e mascarando dados, evitando a publicização de atos, perseguindo opositores e, até mesmo, criando aparentes situações de crise para desviar atenção ou forçar negociações.[35]

Nessa vereda, é importante frisar não ser incomum que o próprio governante dificulte a devida educação do grande público. Isto porque, uma sociedade instruída gera cidadãos pensantes e questionadores, o que, em tese, conflita com os interesses daqueles que se encontram no poder, bem como daqueles que são, direta ou indiretamente, beneficiados pelos que lá estão.

É certo que, ao passo que o eleitor conquista espaço no cenário eleitoral democrático, puxa para si a responsabilidade de fiscalizar o agente público eleito – em verdadeiro *accountability* –, vigiando

34 ATIENZA, Manuel. O Direito como argumentação. Lisboa: Escolar Editora, 2014, p. 138.

35 BATISTA, Antenor. Corrupção: o 5º Poder. Repensando a ética. 13. ed. atual. São Paulo: EDIPRO, 2012, p. 154.

os gastos públicos e as condutas administrativas. Registre-se que a tomada de atitudes, tais como realização de denúncias às autoridades competentes ou perante o Poder Judiciário, prescinde qualquer eventual titulação acadêmica avançada. Basta, para tanto, o cultivo de valores como moralidade, justiça social e ética.

Saliente-se que a sapiência política, muitas vezes, não é encontrada apenas em "salas de aula", mas no dia-a-dia, nos costumes, nos valores e nas experiências vividas. Não tão raras vezes, é possível deparar-se com verdadeiros "doutores de vida" que, com quase, ou nenhum, *curriculum*, conseguem expor e defender ideais e ideias de modo claro e objetivo. Com simplicidade e clareza, trazem à tona realidades desconhecidas até mesmo para os mais brilhantes dos estudiosos e pesquisadores científicos.

Para muitos, em especial àqueles pertencentes às comunidades mais carentes, a eleição é a única época/oportunidade de deparar e confrontar o governante candidato. Ganha-se "voz", diminuem-se distâncias ao, finalmente, serem ouvidos. Em termos práticos, o real significado do "poder (abstrato) emanado do povo".

> A vida em sociedade, bastante anterior aos primeiros registros históricos, suscita constantemente a criação de impasse, na medida em que dois é o número suficiente de pessoas para que se tenha discordância sobre uma questão determinada. O agrupamento cada vez maior de pessoas, intuitiva e estatisticamente, incrementa a chance de desavença, fenômeno que obrigou as sociedades, desde cedo, a criar mecanismos para a solução das controvérsias. [36]

Eis a beleza da democracia representativa: a possibilidade de dar a todos, indistintamente, uma chance de falar e ser ouvido.

36 NEISSER, Fernando Gaspar. Crime e Mentira na Política. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 44.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tratou-se aqui de tema de pertinência atual que possui uma inquestionável relevância, dentro da seara político-eleitoral. Foram trazidos aportes para novas discussões e abordagens acerca da possibilidade de inserção do procedimentalismo epistocrático nos regimes democráticos e os seus consectários no mundo fenomênico e jurídico. Nessa conjuntura, algumas conclusões se formaram.

À guisa de conclusão, conclui-se nos momentos em que o debate político serve de local de (re)produção do conhecimento, conceber a democracia em termos epistêmicos é um empreendimento teórico viável. Contudo, a exclusão de toda e qualquer asserção com pretensão unicamente na verdade dentro do debate democrático pode revestir-se de contornos autoritários, ao ponto de deformar a democracia e torná-la "apolítica".

Acontece que, no enfrentamento da questão, verificou-se que aqueles considerados "menos esclarecidos" não podem ser penalizados ou ter o peso do seu voto reduzido em razão das circunstâncias econômico-financeiras nas quais estão inseridos. Pelo contrário: a intensificação na participação política é uma das ferramentas que aproximam o cidadão do Estado. Somente cidadãos valorizados politicamente, na qualidade de agentes políticos decisórios, sentir-se-ão também provocados ou impulsionados à educação regular e a compreenderem de forma efetiva os símbolos e sinais utilizados como garantia do acesso à informação.

Em verdade, é necessário desmistificar a visão idealizada do voto. Quem vota sem compromisso, o sabe que assim o faz, independentemente de ser alfabetizado ou possuir doutorado. Cultivar a consciência da escolha não está necessariamente ligada ao nível de escolaridade, mas sim à medida do envolvimento dos eleitores com os problemas que os rodeiam para, deste modo, reivindicarem providências e resoluções dos seus representantes.

Por outro lado, encontra-se na sociedade brasileira uma exigência em relação à educação. Exigem-se níveis de escolaridade para ocupações diversas. Aos que defendem o requisito de graduação mínima para concorrência de cargos eletivos como única saída para aprimorar a representatividade, constata-se que, muito embora estejam pautados nas movimentações e leis de mercado – o qual demanda cada vez mais por qualificação e educação formal para preenchimento dos cargos de maior escalão –, tal lógica não garante eleição de representantes mais preparados na tomada de decisão em prol do bem comum, tampouco de uma melhor política de governo.

A conclusão esboçada neste artigo encaminha-se na perspectiva de reconhecer que a adoção do procedimentalismo epistêmico não garante a qualidade de governo, tampouco a ampliação da dimensão política da democracia; necessitando-se, cada vez mais, fomentar o debate público em todas as classes sociais para, desta maneira, gerar determinadas condições que favorecem a organização da sociedade civil, credenciando-a para encaminhar suas reivindicações de forma mais ordenada.

REFERÊNCIAS

ALEIXO, José Carlos Brandi. O voto do analfabeto. **Revista Paraná Eleitoral**, n. 9, 2º, p. 11. Trimestre de 1989.

ALVES, Carlos. **O fim da vaca sagrada***.* Lisboa, 2017. Disponível em: http://www.ipri.pt/images/publicacoes/revista_ri/pdf/ri56/RI56_rec03_CA.pdf Acesso em: 10 jan. 2020.

ATIENZA, Manuel. **O Direito como argumentação.** Lisboa: Escolar Editora, 2014.

BATISTA, Antenor. **Corrupção**: o 5º Poder. Repensando a ética. 13. ed. atual. São Paulo: EDIPRO, 2012.

BRASIL. Lei nº 11.300, de 10 de Maio de 2006. Dispõe sobre propaganda, financiamento e prestação de contas das despesas com campanhas eleitorais, alterando a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil***,* Brasília, DF, ano 143, n. 89, p. 1-2, 10 maio. 2006. ISSN 1677-7042. Disponível em: http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=11/05/2006. Acesso em: 12 jan. 2020.

BRENNAN, Jason. **Contra a Democracia**. Lisboa: Gradiva, 2017.

CORTINHAS, Sérgio. **Contra a democracia, a ignorância política ou a Educação Democrática?.** 2018. Disponível em: https://edemocratica.files.wordpress.com/2018/11/contra-a-democracia-de-jason-brennan-resens-c3a3o-2.pdf. Acesso em: 15 jan. 2020.

DALAQUA, Gustavo Hessmann**.** Democracia e verdade: uma defesa contingente da democracia epistêmica. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, DF, n. 22, jan/abr. 2017, p. 191-232. ISSN 2178-4884. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n22/2178-4884-rbcpol-22-00191.pdf. Acesso em: 11 mar. 2020.

GOUVEIA, Steven S., A Ignorância e Injustiça da Democracia. *In*: GODOY, Guilherme; JOÃO INÁCIO, Maria e S. GOUVEIA, Steven. **Pensar a Democracia**. Charleston: Editores e Contribuintes, 2017, p. 357-384.

HIGLEY, John. **Elites e Democracia**. Lisboa: Horizontes, 2010.

N´DUK, Quintino Na. **A defesa do governo de quem mais sabe** (uma alternativa para melhoria a democracia). 2018. 70 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia Política) – Universidade Nova Lisboa. Lisboa, 2018. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/50259/1/Tese%20final%20com%20capa.pdf. Acesso em: 16 jan. 2020.

NEISSER, Fernando Gaspar. **Crime e Mentira na Política.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SOBREIRA. Isabela de Souza. **A participação política do analfabeto na democracia brasileira**. 2008. 101 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade De Fortaleza - UNIFOR. Fortaleza, 2008. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp089977.pdf. Aceso em: 12 jan. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Estatísticas eleitorais**. 2018. Disponível em: http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais. Acesso em: 16 jan. 2020.

A INFLUÊNCIA DO FEDERALISMO NORTE-AMERICANO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1891

Alexsandro Rahbani Aragão Feijó
Carolina Soares Hissa
Tallyta Cilene Santos Leite

1 INTRODUÇÃO

A inserção do regime federalista no Estado brasileiro recebeu a influência direta do federalismo norte-americano. Conhecer este federalismo e entender os aspectos sociais, políticos e econômicos que envolveram sua inserção na primeira constituição republicana do Brasil é resgatar parte da história do constitucionalismo nacional. Destaca-se que o Brasil, à época da Constituição de 1891, tinha suas raízes comerciais fincadas na Europa, especialmente com a Inglaterra, que por não concordar com sua aproximação com os EUA, interferiu diretamente no reconhecimento da República Federativa do Brasil por Portugal.

A escolha do sistema federalista para a primeira constituição republicana adveio depois de muitos questionamentos e considerações das oligarquias brasileiras e dos militares, especialmente as de Minas Gerais, de São Paulo e do Rio Grande do Sul; haja vista alguns defenderem a ideia de República Federativa, enquanto outros defendiam a República liberal.

A mudança do regime se deu no período em que ocorria, a convite dos EUA, a I Conferência Internacional Americana, na cidade de Washington, onde o representante brasileiro, Salvador de Mendonça, conseguiu aproximar os interesses brasileiros dos pontos

de vista norte-americanos. Essa aproximação com os EUA não fora automática, mas garantiu ao Brasil uma posição de potência sul-americana.

2. O FEDERALISMO NORTE-AMERICANO

Trata-se o federalismo de regime oriundo da cultura política norte-americana. No século XVIII, quando as treze colônias inglesas situadas em território norte-americano se declararam independentes, transformaram-se em Estados unitários e formaram uma confederação carecedora de organização. Um novo tipo de Estado, baseado na divisão política de poder, viria a surgir com caracteres de Estado Federal, a descentralizar poderes, conforme assevera Hans Kelsen[1], quando afirma que "apenas o grau de descentralização diferencia um Estado unitário dividido em províncias autônomas de um Estado federal".

Os três responsáveis pela criação e estruturação do sistema federalista foram os americanos Alexander Hamilton, James Madison e John Jay. O documento intitulado "O Federalista" era a compilação de 85 artigos, sendo 29 escritos por Madison, 05 por Jay e 51 por Hamilton.

Destaca-se que "Madison e Hamilton encontravam-se entre os líderes do movimento que culminou na convocação da Convenção[2]

1 KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. Tradução: Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 451

2 Bruce Ackerman (2009, p. 102-103) explica o significado do instituto da "Convenção" por meio do Direito Constitucional inglês, pelo qual uma convenção "era um Parlamento juridicamente independente, mais notadamente aquele que presidiu a Revolução Gloriosa de 1688. (...) Aos olhos dos vitoriosos da Revolução Americana, a Convenção de 1688 foi responsável por algumas das maiores conquistas da história constitucional inglesa, notadamente a promulgação de um ***Bill of Rights*** e a substituição de um rei tirano por um monarca constitucional. Esse grande

Federal, da qual foram membros"[3]. O acordo principal firmado entre eles foi a defesa da ratificação da Constituição, independentemente da discordância entre eles acerca de diversos pontos dos artigos do livro.

O federalismo[4] norte-americano, que se vinculou ao governo presidencialista, apresentou uma organização constitucional do Governo Central e dos Governos Estaduais, estabelecendo o convívio entre ambos, com a atribuição dos poderes enumerados e dos reservados, caracterizando-se pela repartição espacial de poder, o que possibilitou a formação de múltiplas organizações governamentais, distribuídas regionalmente, dotadas de autonomia política, administrativa e financeira. Portanto, o Estado Federal é concebido pela reunião de dois tipos de entidades: a União e as coletividades regionais autônomas (Estados federados).

Quanto à sua natureza, esta é híbrida e mista, uma vez que tal, pois a composição do Estado Federal, com vistas à Constituição proposta em 1787 não ser nem uma constituição nacional (unitária), nem uma constituição federal, mas uma combinação das duas.

---

precedente forneceu aos federalistas uma linguagem que lhes permitiu apresentar seu projeto de ruptura com as normas existentes de tal modo que não provocasse uma revolução completa. Exatamente com em 1688, as convenções federalistas de 1787-88 haviam rompido com algumas regras básicas, mas haviam criado elos institucionais de credibilidade com a Constituição preexistente. Graças aos precedentes ingleses, os federalistas não precisaram criar uma linguagem estranha para explicar o que estavam fazendo. (ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey: 2006, p. 102-103).

3 LIMONGI, Fernando Papaterra. "O Federalista": remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco C. (org). Os clássicos da política. 14. ed. São Paulo: Ática, 2010. p. 246.

4 Fernando Papaterra Limongi explica que o termo federal nesta época era sinônimo de confederação, pois enquanto na confederação o governo central só se relaciona com Estados, com soberania interna, na federação, este relacionamento se estende aos indivíduos, convivendo dois entes estatais de estatura diversa, com a atuação dos Estados definida pela Constituição da União. (Ibidem, p. 242-255).

O sistema federalista adotado nos EUA ajustou a teoria da separação de poderes formulada por Montesquieu[5], ao desvinculá-lo do conceito de um governo misto, passando para a existência de uma separação vertical (União, Estados e Municípios) e outra horizontal (Legislativo, Executivo e Judiciário).

3. O GOVERNO PROVISÓRIO, O PROJETO DA NOVA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E A ASSEMBLEIA CONSTITUINTE DE 1890

A queda da monarquia já era anunciada em virtude do fascínio pela "sereia republicana, ou pelo positivismo, e pelas instituições norte-americanas, às quais creditavam o formidável desenvolvimento econômico dos EUA nos dois decênios após a Guerra de Secessão"[6].

A Constituinte e a Constituição da primeira República nasceram como consequência da crise do Segundo Reinado e da necessidade de se instituir no Brasil um novo regime.

Nesse clima de novo Estado, republicano e federal, é que se instala o Governo Provisório, por meio do Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, chefiado pelo Marechal de Campo, Manoel

5 "A teoria de Montesquieu tem na liberdade política do cidadão o seu grande fundamento, pois, para aquele pensador, é da tranqüilidade do espírito que provém a segurança. E, para que se tenha liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo que um cidadão não possa temer o seu semelhante. Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura a função legislativa está reunida à executiva, não há liberdade, pois há o temor de que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleça leis tirânicas para executá-las tiranicamente". (MORAES FILHO, José Filomeno de. Separação de Poderes no Brasil Pós-88: princípio constitucional e práxis política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. **Teoria da constituição:** estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rios de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 151-197, p. 156).

6 BALEEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras:** 1891. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001, p.14.

Deodoro da Fonseca, e teve como subchefe, inicialmente, Rui Barbosa, também Ministro da Fazenda, substituído, alguns meses depois na vice-chefia pelo General Floriano Peixoto.

Os vencedores institucionalizaram a República Federativa dos Estados Unidos do Brazil, fundaram um Governo Provisório, criaram símbolos nacionais, alargaram o eleitorado a todos os cidadãos alfabetizados e dissolveram os órgãos do Poder Legislativo da Nação e das Províncias.

Pouco tempo depois, o agora Governo Provisório, nomeia uma comissão para elaborar o projeto de Constituição Republicana. Ela era formada por cinco membros (conhecida como "Comissão dos cinco"), cuja presidência coube a Saldanha Marinho. Em junho de 1890, essa Comissão apresentou ao Governo Provisório projeto inspirado nas disposições expressas da constituição norte-americana, da Argentina e da Suíça.

Em 24 de fevereiro de 1891, foi promulgada a primeira constituição republicana do Brasil, fortemente influenciada pelo constitucionalismo norte-americano, sobretudo quanto à forma de estado e de governo, cujas características serão pormenorizadas a seguir.

4. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1891

O ingresso do federalismo no domínio material da constituição escrita remonta ao fim do século XVIII, mais precisamente na Constituição norte-americana de 1787[7]. A forma federal não rece-

7 Cass R. Sunstein fortalece a ideia constitucional da separação de poderes, como limitação de poder, e da democracia deliberativa, como aquela concebida pela Constituição de 1787, quando explica a criação do regime de governo e a sua função na origem da república federalista norte-americana, assegurando que "Os pais da Constituição estadunidense buscaram criar um regime de governo que contrabalanceasse três perigos correlatos: o legado da monarquia, a representação,

beu designação nominal, sendo a identificação entre o nome e a categoria política feita no curso do funcionamento das instituições e na interpretação que recebera na doutrina e na jurisprudência, quando a forma federal adquiriu autonomia conceitual e tipológica.[8]

No Brasil, o regime federativo foi institucionalizado após o período monárquico, por meio do Decreto nº 1, assinado em 15 de novembro de 1889, com a Constituição de 1891, representando seu corolário institucional. Os partidários da República liberal procuraram, o quanto antes, convocar uma Assembleia Constituinte, já que nas palavras do então Ministro da Fazenda, Rui Barbosa, o novo Estado precisava de uma constituinte para que se fosse reconhecida a República e que os créditos necessários fossem obtidos.

Os princípios fundamentais do regime político instaurado no sistema constitucional norte-americano foram incorporados não só à constituição brasileira, mas também à da Argentina. Portanto, a constituição pátria materializava a escolha por uma república federativa presidencialista. A partir do exposto resta evidente que a forma do Estado brasileiro à época corresponde a de Estado Federal, conforme se observa demonstrado nos dois primeiros artigos da Constituição de 1891.

---

com interesse próprio, por meio dos funcionários do governo, e o poder da facção, ou 'tirania da maioria'". Explica ainda, a necessidade do governo justificar os seus atos, uma vez que "No Direito Constitucional norte-americano, o governo deve sempre possuir uma razão para seus atos. Caso distribua algo a determinado grupo em detrimento de outro, ou prive alguém de certo bem ou benefício, é preciso que se justifique. A razão apresentada deve atender ao interesse público. O governo não pode apelar tão-somente para o interesse privado". "Acima, de tudo, a Constituição estadunidense foi concebida para instituir uma democracia deliberativa. (...) A condição mínima da democracia deliberativa é a exigência de razoes para a ação governamental. Podemos e não entender que a Constituição estadunidense estabeleceu, pela primeira vez, uma república das razões". (SUSTEIN, Cass R. **A constituição parcial**. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 21-22).

8 HORTA, Raul Machado. O federalismo do Direito Constitucional contemporâneo. **Revista Latino-americana de estudos constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, p. 713-740, jan./jun., 2003, p. 723.

Ela trazia consigo noventa e um artigos, na parte geral, e oito nas Disposições Transitórias, caracterizando-se como a mais concisa das constituições republicanas brasileiras. Dividia-se em cinco títulos, os quais se subdividiam em Seções e estas em Capítulos. A forma de governo, baseada no regime representativo e presidencialista, e a de Estado, calcada na federação, integrada pelas antigas Províncias erigidas a Estados e pelo Distrito Federal, antigo Município Neutro, está disposta no Título I, da "Organização Federal"[9].

Além disso, previa a intervenção federal nos Estados (art. 6º) e regulava os três poderes nacionais, harmônicos e independentes entre si (art. 15), nos moldes da clássica divisão de Montesquieu, que tanto influenciara na elaboração da Constituição americana. O Título II, em seus cinco artigos, trata dos Estados-membros, permitindo-os regerem-se por uma constituição, designando os seus bens, atribuindo-lhes competências e vedações, características dos Estados Federais. Já o Título III, em seu único artigo, versa sobre o Município e assegura a sua autonomia, respeitando o seu peculiar interesse.

Quanto à divisão das funções de poder, ela trouxe um Poder Legislativo exercido pelo Congresso Nacional, formado pela Câmara dos Deputados, com representantes do povo e pelo Senado, com representantes paritários dos Estados, com a sanção do Presidente da República. Já o Poder Executivo era encarnado pelo regime presidencialista de tipo norte-americano, com mandato de quatro anos, sem direito à reeleição para período imediato, sem a possibilidade de dissolver a Câmara dos Deputados, como pretendera, inicialmente, o Marechal Deodoro da Fonseca.

Sobre o Poder Executivo, se destaca questão curiosa levantada por Aliomar Baleeiro[10], no estudo do art. 42, que trata da vaga da presidência, por qualquer causa. O aludido artigo dispõe que se

9 BALEEIRO, Aliomar. Constituições brasileiras: 1891. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001.

10 Ibidem

não houver decorrido dois anos do período presidencial, faz-se nova eleição. O fato histórico foi que Deodoro da Fonseca renunciou no primeiro ano do seu mandato e Floriano Peixoto, Vice-presidente e Presidente do Senado Federal, não mandou proceder a nova eleição, representando um golpe de Estado e provocando revolta da Armada e turbulência no país. Outro ponto de destaque é que foi inserida no texto constitucional, no art. 53 e 54, a possibilidade de *impeachment* do Presidente da República à maneira da Constituição americana.

Com relação ao Poder Judiciário, "consagrou os dois decretos de Campos Sales no Governo Provisório, instituindo a Justiça Federal, ao lado da Estadual e também o Supremo Tribunal Federal"[11]. O controle de constitucionalidade das leis e decretos ficou a cargo dos juízes e Tribunais, nos moldes do *Judicial Review* americano[12] [13], controle difuso, ou seja, apenas para o caso concreto, com efeitos *inter partes*, por ser a lei incompatível, naquela causa, com a Constituição Federal.

O federalismo emergiu da necessidade de organização dos Estados federados sem que eles mesmos fossem submetidos à su-

11 Ibidem, p.37.

12 Antonio G. Moreira Maués afirma que "Seguindo o modelo norte-americano, a Constituição de 1891 instituiu o Supremo Tribunal Federal como órgão de cúpula do Poder Judiciário, competente para apreciar, em última instância, as decisões tomadas no exercício do controle difuso da constitucionalidade das leis. (...) Desde sua origem, portanto, correspondia ao STF proteger a Constituição e as leis federais do exercício da jurisdição estadual". (MAUÉS, Antonio G. Moreira. O federalismo brasileiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (1988-2003). In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno. Direito constitucional contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 65-85, p.66)

13 João Barbalho Uchôa Cavalcanti, em excelente e portentoso trabalho, estudando o controle de constitucionalidade do Supremo, por meio recurso das sentenças das justiças dos Estados em última instância, assegura que "Este recurso é um dos elementos essenciais da organisação federal. Promovendo a reintegração da ordem jurídica constitucional violada, elle visa a exacta execução da Constituição, tratados e leis federaes, e a fiel observância das limitações postas aos poderes dos Estados" (CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. Constituição federal brasileira, 1891: comentada. ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002, p. 240).

pressão de um poder centralizado. Boris Fausto[14] adverte que "Não devemos pensar que o governo federal, também chamado de União, ficou completamente sem poderes". No entanto, não há como olvidar que, no caso do federalismo brasileiro, adoção e adaptação do norte-americano, a peculiaridade está em que a principal motivação justificou-se pela necessidade das oligarquias em conquistar a autonomia dos territórios sobre os quais mantinham poder. A primeira e mais distintiva característica de sua federação, apesar das tentativas de ajustes via texto constitucional, consiste na acentuada disparidade socioeconômica entre as unidades federadas e na diversidade cultural.

Posto isso, a crítica tecida por Celso Furtado,[15] ao analisar o estado federal brasileiro, afirmou que a sua sobrevivência depende da solidariedade e da cooperação entre seus membros, vez que o conceito de federalismo atua como mecanismo para expressar a ideia de que a organização política deve basear-se na solidariedade e na cooperação, não bastando restaurar formalmente a federação brasileira para que se restitua ao poder central a equidistância com respeito às diferentes regiões do país.

Portanto, os mecanismos de equilíbrio estabelecidos para preservar a harmonia entre os Poderes realçam a supremacia da República Federativa, tendo resultado daí a adoção do sistema presidencialista, nos moldes de sua matriz norte-americana, estruturado com base nos ideais de democracia, liberdade, igualdade e soberania popular, o que serviu de base principiológica para as demais constituições brasileiras.

---

14 FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 13. ed. 1 reimpressão. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009, p. 249.

15 FURTADO, Celso. **O longo amanhecer:** reflexões sobre a formação do Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

5. CONCLUSÃO

O federalismo brasileiro, nos moldes das Constituição de 1891, foi de fato influenciado pelas ideias norte-americanas, concebidas por Madison, Hamilton e Jay, autores do documento intitulado "O Federalista", cujos princípios fundamentais do regime político foram instaurados por meio de um sistema republicano, presidencialista, federal, com Congresso bicameral e com Poder Judicial Federal, que tem como função o controle da constitucionalidade das leis e atos estatais.

É necessário compreender que a separação de poderes concebida pelos federalistas é aprimoramento dos conceitos elaborados por Montesquieu, no qual a União, os Estados e os Municípios obedecem a uma escala vertical; e o Legislativo, o Executivo e o Judiciário obedecem a um controle de poder de forma horizontal.

A mais concisa das constituições republicanas brasileiras previa os elementos caracterizadores dos Estados Federais, uma vez que previa em seu texto a intervenção federal nos Estados e regulava os três poderes nacionais, harmônicos e independentes entre si. Tratava dos Estados-membros, permitindo-lhes regerem-se por uma constituição, designando os seus bens, atribuindo-lhes competências e vedações. Quanto ao Município, a este assegura a sua autonomia, respeitando o seu peculiar interesse.

Apesar de sua previsão constitucional, sempre houve dificuldades para compreender a federação como um pacto entre partes livres e iguais, vez que a federação brasileira não resultou de acordo entre as unidades políticas pré-existentes, tal como na experiência norte-americana, mas sim da desagregação do Estado Unitário, sob a forma de governo monárquico. Desta forma, as Províncias foram organizadas a partir do governo central, que indicava seus presidentes entre os membros da elite política que estivessem desvinculados das regiões que iriam governar.

Assim, o Estado federal brasileiro esforçou-se, desde sua primeira constituição republicana, pela defesa da autonomia imbuída na divisão tridimensional da organização da política nacional. Esta base principiológica consolidada no texto de 1891, influenciada pelo federalismo norte-americano, se repetiu com as adequações que o momento histórico possibilitou nas demais constituições brasileiras.

Portanto, o estudo do federalismo norte-americano e dos aspectos sociais, políticos e econômicos que envolveram sua inserção dessa forma de estado na primeira constituição republicana do Brasil resgata parte da história do constitucionalismo nacional e possibilita melhor compreensão do estado federal brasileiro atual, reflexo do aprimoramento histórico e político daquele constituído em 1891.

REFERÊNCIAS

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução: Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 451.

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano:** fundamentos do direito constitucional. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey: 2006.

LIMONGI, Fernando Papaterra. "O Federalista": remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco C. (org). **Os clássicos da política**. 14. ed. São Paulo: Ática, 2010.

HORTA, Raul Machado. O federalismo do Direito Constitucional contemporâneo. **Revista Latino-americana de estudos constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, p. 713-740, jan./jun., 2003.

MORAES FILHO, José Filomeno de. Separação de Poderes no Brasil Pós-88: princípio constitucional e práxis política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. **Teoria da constituição:** estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rios de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 151-197.

BALEEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras:** 1891. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 13. ed. 1 reimpressão. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. **A constituição parcial**. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 21-22)

MAUÉS, Antonio G. Moreira. O federalismo brasileiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (1988-2003). In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno. **Direito constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 65-85, p.66)

CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. **Constituição federal brasileira, 1891:** comentada. ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002, p.240).

FURTADO, Celso. **O longo amanhecer:** reflexões sobre a formação do Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

O ABUSO DE PODER NAS ELEIÇÕES: uma análise crítica quanto à relevância política, econômica e jurídica da interferência judicial

Alonso Freire[1]
Hugo Moreira Lima Sauaia[2]

1. INTRODUÇÃO

Parece uma obviedade hoje, em teorias democráticas, a universalidade do sufrágio. O povo deverá participar da efetivação do ideário político, e o voto será sua ferramenta indiscutível. Esta convicção, porém, é recente. Eram comuns afirmações diversas e baseadas em um suposto rigor pragmático: "[...] quando desse pensamento abstrato, quando da teoria se desce à realidade, ao ser prático da sociedade, o espírito mais liberal não pode deixar de reconhecer que o voto universal é uma verdadeira utopia.[3]" A lição do Marquês de São Vicente, obtusa ao olhar dos cientistas políticos e juristas do Séc. XXI, é marca de seu tempo, e sua superação não se deu sem grandes dificuldades. Era essa, aliás, a realidade da Constituição Brasileira do Império – mas não só dela, ainda hoje a mais longeva da história brasileira – e que dispunha de não menos que cinco modalidades de exclusão ao sufrágio, que incluíam os menores de 25 anos, trabalhadores na condição de criados – brancos ou negros –, filhos dependentes economicamente de seus pais, e aqueles que não dispunham de cem mil réis de renda líquida anual. Da mesma forma, apesar de

1 Doutor em Direito Público pela UERJ, professor universitário, ex-assessor de Ministro do STF e advogado em São Luís e em Brasília.

2 Doutorando em Direito Constitucional pela USP – Largo do São Francisco, professor universitário e advogado em São Luís e em Brasília.

3 BUENO, José Antônio Pimenta. Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império. Senado Federal, Brasília, 1978, p.190.

não expressa em seu texto, a tradição conservadora proibia o voto feminino.

Os fundamentos a justificar o voto censitário e restrito foram igualmente difundidos. Enunciavam que apenas aqueles homens que possuíam renda e propriedade deteriam uma "participação singular na sociedade"[4], o que implicaria na condição de membros comprometidos com a comunidade, e logo, com interesse pessoal nas políticas do Estado, especialmente a tributação. Apenas os proprietários possuiriam independência suficiente para justificar uma voz própria no governo. De forma menos altiva, mas fortemente presente, estava ainda a noção de que abundariam as oportunidades econômicas nas colônias, portanto, aqueles que não obtivessem tal nível financeiro e social seriam verdadeiramente incompetentes, e, assim, imprestáveis para os nobres assuntos políticos. Se o direito ao voto não fosse herdado – por ser o cidadão oriundo de família de posses –, poderia ser obtido, mas não sem o filtro da meritocracia.

O voto feminino, por exemplo, introduzido com severas restrições pelo Código Eleitoral brasileiro de 1932 – vitória fruto dos movimentos feministas do começo do século, influenciados pelo progressismo europeu[5] – somente seria plenamente alcançado na

4 KEYSSAR, Alexandre. O direito de voto. Editora UNESP, São Paulo, 2013, p.25.

5 "Quanto à questão da inserção feminina no pleito eleitoral, desde meados do século XIX, já ocorriam no Brasil manifestações isoladas em prol do direito de voto para a mulher. Nesse sentido pode-se citar o caso de Isabel de Sousa Matos, dentista que, baseada na Lei Saraiva, teria conseguido alistar-se para votar na Província do Rio Grande do Sul em 1885. Entretanto, a luta pelo direito ao voto feminino só tomou uma direção mais definitiva entre as décadas de 1910 e 1920, com o aparecimento no Rio de Janeiro de duas associações femininas. A primeira delas, Partido Republicano Feminino, foi fundada em 1910 pela professora Leolinda de Figueiredo Daltro. A segunda, a Liga pela Emancipação Intelectual da Mulher, surgiu em 1920, foi rebatizada em 1922 como Federação Brasileira pelo Progresso Feminino, tendo Bertha Lutz como responsável pela sua fundação. A partir de então as brasileiras passaram a se organizar de uma forma mais sistematizada na busca pelos seus direitos políticos, promovendo passeatas, escrevendo para jornais, pressionando os políticos a atender suas demandas bem como promovendo reuniões e conferências para discutir seus problemas. Nos quadros de sócias de ambas as associações, pode-se encontrar

Constituição de 1934[6], produto, por sua vez, da Revolução de 30, que sobrepôs as articulações regionais – majoritariamente paulista e mineira (historicamente conhecida como a política do café com leite) e guindou Getúlio Dorneles Vargas à Presidência da República. A permissão legitimaria a forte participação feminina nas eleições de 1933, especialmente no Rio Grande do Sul, estado de origem do Presidente, onde alcançaria 30% (trinta por cento) do eleitorado[7].

Neste ponto, a história da evolução do sufrágio no Brasil parece dar razão à opinião do Visconde de Tocqueville, para quem "uma vez que um povo começa a interferir com a qualificação do direito ao voto, pode-se ter a certeza de que, cedo ou tarde, ela será totalmente

---

o nome de muitas mulheres nascidas no Rio Grande do Sul." Mônica Karawejczyk, A 'prenda' e o voto: as primeiras participações femininas nas eleições do Rio Grande do Sul (1933-1935) História: Debates e Tendências – v. 16, n. 2, jul./dez. 2016, p. 483.

6 O Código Eleitoral de 1932, apesar de suas limitações, e a Constituição de 1934, a despeito dos retrocessos da Carta de 1937, trouxeram indiscutíveis avanços ao sistema político: "O Código Eleitoral de 1932 trouxe várias modificações: instituição do voto secreto; criação da Justiça Eleitoral – Tribunal Superior Eleitoral e Tribunais Regionais Eleitorais –, centralizando o processo eleitoral nesses órgãos do governo; determinação de que os trabalhos de alistamento, a organização das mesas de votação, a apuração dos votos e o reconhecimento e proclamação dos eleitores seria feito pela Justiça Eleitoral. Com esse novo Código tentou-se moralizar o processo eleitoral e acabar com o controle pela política local, já que toda centralização se daria pela Justiça Eleitoral." A longa conquista do voto na história política brasileira, Vera Chaia, http://www4.pucsp.br/fundasp/textos/downloads/O_voto_no_Brasil.pdf, acesso em 03 fev. 2020. "Com a Constituição de 1934, a questão social passou a assumir grande destaque no país: direitos democráticos foram conquistados, a participação popular no processo político aumentou, as oligarquias sentiram-se ameaçadas - juntamente com a burguesia - pela crescente organização do operariado brasileiro e de suas reivindicações. Nessa conjuntura registrou-se a primeira grande campanha nacional em que a Imprensa esteve envolvida: o debate a respeito do apelo nacionalista apregoado pelo Integralismo, movimento anti-liberal, anti-socialista, autoritário, assemelhado ao Fascismo italiano. Em conseqüência disso, o equilíbrio era algo difícil e já se previa naquela época que alcançá-lo iria levar tempo, para as novas forças políticas brasileiras." ARRUDA, Marcos. CALDEIRA, Cesar. Como Surgiram as Constituições Brasileiras. Rio de Janeiro: FASE (Federação de Órgãos para Assistência Social e Educacional). Projeto Educação Popular para a Constituinte, 1986.

7 Mônica Karawejczyk. p. 484.

abolida"[8]. Ao mesmo tempo, reforça a compreensão de que seriam propícios à expansão os momentos de ebulição social e conflito – mesmo aqueles de guerras armadas – já que exércitos precisariam ser recrutados, e as forças políticas dependeriam do apoio da sociedade civil, comprometida com os avanços pretendidos. Não é fácil forçar homens a pegar em armas, ou a pagar impostos, e ao mesmo tempo negar-lhes o direito ao voto. Os movimentos femininos seriam, em tese, naquele momento histórico, fontes de legitimação ao governo recém-constituído, e à sua máxima autoridade[9].

À medida que este universo de votantes se amplia, é previsível a utilização do poder político e econômico, até mesmo o religioso, na tentativa – frequentemente em moldes imorais ou ilegais – de forçar a construção de eleitorados capazes de eleger um ou outro candidato, por meio de recursos capazes de angariar tal apoio democraticamente ilegítimo. É inegável que o grande contingente, em aparente paradoxo com a justeza dos pleitos, permitirá, em maior escala, o abuso, uma vez que ingressarão vulneráveis de todas as ordens, suscetíveis de manipulação e controle. Não são poucos os relatos de venda de votos nos interiores do Brasil, por ínfimas quantias, ou parcos favores, demonstrando como a pobreza é fator de preocupação na construção de um sistema político efetivamente guiado pela livre vontade das maiorias e em respeito às minorias constitucionalmente protegidas.

Dois acontecimentos atuais, de realidades diversas, parecem subsidiar tais circunstâncias – de que são frequentes as acusações e condenações por abusos. O primeiro, o recentemente julgado *impeachment* do Presidente dos Estados Unidos da América, Donald Trump, acusado de usar seu poderio político e capacidade de autorizar o apoio a Estados Estrangeiros, aproveitando-se de tais recursos

8 Tocqueville, A. de. Democracy in America. J. P. Mayer and Max Lemer (eds.) Nova York, 1966, p.52.

9 KEYSSAR, Alexandre. O direito de voto. Editora UNESP, São Paulo, 2013, p.27.

para tentar minar a candidatura de político democrata, nas eleições a ocorrerem no ano de 2020. O Senado da República o absolveu, em julgamento marcadamente político – nos moldes constitucionais – sem, contudo, expor as agruras da possível investida presidencial contra o livre processo eleitoral. Do outro lado do Atlântico, a Sen. Selma Arruda[10], do Podemos – MT, tive seu mandato e direitos políticos cassados pelo Tribunal Superior Eleitoral, em razão da alegada utilização de Caixa 2 e abuso de poder econômico. A acusação seria do recebimento de empréstimo não declarado à Justiça Eleitoral, ainda que de origem lícita, e proveniente de aliado político cujo patrimônio é expressivo, e, em tese, permitiria a doação de tal proporção.

Todavia, ao menos na perspectiva estadunidense, três são os casos mais proeminentes sobre a discussão quanto à agudez e à adequação da intervenção judiciária no processo eleitoral e suas ramificações. Em *Bush v. Gore*, a Suprema Corte enfrentou a espinhosa questão relativa à constitucionalidade do processo de recontagem dos votos contabilizados na eleição presidencial do ano de 2000. O critério seria a ofensa à cláusula constitucional da igual proteção a todos, considerando a Corte que havia nítida deficiência quanto aos critérios a serem utilizados para a recontagem, em especial quanto à inclusão e exclusão de certas urnas. Nas entrelinhas diz-se que a Corte estaria preocupada com o alto nível de discricionariedade que a legislação estadual concedera aos oficiais e juízes estaduais, o que poderia permitir irrazoável dose de manipulação eleitoral, com a exclusão da participação eleitoral de muitos cidadãos[11].

10 RO 0601616-19 (PJe)

11 Daniel P. Tokaji, First Amendment Equal Protection: On Discretion, Inequality, and Participation, 101 MICH. L. REV. 2409, 2488-90 (2003); Daniel P. Tokaji, University of Pennsylvania Law Review [Vol. 159: 273 PENNumbra, The Role of Judges in Election Law.

Apesar da compreensão de que a intenção da Corte fora positiva, recebeu forte crítica em razão da carência de fundamentação do acórdão, o qual deixou de estabelecer, por exemplo, o nível de escrutínio para a utilização de referido critério, ou seja, em que circunstâncias, e sob que parâmetros, a *equal protection clause* – premissa da 14ª Emenda à Constituição Norte-Americana, que prevê a igual aplicação da lei para todos – poderia ser utilizada como precedente para justificar a anulação de outros procedimentos similares ou análogos.

Além disso, a providência adotada pela Corte, de interrupção do processo de recontagem, alternativa mais simples e imperfeita que a determinação da recontagem sob um critério definido como constitucionalmente adequado, sofreu enorme fonte de críticas e acusações de partidarismo ou mesmo incompetência decisória. *Justice* O´Connor, considerada o *swing vote*[12] naquela ocasião, onde a tese vitoriosa prevalecera por cinco votos contra quatro, chegou a explicitar seu remorso, afirmando à mídia que a decisão dera à Corte "uma reputação imperfeita"[13].

Outro detalhe curioso, é ser o precedente raramente citado em outras deliberações da própria Suprema Corte, o que dificulta a elucidação de seu significado e impede maiores desmembramentos. Referida omissão é combustível para os críticos que afirmam ter a própria Corte vergonha daquela decisão pretérita, por outro lado, permite a compreensão de que a lição ali esculpida, ainda que com suas deficiências, já fora abandonada ou desprezada pelo Tribunal[14].

12 Voto mais imprevisível naquele momento, e que pesou na formação da maioria de 5 contra 4. O Suprema Corte Estadunidense conta apenas com 9 Ministros ou *Justices*.

13 https://newrepublic.com/article/113079/sandra-day-oconnor-barry-goldwater-letter-bush-vital-court, acesso em 07 de março de 2020; University of Pennsylvania Law Review [Vol. 159: 273 PENNumbra, Daniel P. Tokaji.

14 e Chad Flanders, Please Don't Cite This Case! The Precedential Value of Bush v. Gore, 116 YALE L.J. POCKET PART 141, 144 (2006), http://www.yalelawjournal.org/images/pdfs/75.pdf.

Por sua vez, em *Crawford v. Marion County Election Board* a Corte rejeitou a alegação de inconstitucionalidade de lei estadual que exigia a apresentação de identificação com foto para que os eleitores pudessem votar. Novamente por cinco votos a quatro, a Corte decidiu que a exigência seria válida, atendendo ao critério autorizador de imposição legal de tais exigências formais, mesmo sem que o estado-membro fosse capaz de relacionar casos suspeitos de fraude que tenham justificado a medida, o que, de outro lado, facilitou os argumentos de que a lei pretendia dificultar a participação de eleitores democratas em condição de franca pobreza.

As críticas agora se devem à aparente incoerência da decisão tomada com precedentes anteriores – sem qualquer indicação expressa de *overruling* – como aquele conhecido por *Harper*, circunstância na qual a Corte suspendeu a exigência de uma taxa de votação de pouco mais de um dólar, que serviria exatamente para gerar obstáculo aos mais pobres, apesar das evidências de que a mesma consequência seria gerada pela exigência da obtenção de documentos de identificação com foto. A decisão, mais uma vez, teve dificuldades em expor fundamentos de modo a deixar claro o critério utilizado para resolver o caso, em dissenso com precedentes anteriores, que datavam de muitos anos[15].

Por último, em *Citizen United*, novamente a Corte atraiu forte oposição, ao decidir que o financiamento de campanhas seriam uma forma ilimitada e não-restringível de liberdade de expressão protegida pela Constituição Norte-Americana, em especial por sua Primeira Emenda. O frágil critério utilizado para a solução do *hard case* pareceu a muitos imbuído de propósitos corporativos e distante da imposição de limites ao poder econômico e sua capacidade de erodir os valores democráticos por meio da intervenção ilegítima no processo político-eleitoral.

15 Christopher S. Elmendorf, Structuring Judicial Review of Electoral Mechanics: Explanations and Opportunities, 156 U. PA. L. REV. 313, 359 (2007)

O precedente superou *Austin*, no qual havia a Corte compreendido que a existência de limites ao financiamento seria legítima em atenção à prevenção da corrupção e ao ideal de equidade na participação política. Em síntese, em um sistema de gastos ilimitados de campanha, a liberdade de expressão dos "*have-a-lots*" facilmente superaria aquela dos "*have-nots*". Ademais, o precedente dizimou a capacidade do Congresso de promover limitações por meio de legislação, retirando sua participação em parcela central do mecanismo que pretende aprimorar o ideal democrático estadunidense[16].

Como se percebe, tentar definir, de forma objetiva, o que seria o abuso político e econômico em eleições é questão traiçoeira. Discutir-se, assim, em que medida o ato praticado será dotado de relevância e pertinência suficientes para configurar abuso de poder é análise preambular imprescindível ao se considerar qualquer resposta a esta questão, sob pena de colocar-se em cheque o próprio resultado do pleito, com a cassação do mandato político - o qual é consequência direta do recebimento de parcela significativa dos votos válidos, seja no sistema proporcional ou majoritário.

Um resultado, que se aproveite de circunstâncias insignificantes ou sem a capacidade de influenciar o pleito, e submeta o candidato eleito a penas tão gravosas quanto a perda do mandato eletivo e a suspensão dos direitos políticos, subverterá a própria noção de democracia, lançando aos órgãos fiscalizadores, mormente ao Poder Judiciário, a discricionariedade de confirmar ou não a eleição realizada. Em outras palavras: o mandato político, como resultado do processo eleitoral democrático e constitucionalmente legitimado, somente poderá ser cassado, em razão do diagnóstico do abuso de poder, seja ele econômico ou político, presente o requisito da pertinência ou relevância na obtenção do resultado.

16 Daniel P. Tokaji, The Obliteration of Equality in American Campaign Finance Law (and Why the Canadian Approach Is Superior), (The Ohio State Univ. Moritz Coll. of Law Pub. Law & Legal Theory Working Paper Series, Paper No. 140, 2011.

A anulação de uma eleição, como resultado da cassação de um registro ou de um mandato, não representa apenas um impedimento a um interesse político do postulante ao cargo ou do já mandatário. Bem pensada, tal anulação é a negação dos efeitos que decorrem da manifestação de vontade popular externalizada por meio do voto direto em um candidato submetido à competição eleitoral. Isto porque, em uma competição eleitoral, estão envolvidos não apenas os interesses legítimos dos postulantes aos cargos em disputa, mas também aqueles pertencentes à coletividade. Em síntese, a privação do cargo em razão da responsabilização de seu titular pode produzir efeitos negativos também à soberania popular.

Qualquer decisão que interfira, portanto, neste intrincado processo, para não se revelar meramente discricionária – ou mesmo precária –, precisa estar a par, ao menos, da relevância dos aspectos político, eleitoral e jurídico para o processo eleitoral. Em especial a sua importância jurídico-constitucional precisa ser considerada, de modo a não significar meramente uma interferência despreocupada e deslegitimadora de resultados obtidos mediante o árduo processo de formação e divulgação de opiniões políticas, vontades populares, participação pública e, em resumo, todo o substrato fértil e produtor da consciência política que faz evoluírem as democracias jovens como a brasileira.

O desenvolvimento de tais aspectos de forma compreensível servirá ainda de criteriologia utilizável quando da análise de casos de difícil solução, dando maior coerência a qualquer decisão que pretenda interferir ou não no processo eleitoral, mesmo sem pretender esgotar o tema, mas apenas dar subsídios para outras análises, profissionais ou acadêmicas.

2. A RELEVÂNCIA POLÍTICA

Levantamentos revelam que o Brasil tem um prefeito retirado do cargo a cada oito dias pela Justiça Eleitoral. Desde as eleições municipais realizadas em 2012, mais de uma centena de prefeitos foram cassados e retirados do cargo, conforme revelou pesquisa recente realizada pelo *site* G1[17], com base nos dados dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Tribunal Superior Eleitoral. A despeito do elevado número de prefeitos destituídos revelados nessa pesquisa, é de se notar que tal quantitativo poderia ser ainda maior. É que o levantamento em questão não leva em conta os prefeitos retirados do cargo pela Justiça comum ou pelas Câmaras municipais. Ele também não inclui os cassados em primeira instância que já conseguiram reverter a decisão em instância superior e não respondem mais a processos que possam ensejar a perda do cargo. Ou seja, a quantidade de prefeitos destituídos é bem maior do que aquele número já expressivo revelado na reportagem.

Dados atualizados do Tribunal Superior Eleitoral revelam que, desde julho de 2017, foram realizadas mais de 400 eleições extraordinárias municipais, gerando um custo de cerca de 30 milhões de reais. Nesse ritmo, não há dúvidas de que a tendência nos próximos anos é de que este número se eleve, e isto por duas razões principais. Em primeiro lugar, foi eliminada a possibilidade de diplomação do segundo colocado no pleito. Em segundo lugar, em municípios, as novas eleições diretas poderão ocorrer agora nos três primeiros anos e meio, e não apenas no primeiro biênio, como se sucedia anteriormente. Essas duas inovações decorrem do disposto na Lei nº 13.165, de 26.09.2015, que alterou o Código Eleitoral (Lei nº 4.737, de 15.07.1965), e do quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal

17 http://g1.globo.com/politica/eleicoes/2016/noticia/2016/02/brasil-tem-1-prefeito-retirado-do-cargo-cada-8-dias-pela-justica-eleitoral.html

nos autos da ADI 5.525 (Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. em 07.03.2018. Acórdão ainda não publicado).

Como afirma, com propriedade, Frederico Franco Alvim:

> Diante de números assim elevados, supomos não haver exagero em afirmar que uma cultura de cassação predomina no sistema, sedimentando um comportamento judicial punitivista no qual, em geral, questões fundamentais à operacionalização da democracia representativa e à garantia dos direitos de participação são olvidadas, muitas vezes, sem maiores freios ou acanhamentos. Nesse universo, a despeito da cultura de transgressão historicamente verificada em nossa história política, não é descabido sugerir que a Justiça Eleitoral tenha, em algum ponto, se afastado de seu ponto ótimo, passando, em um plano geral, a banalizar, de certa forma, o que por uma questão de princípios deveria ser infrequente e excepcional.[18]

Muitas dessas eleições extraordinárias foram ordenadas após os prefeitos eleitos terem sido cassados por abuso de poder político, independentemente da gravidade do fato ensejador, como se sucedeu no caso dos Recorrentes. Ora, qualquer intervenção em um processo eleitoral deve ser feita com a parcimônia e a prudência devidas. Afinal, o deslocamento das decisões populares em um processo eleitoral para um órgão judicial deveria representar uma hipótese excepcionalíssima, dada sua natureza contramajoritária.

Esse problema é ainda mais acentuado quando se está diante de decisões judiciais que determinam a cassação de mandatos por "abuso de poder" – um conceito jurídico fluído e indeterminado – sem, contudo, considerarem os mais variados graus de gravidade do fato ensejador. Em síntese, a ameaça à soberania popular e ao princípio democrático que se concretizam na manifestação popular que se expressa por meio do voto direto se revela ainda mais significativa

18 ALVIM, Frederico Franco. *Abuso de Poder nas Competições Eleitorais.* Curitiba: Editora Juruá, 2019, p. 474.

quando decisões judiciais desconsideram os diferentes níveis de gravidade do fato gerador do abuso de poder quando da aplicação das sanções eleitorais cabíveis.

Não se estar aqui a defender o afastamento da jurisdição dos pleitos eleitorais nem a impunidade de quem pratica atos vedados pela legislação. É impossível não reconhecer a importância da Justiça Eleitoral para a preservação da higidez e lisura do processo eleitoral, bem como o importante papel pedagógico desempenhado pelas sanções eleitorais. Entretanto, é preciso conciliar o caráter contramajoritário das decisões sancionatórias da Justiça Eleitoral com a livre manifestação da vontade popular, sob pena de se depreciar o princípio democrático e a soberania popular. A propósito, decisões da Justiça Eleitoral, como a ora recorrida, que desconsiderem a gravidade do fato ensejador do abuso de autoridade no momento da aplicação da sanção geram o risco de colocarem desnecessariamente na chefia do Poder alguém que não recebeu qualquer voto para exercê-la, já que, pela legislação atual, caberá ao chefe da respectiva casa legislativa ocupar o cargo, ainda que temporariamente. Não há violação maior a uma democracia do que o povo ser governado por quem por ele não foi eleito.[19]

Em síntese, a decisão da Justiça Eleitoral que desconsidera a existência de diferentes níveis de gravidade do fato ensejador de abuso de poder para a imposição de sanções dele decorrentes traduz-se em clara violação ao princípio da proporcionalidade e põe em ameaça a própria manifestação popular. Isto porque, se por um lado tal decisão busca tutelar a retidão e a igualdade na competição eleitoral, por outro, ela encerra o perigoso risco de se sobrepor, de forma desmedida, à soberania do voto popular, o que, em última instância, poderá atingir, também de forma desproporcional, o princípio democrático. Portanto, em razão do número expressivo de eleições suplementares

19 DAHL, Robert. *Sobre a Democracia*. Brasília: Editora UnB, 2001.

determinadas por decisões da Justiça Eleitoral sem a devida consideração dos diferentes níveis ou graus de gravidade do fato ensejador do abuso de poder político, não há qualquer dúvida de que esta questão transcende os interesses subjetivos discutidos nos autos.

A questão constitucional discutida nos autos possui também relevância do ponto de vista econômico. A concretização de direitos, inclusive os políticos, não se faz sem custos. Ao determinar que se procedam a novas eleições, é evidente que gastos serão despendidos. Somente nos últimos 10 anos, a Justiça Eleitoral decretou a necessidade de realização de 399 novas eleições municipais em todo o território brasileiro. Dados do Tribunal Superior Eleitoral indicam que, entre 2017 e 2018, foram realizadas 94 eleições suplementares. Apenas neste ano de 2019, o Tribunal Superior Eleitoral já agendou mais de 40 eleições suplementares.[20] Esses números não revelam apenas problemas no comportamento dos candidatos. Revelam igualmente uma cultura de cassação e um comportamento judicial punitivista com desmedida rigidez sancionatória, muitas vezes em prejuízo de direitos políticos de participação e da própria democracia representativa.

3. A RELEVÂNCIA ECONÔMICA

Embora a Advocacia-Geral da União esteja autorizada a ajuizar ações de ressarcimento contra o político cuja cassação por ilícitos na campanha tenha causado a necessidade de realização de novas eleições, é evidente que a população fica prejudicada nas hipóteses de mandatos cassados de forma desmedida. Isto porque a obtenção do justo ressarcimento dos valores despendidos pelo erário para a

20 http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-suplementares/calendarios/calendario-das-eleicoes-suplementares-2019

realização de pleitos eleitorais suplementares, resultantes de anulação dos pleitos regulares, pode levar anos. Conforme informa, por exemplo, o jornal *O Globo*, desde outubro de 2016, 149 municípios pelo país — de Guajará-Mirim, em Rondônia, a Foz do Iguaçu, no Paraná — tiveram os mandatários substituídos e eleições suplementares.[21] Obviamente, isso tem um custo elevado. Até abril deste ano, o Tribunal Superior Eleitoral gastou R$ 2,8 milhões com a realização de eleições suplementares. Mas esse valor revela-se baixo quando comparado a novas eleições para o governo dos Estados. Somente no Tocantins, o Tribunal Regional Eleitoral gastou cerca de R$ 15 milhões para organizar o novo pleito para o governo do Estado em função da cassação do ex-governador Marcelo Miranda.

É claro que, a depender da gravidade do fato ensejador, o uso de tais valores para realização de novas eleições se justifica como legítima proteção da higidez do processo eleitoral e da expressão genuína da vontade popular. Afinal, a gravidade do fato pode, sem dúvidas, macular e comprometer o resultado do pleito eleitoral. Entretanto, é inegável que, se por um lado, é preciso proteger, ainda que de maneira contramajoritária, a higidez do processo eleitoral e a legitimidade de seu resultado, por outro, é necessário que se pondere a gravidade do fato ensejador de modo a se evitar não apenas o amesquinhamento do princípio democrático e da soberania popular, mas também gastos desnecessários de verbas que poderiam ser destinadas a outras finalidades mais preocupantes.

4. A RELEVÂNCIA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

O princípio constitucional da individualização das penas exige que esta sanção deve ser cominada e aplicada considerando

21 https://oglobo.globo.com/brasil/cassacoes-renuncias-fazem-brasil-eleger-um-novo-prefeito-por-semana-23853563

os elementos específicos do fato ensejador. Tal princípio tem sido aplicado com amparo na proporcionalidade e no princípio da instransferibilidade das penas, previsto, este último, no art. 5º, XLV, da Constituição. Esse princípio tem sido aplicado também nas esferas administrativa e cível, sob o argumento de que os ilícitos administrativos, cíveis e criminais, bem como suas respectivas sanções, são ontologicamente iguais, de modo que os termos "pena" e "condenado" são utilizados no direito sancionatório ou punitivo lato senso, o que confere ao princípio da individualização das penas o caráter de princípio geral do direito.

Portanto, tais dispositivos constitucionais não se aplicam apenas a quem tenha praticado ilícito penal. Tratando-se de garantias constitucionais, descabe a realização de interpretação restritiva de sua aplicação. Por essa razão, a individualização da pena alcança toda e qualquer infração, seja ela penal, cível, administrativa ou mesmo eleitoral. Desse modo, uma vez que a individualização da pena se mostra como princípio geral do direito na ordem jurídica nacional, é inegável sua aplicação ao campo do direito eleitoral, tanto como orientação para o legislador, quando da elaboração de sanções eleitorais, como, também, para o aplicador de tais sanções em situações concretas.

Esse raciocínio não apenas se aplica, mas representa verdadeira exigência constitucional, em virtude do princípio da proporcionalidade, em situações como a dos Recorrentes. Ora, se um candidato incorre na conduta vedada do art. 73, V, da Lei nº 9.504/1997, e se o § 7º desse mesmo artigo estabelece que essa conduta também constitui ato de improbidade administrativa, a que se refere o art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429/1992, então, resta óbvio que a sanção eleitoral deve ser aplicada "de acordo com a gravidade do fato", consoante o disposto no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa. Note-se que a gravidade é "do fato". Confiram-se os dispositivos em questão:

Lei federal nº 9.504/1997:

Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

V - nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, *ex officio*, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados:

§ 7º **As condutas enumeradas no *caput* caracterizam, ainda, atos de improbidade administrativa**, a que se refere o art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e sujeitam-se às disposições daquele diploma legal, em especial às cominações do art. 12, inciso III.

Lei federal nº 8.429/1992:

Art. 11. **Constitui ato de improbidade administrativa** que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - **praticar ato visando fim proibido em lei** ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, **de acordo com a gravidade do fato**:

Como revela a pesquisa de Frederico Franco Alvim, "fora do Brasil impera a lógica de que somente transgressões eleitorais extraordinariamente graves – graves em uma perspectiva global, como produto da capacidade para determinar o sentido dos resultados das urnas – permitem a decretação de penas políticas capitais".[22] É bem verdade que, no passado, o Tribunal Superior Eleitoral assentava em

22 ALVIM, Frederico F. *Abuso de Poder nas Competições Eleitorais.* Curitiba: Editora Juruá, 2019, p. 355. (no prelo).

seus julgados o entendimento de que as decisões de cassação de mandatos ou diplomas ou anulação de eleições dependiam da constatação de "potencialidade lesiva" ao pleito eleitoral nos atos tidos por ilícitos, seguindo, assim, a solução preponderante na jurisprudência estrangeira.[23] Portanto, prevalecia na jurisprudência daquela Corte Superior Eleitoral a ideia de que nem toda prática política irregular poderia ensejar a pena política capital, mas somente aquelas com gravidade suficiente para interferir no resultado do pleito eleitoral em favor de algum competidor.

Entretanto, essa ideia de "potencialidade lesiva" cedeu lugar ao conceito de "gravidade das circunstâncias", segundo o qual somente se deveria tomar em consideração questões como quem praticou o ato, ou como, quando e onde ele fora praticado. E isso se deu em razão da aprovação da Lei da Ficha Limpa, que, em seu art. 22, XVI, estabeleceu que "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." Em síntese, o Tribunal Superior Eleitoral não mais considera o resultado das eleições, mas a irregularidade em si para a caracterização de abuso de poder político, e, ao impor as sanções, o faz, agora, sem realizar um juízo de proporcionalidade.

Mas, como deveria ser a todos óbvio, as leis não devem ser interpretadas isoladamente, sob pena de se incorrer não apenas em erro, mas também em injustiça. Portanto, e especialmente em campo do direito marcado pela multiplicidade de normas, impõe-se a ideia da sistematicidade, que exige que o ordenamento jurídico deva ser interpretado de forma unitária. Ou seja, trata-se da ideia já bem difundida de que o Direito deve ser interpretado como um todo, de forma sistemática e coordenada.

23 ALVIM, Frederico F. Gravidade como Parâmetro para a Cassação de Mandatos: o arranjo brasileiro diante dos pressupostos axiológicos do sistema e da cena internacional. *Revista Justiça Eleitoral em Debate*, v. 8, n. 2, 2018, p. 94-106.

Então, se é bem verdade que, como tem assentado o e. Tribunal Superior Eleitoral, *"[E]m se tratando de abuso de poder, examina-se a gravidade da conduta, e não sua potencialidade para interferir no resultado da eleição"* (AgR-REspe no 37.740/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, DJE 6.6.2016) e que a "*aferição da gravidade, para fins da caracterização do abuso de poder, deve levar em conta as circunstâncias do fato em si, não se prendendo a eventuais implicações no pleito"* (AgR-Respe no 25.952/MS, Rela. Mina. Luciana Lóssio, DJE 14.8.2015), não se pode deixar de aplicar a Lei nº 9.504/1997, desconsiderando o previsto na Lei nº 8.429/1992, especialmente quando aquela iguala as condutas enumeradas em seu art. 73 a atos de improbidade administrativa.

Em síntese, o abuso de poder pode até se caracterizar sem a necessidade de se averiguar a potencialidade de ele alterar o resultado da eleição, mas a gravidade do fato ensejador deve ser considerada a fim de se averiguar qual sanção melhor preserva, a um só tempo, valores constitucionais igualmente importantes, como a legitimidade do processo eleitoral e a soberania popular.

Não se trata aqui de uma questão de legalidade. Trata-se, antes, de uma evidente questão de natureza constitucional. Isto porque trata-se de aplicar a mesma lógica gradual em respeito ao princípio constitucional da proporcionalidade, como será demonstrado mais adiante na fundamentação de mérito do presente recurso. Em outros termos, o legislador infraconstitucional, ao caracterizar as condutas tipificadas no art. 73 da Lei nº 9.504/1997 como sendo atos de improbidade administrativa, buscou impor aos órgãos julgadores a necessidade de gradação da sanção também no que diz respeito ao direito sancionatório eleitoral.

Referindo-se às sanções decorrentes das condutas vedadas previstas no art. 73 da Lei das Eleições, José Jairo Gomes, afirma, com inteira razão, o que se transcreve abaixo:

> No que concerne à imposição de sanção, há que se realizar juízo de proporcionalidade. O fato de uma conduta se enquadrar como vedada a agente estatal não significa que sempre e necessariamente leve à cassação de diploma. Na verdade, **a sanção deve ser ponderada em função da lesão perpetrada o bem jurídico. Assim, uma conduta vedada pode ser sancionada com multa, com a só determinação de cessação ou mesmo com a invalidação do ato inquinado.**[24] (grifou-se)

Esse é, inclusive, o entendimento expressado em precedentes do próprio Tribunal Superior Eleitoral:

> 4. **A penalidade pela prática de conduta vedada deve ser proporcional à sua gravidade**. **Na espécie, a cassação do diploma e a multa de 80.000 (oitenta mil) UFIR são desproporcionais,** pois a autorização de propaganda institucional em período vedado não resultou em comprometimento relevante da igualdade entre os candidatos. 5. **Recurso especial eleitoral parcialmente provido par afastar a sanção de inelegibilidade, excluir a cassação do diploma dos recorrentes e reduzir a multa para 20.000 (vinte mil) UFIR** (TSE. Recurso Especial Eleitoral nº 7832-05, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 06.08.2014). (grifou-se)

Esse entendimento foi referendado em caso posterior também envolvendo abuso de poder político por prática de conduta vedada. Veja-se:

> 2. Com base na compreensão da reserva legal proporcional, **nem toda conduta vedada e nem todo abuso do poder político acarretam a automática cassação de registro ou de diploma, competindo à Justiça Eleitoral exercer um juízo de proporcionalidade entre a conduta praticada e a sanção a ser imposta**. (TSE. Recurso Especial Eleitoral nº 33.645-SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 17.04.2015) (grifou-se).

24 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 766.

Em 2017, o Tribunal Superior Eleitoral voltou a assentar o entendimento de que as chamadas "condutas vedadas" precisam ser submetidas a um juízo de proporcionalidade. Ou seja: faz-se necessária a averiguação da gravidade da conduta para atrair a penalidade máxima de cassação e inelegibilidade. Veja-se:

> ELEIÇÕES 2016. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. ABUSO DE PODER POLÍTICO E DE PODER ECONÔMICO. RECURSO ESPECIAL.1. O Tribunal de origem, soberano na análise de fatos e provas, assentou que as referências elogiosas ao gestor partiram de populares, não se tratando de propaganda institucional. A revisão desse entendimento demandaria o reexame do contexto fático-probatório, a teor do verbete sumular 24 do TSE.2. Segundo constou do acórdão regional, a alegada conduta vedada decorrente da distribuição de bens em ano eleitoral teria beneficiado apenas 27 pessoas, o que não foi considerado grave no contexto da campanha a ponto de justificar a cassação do diploma, entendimento que se coaduna com a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral.3. **"Nem toda conduta vedada, nem todo abuso do poder político acarretam a automática cassação de registro ou de diploma, competindo à Justiça Eleitoral exercer um juízo de proporcionalidade entre a conduta praticada e a sanção a ser imposta"** (REspe 336-45, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 17.4.2015). Agravos regimentais aos quais se nega provimento. (Recurso Especial Eleitoral nº 9.934, Rel. Min. Admar Gonzaga, DJe 07.12.2017) (grifou-se)

5. CONCLUSÃO

Neste artigo, buscamos destacar as implicações associadas à ideia de abuso de poder político e econômico, tal como disciplinado na legislação brasileira atual. Chamamos atenção para as relevâncias política, econômica e jurídica da interferência judicial, enfatizando suas implicações e apontando os equívocos de um entendimento que desconsidera a existência de diferentes níveis de gravidade do

fato ensejador de abuso de poder para a imposição de sanções dele decorrentes. Esse entendimento, como asseveramos, traduz-se em clara violação ao princípio da proporcionalidade e põe em ameaça a própria manifestação popular.

O abuso de poder pode até se caracterizar sem a necessidade de se averiguar a potencialidade de ele alterar o resultado da eleição, mas a gravidade do fato ensejador deve ser considerada a fim de se averiguar qual sanção melhor preserva, a um só tempo, valores constitucionais igualmente importantes, como a legitimidade do processo eleitoral e a soberania popular. Como buscamos sustentar, trata-se de aplicar a mesma lógica gradual em respeito ao princípio constitucional da proporcionalidade, como será demonstrado mais adiante, na fundamentação de mérito do presente recurso.

EXPERIMENTALISMO DEMOCRÁTICO NO CONTEXTO DO FINANCIMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS

Ariston Chagas Apoliano Júnior[1]
Carlos Helder Furtado Mendes[2]
José Guimarães Mendes Neto[3]

1. INTRODUÇÃO

De acordo com Amartya Sem[4], uma concepção genuína e ampla da democracia pressupõe a observância de pontos centrais tais como a participação política, o diálogo e a interação pública.

Diante disso, importa rememorar que, no caso do Brasil, o contexto democrático e político vem sendo acobertado de críticas e

1 Doutorando em Direito pela Universidade de Salamanca (USAL), Salamanca, Espanha. Mestre em Criminologia pela Universidade Fernando Pessoa (UFP), Porto, Portugal. Especialista em Direitos Humanos e Gestão da Segurança Pública pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Graduado em Direito e Engenharia Mecânica. Coordenador Executivo da Unidade de Monitoramento, Acompanhamento, Aperfeiçoamento e Fiscalização do Sistema Carcerário do Tribunal de Justiça do Maranhão atuando principalmente nos seguintes temas: Criminologia, Modelagem de Sistemas Complexos e Informações Prisionais, Elaboração, Planejamento e Gestão de Projetos, Governança nas Políticas Públicas votada a pessoas em privação de liberdade em conflito com a Lei.

2 Doutorando e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra e o IBCCRIM. Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera-Uniderp/LFG. Bacharel em Direito pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco- UNDB. Advogado Criminalista.

3 Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP/DF). Especialista em Direito Eleitoral pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Especialista em Direito Penal Econômico pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu (IDPEE), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Bacharel em Direito pela UNDB Centro Universitário (UNDB/MA). Advogado Criminalista e Eleitoralista. Professor da UNDB Centro Universitário.

4 SEM, Amartya. A ideia de justiça. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 360.

de desconfianças em razão, principalmente, da falta de diálogo e de interação para com a sociedade sobre, a qual classe política se propõem a representar.

Nesse contexto, tem-se que a sociedade como um todo se encontra insatisfeita para com os rumos que a democracia brasileira vem adotando, motivo pela qual, portanto, um anseio por mudanças no sistema político vem sendo cada vez mais frequente e, quiçá, necessário[5].

Assim, na tentativa de harmonizar o projeto constitucional de um efetivo Estado Democrático de Direito para com os legítimos anseios da sociedade, algumas questões passaram a ter caráter prioritário para mudanças, como, por exemplo, o fim da intromissão de dinheiro privado nas campanhas públicas eleitorais com a finalidade de combater a corrupção, uma vez o caráter cada vez mais endêmico desta.

A razão disso, portanto, estava no pensamento de que a forte interferência do poder econômico no âmbito político, por intermédio do financiamento de campanha eleitoral, estava progressivamente direcionando a uma maior influência da classe mais rica sobre o resultado dos pleitos eleitorais e, assim, criando incentivos a relações de favorecimentos e promiscuidades entre os candidatos e seus financiadores[6].

Antes de analisar exclusivamente este cenário, o referencial teórico do experimentalismo democrático surge como opção de reflexão sobre as acelerações democráticas que, por vezes, podem advir do espaço público, mas sobretudo, intenta que advenha dos espaços institucionais. Por conta disso, importante passa a ser a análise dos

5 SARMENTO, Daniel; OSORIO, Aline. Uma mistura tóxica: política, dinheiro e o financiamento das eleições. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/1/art20140130-01.pdf. Acesso em 16/01/2020. p. 01.

6 SARMENTO, Daniel; OSORIO, Aline. Uma mistura tóxica: política, dinheiro e o financiamento das eleições. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/1/art20140130-01.pdf. Acesso em 16/01/2020. p. 02.

postulados filosóficos que sustentam o raciocínio experimentalista de Unger, quais sejam, a da "sociedade como artefato humano" e de que "tudo é política", bem como o destaque crítico feito à forma dominante de pensar o direito e à necessidade do reforjamento da análise jurídica para que sirva como ferramenta experimentalista direcionada à aceleração da democracia.

Ultrapassada esta etapa, importa avaliar a manifestação tomada pela Suprema Corte brasileira quanto ao fim do financiamento privado de campanhas eleitorais em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650. Deste julgamento[7], ficou decidido pela inconstitucionalidade das normas que permitem as empresas doarem às campanhas públicas eleitorais.

Todavia, apesar da decisão, a questão continua em voga, uma vez que sua efetividade passou a ser questionada, isto é, passou-se a questionar sobre até que ponto essa alternativa decisional seria eficaz e viável no precípuo fim sobre a qual a mesma se propôs, qual seja, de combater a corrupção.

Deste modo, para fins de abordagens desta temática e de sua consequente problematização, faz-se necessário também a sua visualização prática. Portanto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650/DF, em especial, no que tange aos votos do Relator Ministro Luiz Fux e de dois votos divergentes dos Ministros Gilmar Mendes e Teori Zavascki, servirão como parâmetro para discutir a efetividade na relação entre financiamento privado de campanha e o combate a corrupção.

Diante disso, torna-se clara e indiscutível a relevância desta temática: primeiramente no âmbito científico, uma vez que coloca em questão o princípio democrático adotado pelo Estado brasileiro; segundo no âmbito social, haja vista o fato de o possível esvaziamento do exercício democrático político e representativo de considerável

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650-DF. Relator Ministro Luiz Fux. Plenário. 2015a. p. 07.

e importante parcela da sociedade brasileira, quais sejam, o poder privado.

2. EXPERIMENTALISMO NO CONTEXTO DA DEMOCRACIA ELEITORAL SOB O VIÉS DE ROBERTO MANGABEIRA UNGER

De acordo com Unger[8], a democracia seria um projeto bem mais valioso e que corresponde para além de um pluralismo partidário e de uma responsabilidade dos eleitos perante o eleitorado, isto é, corresponderia para proporcionar uma aliança entre o progresso material (isto é, "não basta ter liberdade para combinar produção, é necessário liberdade para recombinar ou substituir as instituições que definem as relações de troca e de produção" dando, portanto, "armas e asas aos nossos desejos") e a independência individual ("libertando dos esquemas triturantes de divisão e hierarquia social").

Todavia, essa aliança dependeria do experimentalismo prático, uma vez que ambos sujeitam as práticas sociais a um ajuste experimental em que haja sempre um avanço constante no sentido daquelas práticas que proporcionem encorajamento para que cada vez mais ocorram ajustes[9]. Ou seja, seria necessária uma ação para fins de emersão de um experimentalismo democrático, de uma política transformadora da rotina social, pois, uma vez assim não acontecendo, a harmonia entre o progresso material e a independência individual não existiria[10].

8 UNGER, Roberto Mangabeira. O direito e o futuro da democracia. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 16.

9 UNGER, Roberto Mangabeira. O direito e o futuro da democracia. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 16-7.

10 GODOY, Arnaldo Moraes. Notas para uma introdução ao pensamento de Roberto Mangabeira Unger. Disponível em: <http://www.robertounger.com/pt/wp-content/uploads/2017/01/notas-para-introducao-unger.pdf>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2020. p. 01-09. 2017. p. 07-08;

Ocorre que o experimentalismo democrático possui como um de seus empecilhos o fetichismo estrutural e institucional.

Nas palavras de Unger[11], o fetichismo estrutural seria a negação à possibilidade de mudança da qualidade dos contextos formadores. Logo, um contexto formador de qualidade seria verificado por sua abertura à revisão e esta é avaliada na medida em que a distância entre as atividades reprodutoras de estruturas e as transformadoras de estruturas for reduzida.

O fetichismo institucional, por sua vez, seria a crença de que as instituições abstratamente pensadas teriam unicamente uma só versão. Consiste na "identificação inibidora e injustificada de concepções institucionais abstratas, como a democracia representativa e a economia de mercado, com um conjunto específico e contingente de estruturas institucionais" em que o seu afastamento dependeria de um trabalho conjunto envolvendo cientistas e críticos sociais[12].

Em consonância, Rodrigo Mudrovitsch[13] discrimina que o fetichismo em seu aspecto institucional, "é definido como crença de que concepções institucionais abstratas teriam expressão natural única", enquanto que, em seu aspecto estrutural representaria "a negação da possibilidade de que a qualidade das instituições sociais seja alterada".

Esses fetichismos conduzem para uma noção da tese de convergência em que se busca favorecer um conjunto único de melhores práticas que foram adotadas por todo o mundo[14]. Ou seja, a tese da

11 UNGER, Roberto Mangabeira. Política: os textos centrais. São Paulo: Boitempo; Santa Catarina: Editora Argos, 2001. P. 14-5.

12 UNGER, Roberto Mangabeira. O direito e o futuro da democracia. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 17-8.

13 MUDROVITSCH, Rodrigo. Desentrincheiramento da jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 24.

14 UNGER, Roberto Mangabeira. O direito e o futuro da democracia. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 18-9.

convergência significaria tendência majoritária de se defender que o progresso do mundo perpassaria pela aproximação, por tentativa e erro, das únicas formas institucionais que se mostraram apropriadas em gerar um sentimento de sucesso[15].

As teses do fetichismo institucional e estrutural e da convergência produzem consequências "dramáticas" para a democracia por, basicamente, quatro motivos: a) por proporcionar a desaceleração da democracia; b) porque a combinação de ambas faz com que as diferenças entre democracias sejam extintas em busca de uma maior adesão às práticas e instituições projetadas pelos países com maior influência pelo mundo; c) porque ambas direcionam a reinvenção da democracia pela política tão somente quando da ocorrência de momentos de crises; d) porque ao homem é intrínseco o poder de reinventar e refazer a sociedade que transcende a qualquer coisa[16].

Objeções são feitas especialmente quanto à tese da convergência e estas circundam em duas linhas principais, quais sejam: que ininterruptamente se tem meios institucionais alternativos para o implemento de objetivos práticos; que não se pode dissociar "os contornos prático e espiritual da nossa civilização", uma vez que ao escolhermos determinado conjunto de instituições preterindo outras também estamos escolhendo certa forma de vida e de relacionamento para com as outras pessoas.

No mais, a tese da convergência ainda é capaz de reforçar o projeto político com atual influência, sobretudo na parcela do mundo em desenvolvimento, qual seja, o neoliberalismo. O equívoco do neoliberalismo, por sua vez, reside "na sua racionalização retrospectiva, que também opera sérios efeitos no âmbito da aná-

15 MUDROVITSCH, Rodrigo. Desentrincheiramento da jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 24.

16 MUDROVITSCH, Rodrigo. Desentrincheiramento da jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 26.

lise jurídica, notadamente no que diz respeito ao direito constitucional"[17].

A crítica do Mangabeira ao neoliberalismo não necessariamente denota que o mesmo adere a uma teoria esquerdista. O próprio define-se como supraliberal, isto é, defende o enfrentamento contra o neoliberalismo, considerando sua ameaça para a consolidação de experimentalismos democráticos. Desse modo, entende que ao neoliberalismo deve ser lançado unicamente um olhar de reconhecimento por ter sido um momento político de relevância, sem, para isso, ser necessário fomentar o apego desmedido ao mesmo, uma vez que assim fazendo nada mais significaria do que um louvor as políticas congeladas[18].

Esse projeto neoliberal possui equivalência ainda nas democracias industriais subdivididas de duas formas: na primeira, há repulsa e hostilidade quanto à atuação estatal nos assuntos de economia ou que envolva direitos sociais dos trabalhadores; na segunda, há uma versão de socialdemocracia que toma proporções cada vez maiores[19].

O pensamento socialdemocrata vem ser representado pela tradição da Constituição de Weimar, e esta, por sua vez, como observado, é uma das tradições adotadas pelo Brasil e precisa ser abandonada. Esse pensamento não só se preocupa com a constitucionalização de ideias sociais e econômicas, nada, portanto, com a materialização efetiva disso[20].

17 MUDROVITSCH, Rodrigo. Desentrincheiramento da jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 40.

18 MUDROVITSCH, Rodrigo. Desentrincheiramento da jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 24-5.

19 UNGER, Roberto Mangabeira. O direito e o futuro da democracia. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 20.

20 UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 257. p. 57-72, maio/ago. 2011. p. 64-5.

Enquanto características, tem-se: um compromisso para com um formato estatal que se preocupa com o investimento no ser humano e, por consequência, defende a ideia de um Estado de bem-estar; um anseio por economia de mercado liberta de qualquer regulação em desfavor da inovação econômica – essa característica estaria em conjunto com a participação do povo nos governos e organizações sociais locais – por fim, seria a socialdemocracia adepta de um institucionalismo conservador[21].

Destarte, essa versão socialdemocrata alimenta a ideia de que as mudanças jurídico-institucional e social apenas ocorreriam em momentos excepcionais advindos, sobretudo, de períodos caóticos. Assim, restaria como propósito do pensamento jurídico e da economia política tão somente a sistematização e a completude para o futuro do que de bom ou criativo fora criado durante esse período[22].

Contudo, essa ideia de mudanças em momentos de crise possui defeitos que ajudam a fortalecer o fetichismo estrutural e institucional em desfavor do pensamento democrático. Primeiro porque a relação entre crise e momento reconstrutivo alteram-se no decorrer da história. Segundo por consistir no fato de que a experiência reconstrutiva não se trata de algo de difícil acesso. Terceiro porque o momento calmo subsequente ao período revolucionário não é tão rotineiro quanto, provavelmente, pode parecer[23].

No caso específico do Brasil, não se pode contar com as crises como propulsoras de mudanças, pois internamente as instituições devem fazer esse papel. Assim, estas devem ser reorganizadas para fins de que a transformação tome impulso internamente e, portan-

21 UNGER, Roberto Mangabeira. O direito e o futuro da democracia. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 20.

22 UNGER, Roberto Mangabeira. O direito e o futuro da democracia. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 32-3.

23 UNGER, Roberto Mangabeira. O direito e o futuro da democracia. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 33.

to, independa de circunstâncias externas favorecedoras, tais como as crises. Com isso, a transformação experimentalista visa amortecer o vínculo outrora existente entre mudanças e crises[24].

O experimentalista democrático não se prende aos momentos de crises para as reconstruções institucionais, é preciso sempre fazer com que essa fase independa cada vez mais dos períodos abruptos aos quais a versão socialdemocrata ajuda a alimentar. Isto é, o abandono e o enfraquecimento da política, das diferenças socioculturais e do experimentalismo democrático representam o aprisionamento do homem para as ideias novas e de tom inovador que estiverem ao seu alcance, independentemente de momentos abruptos[25].

Assim sendo, a saída seria pelo engrandecimento da condição humana para que o homem não se limite às conjunturas institucionais e socioculturais existentes e, assim, possa praticar o pensamento constante da sociedade para fins de inovação e reinvenção da realidade posta. Porém, há que adaptar as instituições e o discurso humano para que sirvam à imaginação e não somente à reprodução de discursos e posturas de autoridade, bem como para sua continuidade ser no sentido de adquirir condições de antecipações das crises[26].

O desenvolvimento dessa ideia experimentalista depende, portanto, de práticas constantes de imaginação institucional. Para tanto, duas versões são consideradas essenciais: a economia política e a análise jurídica. Ambas serviriam para o propósito de instrumentalização efetiva do experimentalismo democrático.

Todavia, antes de tratar da análise jurídica e sobre como a mesma serviria em favor do experimentalismo democrático, é im-

24 UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 257. p. 57-72, maio/ago. 2011. p. 61-2.

25 MUDROVITSCH, Rodrigo. Desentrincheiramento da jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 26.

26 MUDROVITSCH, Rodrigo. Desentrincheiramento da jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 26-7.

perioso estabelecer especificamente sobre os pressupostos filosóficos primordiais de sustentação do raciocínio Ungeriano, quais sejam: o da "sociedade como artefato humano" e o "tudo é política".

O pressuposto da sociedade como artefato humano advém da concepção de que a sociedade em si não seria produto de vontades divinas, ou seja, de uma "suposta ordem natural oculta", mas sim das próprias liberdades e arbítrios da sociedade[27].

Dessa forma, a teoria de Unger busca voltar-se sempre para a perspectiva de direcionamento ao futuro olvidando-se de um olhar ao passado, uma vez ser este um apego irrestrito e desnecessário a uma estagnada política.

Ato contínuo, o autor critica a tendência contemporânea de uma ciência da história voltada ao empecilho da ideia de uma sociedade como artefato humano, ou seja, de uma sociedade que, em constância, poderia avançar continuamente[28].

Desse modo, podem-se resumir os objetivos de Unger em basicamente dois: 1) o de fazer com que seja considerada fielmente a concepção de que a sociedade é produto da imaginação humana dela mesmo pertencente, fazendo com que tudo seja política; 2) defender e alvitrar propostas no sentido de que se acelere e intensifique a democracia e, do mesmo modo, fortaleça a humanidade[29].

Como já mencionado, para que isso ocorra alguns adversários precisam ser eliminados, dentre eles, o fetichismo estrutural e institucional e a tese da convergência. A apreensão da sociedade como artefato humano seria necessária não só para a superação dos obstáculos mencionados como para interromper o projeto do neolibera-

27 MUDROVITSCH, Rodrigo. **Desentrincheiramento da jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 20.

28 MUDROVITSCH, Rodrigo. **Desentrincheiramento da jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 23.

29 MUDROVITSCH, Rodrigo. **Desentrincheiramento da jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 24.

lismo, uma vez considerado entrave consubstancialmente ameaçador para o experimentalismo democrático[30].

Uma vez compreendido o pressuposto filosófico da "sociedade como artefato humano", mais fácil passa a ser o entendimento quanto ao segundo pressuposto da teoria Ungeriana, qual seja, o de que "tudo é política".

O referido pensamento de que tudo é política pode ser desenvolvido em duas diferentes direções, nas quais ambas oferecem respostas aos problemas sociais e bem além do que a ciência social positivista e a teoria da análise de estrutura profunda fazem ou podem fazer. A primeira direção é a da super teoria, a qual não sustenta uma lógica evolutiva histórica-mundial, tampouco um arcabouço de critérios sobre os quais qualquer mundo social existente e possível tenha que consequencialmente vir a cumprir.

Por outro lado, a segunda direção é a da ultra teoria. Nesta, há rejeição a explicações abstratas e sistemáticas, bem como há defesa por uma não adesão ao desenvolvimento de um sistema teórico, haja vista o fato de que a ultra teoria define-se como um conjunto de práticas intelectuais que independe de um sistema abrangente explicativo, tampouco é conciliável a qualquer sistema semelhante[31].

Assim sendo, o pressuposto de que tudo é política vem para confirmar a compreensão de que a atividade da sociedade não segue manuais pré-redigidos. O experimentalismo democrático, é claro, na sua rejeição em desfavor de teorias que aceitam uma racionalização do passado por meio de uma atividade prática da política congelada. O experimentalismo Ungeriano tem os olhos voltados para o futuro

30 MUDROVITSCH, Rodrigo. **Desentrincheiramento da jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 24.

31 UNGER, Roberto Mangabeira. **Política**: os textos centrais. São Paulo: Boitempo; Santa Catarina: Editora Argos, 2001. p. 101.

e o seu resultado representa mera política e não, portanto, qualquer pretexto de imobilidade ou de "última palavra em termos de arcabouço social"[32].

Portanto, na contramão da atividade política congelada, a tese de Unger propõe a aceleração democrática.

Uma vez esse pressuposto sendo aplicado, sua implicação seria a retirada da dormência das democracias atuais com a energização da prática política. Porém, de acordo com o experimentalismo democrático, o caminho para tanto necessita de forte engajamento político e cada vez mais sociedades civis organizadas[33].

Todavia, questiona-se de que maneira o experimentalismo democrático ajudaria na transição do estado de acomodação das atuais democracias para um momento de aceleração democrática.

Nesse ponto, Unger apresenta cinco passos, observa-se:

> [...] a) a garantia de que governos possuam elementos humanos e financeiros aptos a permitir a emancipação econômica e intelectual dos cidadãos comuns; b) o comprometimento desses governos (e de toda a sociedade) com o fortalecimento das dotações econômicas e intelectuais dos cidadãos comuns; c) a democratização da economia de mercado; d) o comprometimento maior do governo com democracia energizada que conte com mais expressão política popular e encoraje a prática mais frequente de reformas institucionais; e e) a organização da sociedade civil. (MUDROVITSCH, 2014, p. 34).

Unger destaca ainda que o pressuposto da transição seria a aliança entre a classe pobre, a classe média trabalhadora e os profissionais dos setores de vanguarda da economia, entretanto, entende

32 MUDROVITSCH, Rodrigo. Desentrincheiramento da jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 30.

33 MUDROVITSCH, Rodrigo. Desentrincheiramento da jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 31.

ser tarefa difícil por conta da não facilidade de se impor o requisito essencial para tanto, qual seja, a solidariedade[34].

Quanto ao programa de transição, destaque importante é o fato de não se observar qualquer papel relevante ofertado ao Poder Judiciário, ou seja, não há dito em momento algum que o sustentáculo da transição de uma democracia não acelerada para uma acelerada necessitaria de atuação jurisdicional que efetivasse direitos fundamentais[35]. Contudo, o direito possui um papel nesse caminhar para a aceleração democrática.

Para Mangabeira Unger,[36] a análise jurídica necessita ser reorientada para que sejam evocados compromissos experimentalistas e democráticos. Isto é, a partir do momento em que se aprofunda o conhecimento acerca da análise jurídica, mais forte passa a ser a percepção da necessidade de seu reforjamento para que, assim, sirva como ferramenta que alimente a imaginação, o experimentalismo democrático e possa combater constrangimentos impostos por superstições e estruturas institucionais.

Com isso, os dois pressupostos filosóficos do raciocínio Ungeriano são trazidos ao campo jurídico para fins de que assim a análise jurídica sirva ao experimentalismo. Contudo, as consequências são incontestes no que toca à teoria jurídica, sobretudo quanto ao âmbito do direito constitucional[37].

Preliminarmente, a tradição do direito constitucional é fortemente criticada por Mangabeira, haja vista o fato de o mesmo con-

34 MUDROVITSCH, Rodrigo. **Desentrincheiramento da jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 35.

35 MUDROVITSCH, Rodrigo. **Desentrincheiramento da jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 35-6.

36 UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 159-60.

37 MUDROVITSCH, Rodrigo. **Desentrincheiramento da jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 37.

siderar que esta não favorece um pensamento jurídico voltado para o exercício da imaginação institucional, tampouco fortalece a democracia. Aduz que essa tradição advém de outras duas maiores, quais sejam, a do constitucionalismo protodemocrático americano e a do weimarismo tardio das Constituições europeias[38] e o seu foco exclusivo nos direitos econômicos e sociais. Desse modo, defende que a democracia reinvente-se vide uma reorientação do direito constitucional. Para tanto, necessária a observância a duas teses centrais[39].

Primeiro, a tese de que as democracias modernas devem ter o seu projeto reconstruído por meio do redirecionamento do direito constitucional, ou seja, por meio da inclusão de novos formatos que elevem a mobilização política dos cidadãos e, assim, amplie-se o experimentalismo democrático para todas as áreas da vida social.

---

38 Mangabeira Unger analisa e critica o que ele chama de "nossa situação constitucional". A seu ver, a situação constitucional brasileira favorece para que a execução de uma proposta experimentalista venha a surtir efeito e isso se dá em razão da mesma confluir duas tradições, quais sejam, a do constitucionalismo liberal protodemocrático e a forma tardia e truncada da tradição de Weimar.
Na primeira tradição, o Brasil a seguiu quando da adoção do regime presidencialista e da forma federativa de Estado. Esta, por sua vez, é composta de quatro elementos: no primeiro há um filtro a influência popular; no segundo há a fragmentação dos poderes para fins de controle e o estabelecimento de mecanismos que acabam por desacelerar o uso da política voltado a transformação; no terceiro, é o fomento a um conjunto de práticas que favorecem uma cidadania apática politicamente; na quarta, o elemento é o impedimento a um potencial experimentalista do federalismo.
Na segunda, tradição de Weimar, Unger destaca que são três os elementos principais e perigosos para o Brasil, quais sejam: o primeiro é o da constitucionalização das expectativas sociais ou redistributivas, as promessas de direitos sociais e econômicos. Neste o problema estaria não só na inexecução por falta de instrumentos, mas também no fato de inexistir um modelo de organização econômico e social que de fato possa vir a proporcionar a efetividade daquilo que se encontra posto na Constituição; o segundo é o de estado de exceção, ou seja, o fato de se adotar medidas que deveriam ser excepcionais como regra; o terceiro elemento não é adotado no Brasil, mas pertence a Constituição de Weimar que é o dualismo constitucional onde o governo responde não só ao presidente, mas também ao Congresso. (UNGER, 2011, p. 62-67).

39 UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 257. p. 57-72, maio/ago. 2011. p. 58-9.

Segundo, é a tese de que o momento constitucional brasileiro inibe o papel de contribuir e participar dessa reinvenção da democracia[40].

Portanto, a crítica é sobre o fato de a análise feita pelo direito não ser, especialmente no âmbito da teoria constitucional, preocupada com estratégias imaginativas de estruturas institucionais alternativas – por intermédio de experimentalismos –, mas tão somente limitado a estratégia de garantia e efetivação de direitos fundamentais, expressado na manutenção das estruturas institucionais vigentes e no estudo das implicações práticas. Porém, a adequada compreensão da análise jurídica é aquela na qual a mesma torne-se como ferramenta primordial para imaginação institucional/experimentalismo dentro de uma sociedade democrática[41].

Contudo, necessário faz-se acumular os dois momentos, ou seja, o instante da insistência na garantia e efetividade do gozo de direitos juntamente com o da imaginação jurídica de pluralismos institucionais imaginativos. No entanto, apenas o primeiro momento vem dominando o pensamento jurídico.

Unger defende como solução que a análise jurídica continuamente dialogue sobre as estruturas institucionais, ou seja, abra-se para o experimentalismo democrático e se volte para a passagem do primeiro ao segundo passo, qual seja, o da reimaginação e reconstrução institucional. Enquanto a análise jurídica preocupar-se-ia com este encargo, outro órgão ou poder do Estado seria criado e a este ficaria a demanda de conduzir a empreitada da garantia e efetivação de direitos[42].

---

40 UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 257. p. 57-72, maio/ago. 2011. p. 58.

41 UNGER, Roberto Mangabeira. O direito e o futuro da democracia. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 41-2.

42 UNGER, Roberto Mangabeira. O direito e o futuro da democracia. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 46-50.

Destarte, a característica principal da análise jurídica racionalizadora seria sua representação por "pedaços do direito como expressões, conquanto expressões imperfeitas, de conjuntos ligados de políticas públicas e princípios", isto é, um "discurso generalizante e idealizador das políticas públicas e princípios interpreta o direito como um empreendimento social finalístico que procura alcançar esquemas abrangentes de dever moral e bem-estar"[43].

A análise jurídica racionalizadora funciona com a atribuição de proporcionar ao direito e às estruturas institucionais correspondentes – ou seja, aquelas estruturas que têm no direito a sua forma mais particularizada – a melhor forma possível, acabando por construir um mundo no qual são afastados e negados experimentos reais, bem como um formato coletivo e contínuo de reflexão discursiva acerca do presente e o futuro institucionais sob os olhares do direito[44].

Defende que qualquer sociedade democrática e pluralista possui acordos incompletos a serem futuramente preenchidos, entretanto, o seu preenchimento e a reconstrução do direito não devem ser deixados exclusivamente a um grupo isolado de "mistagogos sob a forma de juristas" sob pena de fortalecimento de um Estado antidemocrático[45].

O direito não deve ser instrumento de apatia, mas sim de aceleração da democracia. Com este viés, Unger defende o reforjamento da análise jurídica dominante para fins de que a democracia não seja subtraída, bem como para que se desloque a centralidade do papel do juiz e transforme este em assistente técnico do cidadão para assim se proporcionar um maior espectro de experimentalismos.

---

43 UNGER, Roberto Mangabeira. O direito e o futuro da democracia. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 54.

44 UNGER, Roberto Mangabeira. O direito e o futuro da democracia. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 57-8.

45 UNGER, Roberto Mangabeira. O direito e o futuro da democracia. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 137.

Portanto, Unger, ao defender a análise jurídica reforjada, basicamente intenta fazer com que a reorientação da apreciação jurídica sirva como instrumento para fins de concretização de experimentalismos institucionais. Ou seja, "o cidadão e não o juiz deve ser o interlocutor primeiro da análise jurídica. O alargamento do sentido de possibilidade coletiva deve se tornar a missão precípua do pensamento jurídico"[46].

De tal modo a reorientação da análise jurídica e o seu consequente reforjamento dependem do afastamento das quatro raízes negativas da análise jurídica racionalizadora e da escolha da sociedade civil como fundamental interlocutora. Necessário também que a análise jurídica reforjada reflita por um todo os postulados filosóficos do experimentalismo, ou seja, "a sociedade como artefato humano" e "tudo é política", transformando-se assim como instrumento para tanto[47].

Fiel ao seu postulado de que "tudo é política", Unger dá preferência à análise jurídica – ao direito –, enquanto instrumento de imaginação institucional e, assim, considera como importante fator para a criação de futuros alternativos nas democracias. E mais, exatamente por conta de compreender a sociedade como artefato humano propõe reorientar a análise jurídica para fins de que ela também abandone o fetichismo institucional[48].

A prática da análise jurídica como imaginação institucional divide-se em dois momentos. No primeiro, há o mapeamento. No segundo, há a crítica. No primeiro, há "a tentativa de descrever em detalhe a microestrutura institucional juridicamente definida da sociedade por relação aos seus ideais juridicamente enunciados". No

46 UNGER, Roberto Mangabeira. O direito e o futuro da democracia. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 141.

47 MUDROVITSCH, Rodrigo. Desentrincheiramento da jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 50.

48 MUDROVITSCH, Rodrigo. Desentrincheiramento da jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 51.

segundo, a função é "explorar a interação entre as estruturas institucionais detalhadas da sociedade, tais como representadas pelo direito, e os ideais ou programas professados que essas estruturas frustram ou tornam realidade"[49].

Em síntese, o mapeamento seria o responsável por proporcionar matéria-prima à crítica, enquanto esta, por sua vez, responsabilizar-se-ia por fomentar o mapeamento com perspectivas e agendas futuras. O mapeamento buscaria protagonizar uma visão institucional de maneira oposta ao que a perspectiva racionalizadora realiza, ou seja, não é a partir de abstrações, mas sim em consonância para com a realidade, tentando, dessa forma, construir um retrato das instituições a partir dos materiais do direito e da doutrina jurídica. Enquanto isso a crítica busca radicalizar os objetivos programáticos fazendo ir além dos limites institucionais e alterando com continuidade seus significados[50].

Dessa feita, a análise jurídica reforjada, enquanto instrumento de imaginação institucional, busca solucionar como combinar os dois momentos e o conflito entre "os compromissos programáticos e os arcabouços institucionais que frustram a realização desses"[51].

Unger defende que a análise jurídica tenha, pelos juízes, uma postura modesta quando da interpretação das regras no momento de julgamento, fora deste, entretanto, a postura pode vir a ser ambiciosa. Além disso, a aplicação do direito deve ser praticada utilizando-se da analogia, contextualmente orientada na interpretação das leis e das decisões judiciais passadas[52].

49 UNGER, Roberto Mangabeira. O direito e o futuro da democracia. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 160.

50 UNGER, Roberto Mangabeira. O direito e o futuro da democracia. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 163-4.

51 MUDROVITSCH, Rodrigo. Desentrincheiramento da jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 52.

52 MUDROVITSCH, Rodrigo. Desentrincheiramento da jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 57.

Assim sendo, a prudência defendida por Unger quando da demarcação de critérios para que os juízes possam julgar, indubitável é que as críticas dirigidas à sua obra, sobre o fato de que a aplicação dos pressupostos filosóficos, no âmbito da apreciação jurídica, acabaria proporcionando confusão entre direito e política, são equivocadas. A posição de "modéstia na aplicação do direito permite que não mais seja percebida a ausência de diferenciação entre o direito e a política, porém, não significa que não possa haver, eventualmente, a possibilidade da atuação ativista dos juízes"[53].

Com isso, o experimentalismo democrático defende uma prática voltada ao raciocínio analógico contextualmente orientado e fundamentado na interpretação legal e não uma preocupação inicial de que forma e como os magistrados devem julgar. Contudo, o experimentalismo admite a possibilidade de ativismo judicial desde que este não aconteça de maneira abstrata e sendo sempre preferível do que a manutenção do vazio imaginativo provocado pela indiferença democrática. Dessa forma, o ativismo é política judicial de caráter excepcional que, embora não desejada, deve sim ter sua intervenção circunstancial defendida quando da percepção da necessidade de retirada do marasmo para uma aceleração democrática[54].

Assim sendo, embora o Mangabeira critique veementemente o constitucionalismo, sobretudo, quanto ao papel do poder judiciário, observa-se que o mencionado autor defende a atuação deste de maneira mais proativa desde que seja para retirar a sociedade do momento de apatia democrática para um momento de aceleração e incentivo. Ou seja, embora alguns considerem uma contradição na postura do autor[55], a verdade é que sua posição mantém coerência

53 MENDES NETO, José Guimarães. **Experimentalismo Constitucional no Direito Brasileiro**. Salvador: Editora *Jus*Podivm. 2020. p. 61.

54 MUDROVITSCH, Rodrigo. **Desentrincheiramento da jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 60-4.

55 GODOY, Arnaldo Moraes. **Notas para uma introdução ao pensamento de Roberto**

com sua teoria experimentalista, pois, observa que inclusive o "poder judiciário tem compromisso com o experimentalismo, desde que aja abstratamente e para retirar a democracia de determinado momento de inércia e apatia"[56].

Considerando este referencial teórico para com o tema do financiamento de campanhas eleitorais, especialmente de empresas, tem-se que o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal é de uma análise jurídica reforjada, ou seja, produz experimentalismos democráticos no âmbito do próprio processo eleitoral, bem como reinventa e reimagina as instituições, como o financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas, para fins de combater a corrupção. Contudo, o questionamento que ainda se permanece é se esse posicionamento adotado pela Corte é efetivo para concretização do fim sobre a qual se propõe.

3. O FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORIAS COMO IMPORTANTE VARIÁVEL PARA A EFETIVAÇÃO DA DEMOCRACIA

A narrativa dos escândalos envolvendo o crime de corrupção e o financiamento de campanhas ajudam a entender como este acabou sendo um tema que sai do âmbito periférico para o centro principal de estudo e debate. Porém, antes de se adentrar no cerne do problema e de todos os seus questionamentos, importa tecer comentários iniciais sobre o que seria a democracia, qual a importância que o financiamento de campanhas tem para a mesma, além de se abordar

Mangabeira Unger. Disponível em: <http://www.robertounger.com/pt/wp-content/uploads/2017/01/notas-para-introducao-unger.pdf>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2020. p. 01-09. 2017. p. 01-09.

56 MENDES NETO, José Guimarães. Experimentalismo Constitucional no Direito Brasileiro. Salvador: Editora *Jus*Podivm. 2020. p. 61-62.

sobre cada modelo de doação à campanha eleitoral até então existente.

Pois bem, de acordo com José Afonso da Silva[57], a democracia é um "processo de convivência social em que o poder emana do povo" e que, na ocasião, haverá "de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo". Richard Posner[58], por sua vez, lembra que a democracia é uma palavra que denota muitos significados, porém, quanto a democracia política, dois conceitos basicamente devem predominar, quais sejam, a que ele denomina de "Democracia no Conceito 1" - democracia deliberativa e a "Democracia no Conceito 2" – democracia de elites.

Refletindo sobre a democracia, Robert Dahl[59], confrontado com o fato de que há muitas constituições que podem e são chamadas de "democráticas" e de que, portanto, não haveria no mundo apenas uma única constituição democrática, o autor se propõe então a identificar critérios que considera indispensáveis para fins de verificação se determinada associação ou comunidade seria democrática, quais sejam: a participação efetiva; a igualdade de voto; o entendimento esclarecido, o controle do programa de planejamento e a inclusão dos adultos.

Além disso, o autor considera a democracia como a melhor maneira de governar um estado porque, no mínimo, proporciona dez consequências desejáveis, quais seriam: evitaria a tirania; garantiria direitos essenciais; a liberdade geral; a autodeterminação; a autonomia moral; o desenvolvimento humano; a proteção dos interesses

57 DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2005. p. 125-6.

58 POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 101.

59 DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2001. p. 48-9.

pessoais; a igualdade política; a busca pela paz; bem como a prosperidade[60].

Sobre os modelos de financiamento, tem-se que o financiamento público de campanha consiste no ingresso de recursos estatais para partidos e/ou pretensos candidatos a cargos eletivos. Esse ingresso pode vir a acontecer tanto de maneira direta ou indireta, isto é, pode acontecer tanto com o repasse direto de recursos do orçamento nacional (direto), quanto por incentivos concedidos por parte do poder estatal aos candidatos e partidos políticos (indireto)[61].

Por outro lado, o aporte privado de recursos para campanhas eleitorais segue a sistemática de que as doações podem advir de quaisquer fontes, desde que lícitas, e no montante desejado por pretenso partido político e/ou candidato. Assim sendo, a intervenção estatal no pleito eleitoral seria o mínimo possível[62].

Por fim, o financiamento misto é quanto o aporte de recursos para campanhas eleitorais advém tanto de fundos públicos quanto de fundos privados. Há o entendimento de que esse seria o modelo que melhor aproximaria a sociedade partidária, a militância, os filiados e os respectivos simpatizantes[63].

---

60 DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2001. p. 58-9.

61 TONIAL, Raíssa; DE OLIVEIRA, Elton Somensi. **Os modelos de financiamento de campanhas eleitoral e o contexto político-cultural brasileiro**. Direito & Justiça, v. 40, n.1, p. 106-119, jan./jun. Disponível em: file:///C:/Users/adm_/Downloads/16553-64084-1-PB.pdf.. p. 111.

62 OLIVEIRA, Tatiana Afonso; APOLINÁRIO, Marcelo Nunes. **O financiamento de campanhas eleitorais no Brasil: histórico, atualidade e a questão na Suprema Corte.** Disponível em: file:///C:/Users/adm_/Downloads/13097-6625-1-PB%20(2).pdf. p. 12.

63 TONIAL, Raíssa; DE OLIVEIRA, Elton Somensi. **Os modelos de financiamento de campanhas eleitoral e o contexto político-cultural brasileiro**. Direito & Justiça, v. 40, n.1, p. 106-119, jan./jun. Disponível em: file:///C:/Users/adm_/Downloads/16553-64084-1-PB.pdf.. p. 112.

Levando tais considerações em questão, assim como a exigência de que as campanhas eleitorais fazem por recursos para que as mesmas se tornem minimamente viáveis, o financiamento destas, portanto, acabam sendo uma importante variável de fomento da democracia, sobretudo, porque proporciona a esta uma expressão e experiência em âmbito prático e não somente teórico[64].

4. FINANCIAMENTO PRIVADO DE PESSOAS JURÍDICAS PARA AS CAMPANHAS ELEITORAIS ENQUANTO FATOR DE FOMENTO DO CRIME DE CORRUPÇÃO

De um todo, a principal problemática na vigência do então modelo de financiamento no Brasil estava no fato de que cada vez mais se observava a ingerência de recursos do poder privado nas campanhas eleitorais e isso, consequentemente, estava sendo um decisivo fator de impacto nas chances de êxitos dos candidatos. Isto é, demonstrava-se assombrosamente forte a correlação entre gastos e sucesso[65].

Assim sendo, o sucesso no pleito eleitoral passou a depender, basicamente, do volume financeiro que eventual campanha conseguiria levantar, ou seja, as chances perpassavam pela necessidade de que o candidato tenha o seu nome conhecido pelos eleitores[66].

64 PINTO, Djalma. **Direito eleitoral**: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 265.

65 BACKES, Ana Luiza; DOS SANTOS, Luiz Claudio Pires. **Gastos em campanhas eleitorais no Brasil.** In: Cadernos ASLEGIS nº 46 (Maio/Ago 2012). Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/14166/gastos_campanha_backes_santos.pdf?sequence=1.

66 BRASIL. **Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB**. Ação Direta de Inconstitucionalidade com Pedido de Medida Cautelar nº 4650-DF. Presidente Ophir Cavalcante Junior. 2011a. p. 06.

Ocorre que essa constante dinâmica, a qual torna a política e o processo eleitoral dependentes do poder econômico, acaba sendo extremamente nefasta para com o ideal funcionamento da democracia brasileira. Primeiro, provoca ampla e irrestrita desigualdade política, uma vez que favorece a influência dos financeiramente mais favorecidos em desfavor daqueles que não o são. Segundo, diminui a capacidade de candidatos com pouco poder aquisitivo de virem a ter sucesso no pleito eleitoral, podendo, ainda, provocar afastamento dessas pessoas quanto ao desejo de se candidatarem. Além disso, há ainda vinculações e troca de favores perniciosos entre o financiador e o político, incrementando, assim, o crime de corrupção[67].

Assim, o debate envolvendo este tema acabou direcionando toda a problemática para os modelos de financiamento de campanhas, em especial aos financiamentos privados oriundos de pessoas jurídicas. Disso decorreram as mais diversas tentativas de reforma política e do sistema eleitoral brasileiro.

Porém, uma vez o Congresso Nacional não solucionando em definitivo sobre a matéria, a Suprema Corte Brasileira foi então instada a se manifestar por consequência do ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, com o consequente pedido de que não fosse considerado constitucional a doação de recursos por pessoas jurídicas para campanhas eleitorais por, eventualmente, não serem legitimados para participarem do processo político eleitoral.

67 BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Ação Direta de Inconstitucionalidade com Pedido de Medida Cautelar nº 4650-DF. Presidente Ophir Cavalcante Junior. 2011a. p. 07.

5. O JULGAMENTO DA ADI 4.650/DF E A (IN) EFETIVIDADE DO FIM DO FINANCIAMENTO EMPRESARIAL DE CAMPANHAS ELEITORAIS NO COMBATE À CORRUPÇÃO

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650/DF foi ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil. Na oportunidade, a argumentação contida na petição inicial circunda essencialmente em três princípios, quais sejam: o princípio da igualdade, o princípio democrático e o princípio republicano[68].

Inicialmente, argumenta que o então vigente modelo de financiamento de campanhas eleitorais ofende o princípio da igualdade por exacerbar as desigualdades políticas e sociais existentes, permite aos ricos, seja por meio de sua personalidade física ou jurídica, uma maior possibilidade de interferência nos resultados das eleições e, por consequência, nas futuras deliberações político-partidárias. Segundo, ponderou que, na esfera política, a desigualdade deve ser amplamente rejeitada, uma vez que no sistema democrático exige-se que todos devem substancialmente ter iguais possibilidades de participação no processo político e, por consequência, de poderem interferir nas futuras decisões tomadas político-partidariamente[69].

Quanto à ofensa ao princípio democrático, a OAB argumentou que a ofensa se daria por consequência ao do princípio da igualdade, isto é, uma vez não havendo igualdade política entre os cidadãos, não haveria, portanto, o que se falar em um sistema político

68 DOS SANTOS, Danilo Morais. **Análise político-jurídica da legitimidade constitucional do financiamento privado de campanhas.** 2015. 104 f. Monografia (Bacharel em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília. 2015. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/an%C3%A1lise-pol%C3%A-Dtico-jur%C3%ADdica-da-legitimidade-constitucional-do-financiamento-privado-de. p. 83-4.

69 BRASIL. **Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB**. Ação Direta de Inconstitucionalidade com Pedido de Medida Cautelar nº 4650-DF. Presidente Ophir Cavalcante Junior. 2011a. p. 11-3.

fielmente democrático, mas sim uma aristocracia ou mesmo uma plutocracia[70].

Em sequência, a ofensa ao princípio republicano é defendida no sentido de que o sistema de financiamento então existente fomenta práticas não republicanas tais como o patrimonialismo e o favorecimento, por parte de agentes públicos, dos interesses privados de pessoas que sejam seus credores ou tenham relação afetiva próxima[71].

O relator da ADI 4.650/DF, Ministro Luiz Fux, discerniu o seu voto no sentido de acolher quase que integralmente os pedidos formulados na inicial e assim declarar a inconstitucionalidade do financiamento empresarial e individual[72][73].

O fato do sistema político brasileiro se encontrar em colapso acabou fundamentando o entender do Ministro Luiz Fux pela viabilidade da inserção judiciária de maneira mais estrita e criteriosa sobre as deliberações políticas tomadas no seio do Parlamento brasileiro[74].

---

70 BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Ação Direta de Inconstitucionalidade com Pedido de Medida Cautelar nº 4650-DF. Presidente Ophir Cavalcante Junior. 2011a. p. 16.

71 BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Ação Direta de Inconstitucionalidade com Pedido de Medida Cautelar nº 4650-DF. Presidente Ophir Cavalcante Junior. 2011a. p. 20.

72 No que se refere as doações de pessoais naturais/individuais, a declaração de inconstitucionalidade se restringiria ao modelo que então era empregado, uma vez que não havia a fixação de um teto absoluto para doação, de igual quantum a todos os cidadãos e que, por sua vez, viesse a ter base na renda pessoal de cada doador. Todavia, nesse ponto, o Ministro Luiz Fux reformulou seu posicionamento após o voto dos demais ministros passando a defender a constitucionalidade das doações individuais nos modelos que então já se encontrava legalmente prevista (DOS SANTOS, 2015, p. 84-85).

73 DOS SANTOS, Danilo Morais. Análise político-jurídica da legitimidade constitucional do financiamento privado de campanhas. 2015. 104 f. Monografia (Bacharel em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília. 2015. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/an%C3%A1lise-pol%C3%ADtico-jur%C3%ADdica-da-legitimidade-constitucional-do-financiamento-privado-de. p. 84-5.

74 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650 – DF. Voto do Ministro Luiz Fux (Relator). 2013a. p. 07.

Sobre a existência de direitos políticos por parte das sociedades empresarias, lembrou o posicionamento, já firmado pela Suprema Corte, no sentido da ilegitimidade daquelas para ajuizarem ações populares por não possuírem capacidade eleitoral, consequentemente, defendeu seu entendimento de que o exercício de direitos políticos seria amplamente incompatível para com a essência das pessoas jurídicas, uma vez que as mesmas se orientam pela lógica do lucro[75].

Inaugurando a divergência, o Ministro Teori Zavascki alertou que não se justificaria a necessidade da declaração de inconstitucionalidade pela Suprema Corte dos dispositivos que permitiam a participação do poder econômico privado das pessoas jurídicas, pois, para o mesmo, qualquer abuso ou excesso desta, por si só, já dá azo suficiente para futura cassação do mandato do político que veio a ser o destinatário[76].

Sabe-se que o ato de corrupção se tornou um dos maiores problemas ocorridos em todos os países, entretanto, com dimensões bem mais devastadoras no Brasil. Muito por conta disso, o aparato estatal passou a se voltar com mais força ao combate desse endêmico ato, para fins de, assim, salvaguardar os recursos públicos e a sua destinação para os precípuos e fundamentais direitos[77].

Em função disso, a Suprema Corte se posicionou, por maioria, que o financiamento privado a campanhas eleitorais deveria ser proibido sob o prisma de assim se melhor efetivar o combate a corrupção.

Não obstante, por mais que o financiamento de campanhas eleitorais por empresas tenha sido proibido pela Suprema Corte, a

75 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650 – DF. Voto do Ministro Luiz Fux (Relator). 2013a. p. 24.

76 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650 – DF. Voto do Ministro Teori Zavascki. 2014a. p. 05

77 BITTENCOURT, Sidney. Comentários à Lei Anticorrupção: Lei 12. 846/2013. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 19.

problemática do crime de corrupção não parece estar próxima se quer de sua diminuição, razão pela qual importa perquirir sobre até que ponto o fim deste modelo de financiamento estaria vindo, ou não, a ser efetivo no combate àquele que se considera o mais grave e sistêmico crime cometido no Brasil.

O Ministro Gilmar Mendes[78] desafiou a Suprema Corte a dar uma resposta jurídica que não só deveria satisfazer no âmbito constitucional, mas que também se coadunasse com o "politicamente factível". No mais, advertiu que o financiamento de campanhas eleitorais deveria vir a ser disciplinada considerando não só os aspectos referentes à cultura e à história de cada país, mas também se importando com as características que envolvem o quadro partidário, ao sistema de governo, à generalidade das regras eleitorais e às práticas políticas que fatidicamente são vivenciadas.

Assim sendo, considerando o contexto sobre o qual a Suprema Corte se posicionou, a decisão carece completamente de parâmetros fáticos seguros e concretos, posto que não leva em consideração que o fim do financiamento privado de campanhas eleitorais não só vai ser inefetivo para o fim último a que se propõe (pelo contrário, terá efeito reverso), como ainda vai oportunizar o enfraquecimento da já fraca regulação e fiscalização por parte do Estado.

A experiência americana demonstrou que, apesar de todas as mudanças legislativas e mesmo de interpretações da Suprema Corte americana, "os partidos e candidatos conseguiam encontrar meios de levar recursos financeiros de pessoas jurídicas para as suas respectivas campanhas eleitorais" razão, portanto, da necessidade de observar e regular não só as contribuições das campanhas, mas também os gastos das mesmas[79].

78 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650 – DF. Voto do Ministro Gilmar Mendes. 2015b. p. 01.

79 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650 – DF. Voto do Ministro Gilmar Mendes. 2015b. p. 09-15.

No mais, o fim do financiamento privado das campanhas eleitorais acaba por supervalorizar o financiamento público ao ponto de sua exclusividade ser temerária e podendo fazer com que os partidos políticos deixem de estar conectados com a sociedade civil para se confundir com a própria figura do Estado[80]. Além disso, não passa de um retrocesso a um passado já vivenciado pelo Brasil e que, por sua vez, não oportunizou bons frutos[81].

Para Teori Zavascki[82] o voto seria apenas uma das formas de exercício da cidadania, portanto, as pessoas jurídicas, por mais que não possam exercer o papel do voto, merecem sim fazer parte da realidade social, uma vez que exercem papel de indiscutível relevo, à sociedade civil organizada, não só por oferecer serviços e produtos, mas, sobretudo, pela geração de empregos. No mais, o tema do financiamento de campanhas eleitorais, por ser de caráter complexo e flutuante, não pode ser disciplinado de maneira definitiva, razão pela qual, portanto, padece muito mais de tema a ser encargo do Poder Legislativo do que ao Poder Judiciário.

Assim, sobre a questão principal, coaduna-se o entendimento no sentido de que o fim do financiamento privado de campanhas, considerando-o como produto de experimentalismos por parte do Supremo Tribunal Federal para fins de acelerações democráticas, em nada torna efetivo o combate ao sistêmico crime de corrupção que assola o Brasil.

Para tanto, a razão se dá porque: (i) a exclusividade e supervalorização do financiamento público das campanhas eleitorais podem levar os partidos políticos a não mais se conectarem com os

80 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650 – DF. Voto do Ministro Gilmar Mendes. 2015b. p. 21.

81 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650 – DF. Voto do Ministro Teori Zavascki. 2014a. p. 08-09.

82 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650 – DF. Voto do Ministro Teori Zavascki. 2014a. p. 05-06.

cidadãos, mas sim se confundirem com a figura do próprio Estado; (ii) o retrocesso ao modelo já vivido na época do ex-presidente Fernando Collor que, na sua eleição se valeu de caixa 2 para financiar suas campanhas o que, por ventura, acabou resultando no seu impeachment; (iii) favorecimento do partido que estiver na gerência administrativa do país de se valer do poder para melhor se aproveitar do patrimônio público e assim fomentar o cofre do seu partido, bem como a perpetuação do mesmo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na vontade de se coadunar o originário projeto constitucional para com os anseios da sociedade, algumas questões passaram a ser prioritárias para mudanças, como, por exemplo, o financiamento privado de campanhas eleitorais e o combate a corrupção através da extinção desse tipo de modalidade.

Nesse cenário é que o artigo ora realizado se propôs ao enfrentamento do seguinte problema: até que ponto o fim do financiamento privado de campanhas eleitorais seria efetivo para o combate ao crime de corrupção? Para tanto, partiu-se, inicialmente, da análise teórica dos postulados filosóficos que sustentam o raciocínio experimentalista de Mangabeira Unger, bem como se destacou a critica à forma dominante de pensar o direito e a necessidade do reforjamento da análise jurídica para que sirva como ferramenta experimentalista direcionada à aceleração da democracia.

Desta forma, destacou-se o posicionamento do Mangabeira Unger pela defesa ao desapego da análise jurídica dominante, ou seja, que haja um desprendimento daquela análise jurídica que se preocupa tão somente com a efetivação de direitos fundamentais e nada com a restruturação e reimaginação institucional. Isto é, que

passe a se adotar uma análise jurídica reforjada que sirva como instrumento de experimentalismos democráticos, que não só convenha para efetivação de direitos fundamentais, mas também para reinventar e reimaginar as instituições.

Posteriormente, a análise foi quanto ao financiamento de campanhas eleitorais, dos modelos até então vivenciados no Brasil, bem como a sua variável de importância para com a democracia. Em seguida, o objeto voltou-se para a análise da principal problemática do modelo de financiamento de campanhas, qual seja, o financiamento privado de pessoas jurídicas e a sua alegada relação de fomento para o crime de corrupção. Por fim, analisou-se o julgamento da ADI 4.650/DF é sua efetividade, ou não efetividade, para o fim último almejado, ou seja, para o combate à corrupção.

Nesse contexto, ao se cruzar a teoria a respeito do tema com a pesquisa e o estudo jurisprudencial feito especificamente na ADI 4.650/DF, verificou-se que em nada se torna eficaz a declaração de inconstitucionalidade do financiamento privado de campanhas eleitorais para fins de se combater a corrupção, pelo contrário, observou-se que tal perspectiva poderia acabar provocando retrocessos substanciais a democracia brasileira.

Contudo, não se quer com isso afirmar que o marco normativo não deva ser aperfeiçoado, pelo contrário, entretanto, esse aperfeiçoamento não perpassa unicamente pela declaração de inconstitucionalidade de um modelo e supervalorização de outro sem a observância adequada das consequências que isso pode provocar.

REFERÊNCIAS

BACKES, Ana Luiza; DOS SANTOS, Luiz Claudio Pires. **Gastos em campanhas eleitorais no Brasil.** In: Cadernos ASLEGIS nº 46 (Maio/Ago 2012). Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/14166/gastos_campanha_backes_santos.pdf?sequence=1. Acesso em: 21/01/2020.

BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à Lei Anticorrupção**: Lei 12. 846/2013. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. **Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB**. Ação Direta de Inconstitucionalidade com Pedido de Medida Cautelar nº 4650-DF. Presidente Ophir Cavalcante Junior. 2011a.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650 – DF. Voto do Ministro Luiz Fux (Relator). 2013a.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650 – DF. Voto do Ministro Teori Zavascki. 2014a.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650-DF. Relator Ministro Luiz Fux. Plenário. 2015a.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650 – DF. Voto do Ministro Gilmar Mendes. 2015b.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2001.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2005.

DOS SANTOS, Danilo Morais. **Análise político-jurídica da legitimidade constitucional do financiamento privado de campanhas.** 2015. 104 f. Monografia (Bacharel em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília. 2015. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/an%C3%A1lise-pol%C3%ADtico-jur%C3%ADdica-da-legitimidade-constitucional-do-financiamento-privado-de. Acesso em: 02/02/2020.

GODOY, Arnaldo Moraes. **Notas para uma introdução ao pensamento de Roberto Mangabeira Unger.** Disponível em: <http://www.robertoun-

ger.com/pt/wp-content/uploads/2017/01/notas-para-introducao-unger.pdf>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2020. p. 01-09. 2017.

MENDES NETO, José Guimarães. **Experimentalismo constitucional no direito brasileiro**. Salvador: Editora *Jus*Podivm, 2019. 240p.

MUDROVITSCH, Rodrigo. **Desentrincheiramento da jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PINTO, Djalma. **Direito eleitoral**: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

OLIVEIRA, Tatiana Afonso; APOLINÁRIO, Marcelo Nunes. **O financiamento de campanhas eleitorais no Brasil: histórico, atualidade e a questão na Suprema Corte.** Disponível em: file:///C:/Users/adm_/Downloads/13097-6625-1-PB%20(2).pdf. Acesso em: 18/01/2020.

SARMENTO, Daniel; OSORIO, Aline. Uma mistura tóxica: política, dinheiro e o financiamento das eleições. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/1/art20140130-01.pdf. Acesso em 16/01/2020.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 360.

TONIAL, Raíssa; DE OLIVEIRA, Elton Somensi. **Os modelos de financiamento de campanhas eleitoral e o contexto político-cultural brasileiro**. Direito & Justiça, v. 40, n.1, p. 106-119, jan./jun. Disponível em: file:///C:/Users/adm_/Downloads/16553-64084-1-PB.pdf. Acesso em: 16/01/2020.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004.

UNGER, Roberto Mangabeira. **A constituição do experimentalismo democrático**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 257. p. 57-72, maio/ago. 2011.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Política**: os textos centrais. São Paulo: Boitempo; Santa Catarina: Editora Argos, 2001.

O FINANCIAMENTO ELEITORAL NO BRASIL: a possibilidade da readoção do custeio por pessoas jurídicas a partir da moldura constitucional existente e da observância dos princípios da transparência, concorrência e pluralismo político

Eduardo José Leal Moreira[1]
Hugo Assis Passos[2]
Ricardo Tadeu Bugarin Duailibe[3]

1. INTRODUÇÃO

Reynaldo Soares da Fonseca enfatiza que "o modelo de financiamento político de uma nação emerge como aspecto fundamental para a democracia, provocando, consequentemente, relevantes debates na seara acadêmica ao redor do mundo"[4].

No Brasil, esses debates se tornaram ainda mais ingentes após o Supremo Tribunal Federal, em 2015, ter declarado a inconstitucionalidade de doações de pessoas jurídicas para partidos e campanhas políticas, e ainda com a promulgação da Lei nº 13.487 que, em 2017, criou o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC).

1 Eduardo José Leal Moreira é Advogado e Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Política- ABRADEP. Foi Juiz do Tribunal Regional Eleitoral de 2013 a 2019.

2 Hugo Assis Passos é Advogado. Mestre e Doutorando em Direito Constitucional. Professor da Universidade Estadual do Maranhão e do INASP.

3 Ricardo Tadeu Bugarin Duailibe é Desembargador do Tribunal de Justiça do Maranhão e ex-Corregedor e ex-Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão.

4 FONSECA, Reynaldo Soares da. Direito Eleitoral: O Financiamento Eleitoral no Brasil: dilemas passados, desafios atuais e projeções futuras. In: Seminário de Direito Eleitoral: aspectos polêmicos, reformas e democracia. Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão. Setembro de 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?-v=7TqbAhUDE-U>. Acesso em: 30 de janeiro de 2020.

Tais fatos marcaram uma drástica mudança no modelo de financiamento eleitoral em nosso país. Como seu corolário, reservou-se aos partidos políticos e candidatos o financiamento público mediante acesso aos recursos do Fundo Partidário e FEFC, na forma prevista em lei; e o financiamento privado, este, contudo, limitado a doações efetuadas por pessoas naturais e a doações de partidos a partidos, observado o limite de gastos previstos em lei.

A alteração veio a lume em meio ao que Luiz Fux chamou de uma grave crise de representatividade[5], esta que culminou com as manifestações públicas de junho de 2013 no Brasil, e ainda com a deflagração de numerosas operações policiais no bojo da "Operação Lava Jato", em que se contabilizaram várias denúncias de desvios de recursos de obras e serviços públicos para financiar campanhas eleitorais.

Se oriundas de atividades lícitas ou não, constatou-se que, na campanha presidencial de 2014, apenas as duas candidaturas que chegaram ao segundo turno da eleição arrecadaram juntas, somente de empreiteiras investigadas na "Lava Jato", doações no valor de R$98.806.179,25 ([6]).

Todavia, após o fim do financiamento eleitoral por pessoas jurídicas, novos escândalos envolvendo o custeio de partidos e campanhas surgiram, só que desta vez atreladas ao mau uso de dinheiro exclusivamente público – proveniente do Fundo Partidário e do FEFC -, como é o caso, por exemplo, das fraudes na cota de gênero visando à apropriação indevida dos recursos destinados a candidaturas femininas.

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n.4650/DF. Diário da Justiça Eletrônica, 24 fev. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=10331215&tipo=DJ&descrição=DJE%20N%BA%2034%20-%2023/02/2016> Acesso em: 12 de fevereiro de 2020.

6 MADEIRO, Carlos. Empreiteiras da Lava Jato doaram R$98,8 mi a campanhas de Dilma e Aécio. 2014. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2014/11/25/empreiteiras-da-lava-jato-doaram-r-988-mi-a-campanhas-de-dilma-e-aecio.htm. Acesso em: 15 de março de 2020.

Nesta perspectiva, observa-se que um dos principais aspectos da discussão sobre o custeio político-partidário-eleitoral consiste em como evitar que o financiamento eleitoral possa macular os resultados das eleições, impedindo a extração da vontade dos cidadãos com a necessária assepsia[7].

Apoiando-se nestas reflexões, levanta-se como problema de pesquisa em que medida a proibição do financiamento privado por empresas e o novo arquétipo de financiamento eleitoral brasileiro concretizam a previsão constitucional e a perfeita harmonia entre a vontade popular manifestada nas urnas e o resultado das eleições.

Como hipótese, afirma-se a possibilidade e adequação de um modelo misto de financiamento eleitoral, *vis a vis* a moldura constitucional posta, e desde que observadas certas balizas, como a transparência, concorrência e pluralismo político.

O objetivo geral da pesquisa consiste em investigar o modelo adequado para minimizar o poder político da cooptação econômica e concretizar a vontade das urnas, à luz dos ditames da Constituição Federal. Como objetivos específicos, refletir sobre a inter-relação Democracia, partidos e financiamento eleitoral; revisitar os modelos de financiamento eleitoral no Brasil ao longo das últimas duas décadas; analisar a decisão do STF no julgamento do ADI nº 4.650/DF, a instituição do FEFC e os efeitos gerados.

Desenvolve-se a pesquisa sobre o tema utilizando-se o método de abordagem dedutivo, sob o procedimento monográfico, com técnica de pesquisa bibliográfica. Através desta metodologia, busca-se apresentar ponderações coerentes sobre o tema do financiamento eleitoral e contribuir para o seu aprimoramento no Brasil.

7 JORGE, André Guilherme Lemos; SOARES, Michel Bertoni. Financiamento eleitoral por pessoas jurídicas: a influência do poder econômico sobre a democracia. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, v. 54, n. 216, out/dez. 2017, p. 88.

2. DEMOCRACIA, PARTIDOS POLÍTICOS E FINANCIAMENTO ELEITORAL NO BRASIL: princípios para sua permanente harmonização.

Fernando Archetti afirma que, "mesmo com toda a sofisticação da ciência política moderna e das suas técnicas de estatística, o conceito básico de democracia é quase tão irretratável quanto sempre foi"[8].

Isso se deve provavelmente ao que José Jairo Gomes argutamente detectou ao anotar que a "democracia não é algo fixo, pois encontra-se em permanente construção; para muitos pensadores políticos, cuida-se de ideal a ser alcançado"[9]. Igualmente, delineia que "a enorme extensão atribuída a essa palavra fez com que perdesse um pouco de sua clareza, tornando-se algo fluida, com sentido vago, por vezes indeterminado"[10].

O conceito de democracia moderna está imbricado com as Revoluções Liberais dos séculos XVII e XVIII, e com a ideia de limitação do poder real por meio da instituição de um parlamento e da promulgação de uma Constituição escrita.

Trata-se, portanto, de um anseio de contraposição ou mesmo de sobreposição da vontade popular ao poder do soberano por meio de uma lei maior. Assim, o povo (*demos*) é elemento nuclear do conceito, e aqui não se diz isso apenas do ponto de vista etimológico-histórico, mas efetivamente ontológico.

Nesse sentido, a participação popular no governo é condição *sine qua non* da democracia. À vista disso, foram concebidos alguns

8 ARCHETTI, Fernando. Qual o conceito de democracia. 2016. Disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/qual-o-conceito-de-democracia-0266lvn30jmsagbznp439gq6l/ . Acesso em: 14 de abril de 2020.

9 GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral, 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 62.

10 *Idem, Ibidem*, mesma página.

modelos de democracia, os quais podem ser reunidos em três grupos: democracia direta, indireta e semidireta[11].

Acerca da democracia semidireta, pertinente à pesquisa, assevera Gomes que se cuida de modelo misto, que procura conciliar os modelos de democracia direta e indireta. O governo e o parlamento são constituídos com base na representação: os governantes são eleitos para representar o povo e agir em seu nome e em seu interesse. Porém, são previstos mecanismos de intervenção direta dos cidadãos[12].

Esse último é o modelo consagrado na Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 1º, parágrafo único, reza: "Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

Atualmente, a representação política se faz por intermédio de partidos políticos.

Nesta linha, afirma Gomes:

> Surgidos na Inglaterra e impulsionados por movimentos socialistas, os partidos tornaram-se peças essenciais para o funcionamento do complexo mecanismo democrático contemporâneo. Com efeito, captam e assimilam rapidamente a opinião pública; catalisam, organizam e transformam em postulados – em bandeiras de luta – as díspares aspirações surgidas no meio social, sem que isso implique ruptura no funcionamento do governo constituído.
>
> O esquema partidário é assegurado pelo artigo 14, §3º, V, da Lei Maior, que erigiu a filiação partidária como condição de elegibilidade. Assim, os partidos políticos detêm o monopólio das candidaturas, de sorte que, para ser votado, o cidadão deve filiar-se. Inexistem no sistema brasileiro candidaturas avulsas[13].

11 *Idem, Ibidem*, p. 65.

12 *Idem, Ibidem*, p. 68

13 *Ibidem*, p. 66/67.

Vê-se, assim, que no Brasil os partidos políticos foram alçados a um especial jaez no Estado Democrático de Direito estatuído com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Eles são indubitavelmente um pilar da democracia brasileira, destinando-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal, nos termos do art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.096/95, a Lei dos Partidos Políticos.

Ergo, a democracia brasileira caracteriza-se como uma democracia representativa partidária, isto é, uma democracia que não admite candidaturas avulsas, candidaturas desvinculadas das organizações político-partidárias.

Ana Cláudia Santano concorda com essa asserção ao enfatizar que não há democracia sem partidos[14]. Todavia, a autora contemporiza que, do mesmo modo que inexiste democracia sem partidos, não há partidos sem recursos para mantê-los, bem como não haverá candidaturas que se sustentem sem dinheiro[15].

Reconhece, portanto, o forte protagonismo dos recursos econômicos na dinâmica eleitoral, e aponta para o problema de que, "sem dinheiro, não há democracia"[16].

Questão relevante que se apresenta nesse panorama é o fato de que os partidos são pessoas jurídicas de Direito Privado, não equiparáveis a entidades paraestatais, nos precisos termos do caput e do parágrafo único do artigo 1º da Lei dos Partidos Políticos[17].

14 SANTANO, Ana Cláudia. Como sobreviver na selva: fontes alternativas de financiamento de campanhas eleitorais. *In*: PEREIRA, Rodolfo Vieira; SANTANO, Ana Cláudia (Org.). Conexões eleitoralistas. Brasília: ABRADEP, 2016, p. 37.

15 *Idem, ibidem*, mesma página.

16 *Idem, ibidem*, mesma página.

17 Essa natureza de Direito Privado dos partidos políticos em nosso país é reforçada pelo artigo 8º, *caput*, da Lei dos Partidos Políticos, segundo o qual o requerimento de registro de partido político deve ser dirigido ao cartório competente do Registro Civil das Pessoas Jurídicas do local de sua sede (redação conforme a Lei nº 13.877/2019).

A natureza jurídica dos partidos políticos corresponde a uma forma especial de associação regida pelo Direito Privado, ainda que com funções e características previstas na Constituição Federal. Na estrutura constitucional, os partidos ocupam posição tanto de garantias institucionais fundamentais, protegidas contra supressão, quanto pessoas jurídicas titulares de direitos e garantias fundamentais, que podem ser de caráter negativo, como a liberdade e igualdade partidária; e positivo, prestacional, como o acesso aos recursos do Fundo Partidário[18].

Por conseguinte, parte substancial de sua manutenção institucional provém de recursos públicos aplicados no Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (ou Fundo Partidário), formado por dotações orçamentárias da União, penalidades aplicadas pela Justiça Eleitoral, doações e outros recursos atribuídos por lei (Lei nº 9.096/95, art. 38).

Isso não é diferente nas campanhas eleitorais, que após o julgamento da ADI nº 4.650/DF pelo STF, foram proibidas de receber doações de pessoas jurídicas e, desde as eleições de 2018, passaram a ser financiadas em larguíssima medida por recursos do próprio Fundo Partidário (R$ 888,7 milhões) e pelo então recém criado Fundo Especial de Financiamento de Campanha – FEFC (R$1,716 bilhões)[19].

Além do FEFC, o Erário faz expressivas contribuições às campanhas por meio do próprio Fundo Partidário, do custeio da propaganda eleitoral gratuita no rádio e televisão (em que se assegura às emissoras o direito de compensação fiscal pela cessão do respectivo horário, *ex vi* do art. 99 da Lei nº 9.504/97), e da imunidade tributária, porquanto, nos termos do art. 150, VI, "c", da Cons-

18 SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional/Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 6ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2017.

19 CIEGLINSKI, Amanda. TSE confirma verba de R$2,5 bi para partidos financiarem campanhas. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2018-05/tse-confirma-r-25-bi-de-fundo-partidario-para-financiar-campanhas. Acesso em: 10 de março de 2020.

tituição Federal, o patrimônio, a renda ou os serviços dos partidos políticos, inclusive de suas fundações, são intributáveis por meio de impostos[20].

Quanto ao Fundo Partidário, é oportuno observar que o art. 44 da Lei dos Partidos Políticos cinge as verbas que lhe são destinadas ao custeio das atividades partidárias. Entretanto, o inciso II desse artigo prevê a aplicação dos recursos do Fundo em propaganda doutrinária e política. Assim, de forma indireta, os recursos do fundo partidário podem beneficiar campanhas eleitorais, pois estas são compostas por atos de propaganda"[21].

Nesta complexa equação em que, no Brasil, democracia, partidos e financiamento eleitoral majoritariamente público se entrelaçam visceralmente, Fonseca pontua a importância de se observarem três princípios ou ideais básicos relativos ao custeio eleitoral, a saber: transparência, concorrência e pluralismo político[22].

Defende o Ministro do Superior Tribunal de Justiça que o princípio da transparência "diz respeito ao grau de constrangimento que atores políticos possuem em reportar às autoridades públicas sobre as origens de seus recursos econômicos e como eles foram eventualmente alocados"[23].

O princípio da concorrência, por sua vez, é uma síntese, uma junção da liberdade para concorrer com a igualdade de oportunidades. Segundo o autor, as "normas que regulam o financiamento e os subsídios eleitorais se apresentam como variável importante no processo de seleção de candidatos que obtêm trajetórias de sucesso dentro dos partidos políticos e do processo eleitoral"[24].

---

20 GOMES. Op. Cit., p. 483.

21 *Idem, ibidem*, mesma página.

22 Op. Cit. Acesso em: 30 de janeiro de 2020.

23 *Idem, ibidem*.

24 *Idem, ibidem*.

Como derradeiro princípio, tem-se o do pluralismo político, conforme o qual o sistema de financiamento eleitoral não pode ser usado como barreira de exclusão de partidos minoritários ou de candidatos com visões político-ideológicas diferentes[25].

Destarte, à luz desses princípios, analisa-se o modelo de financiamento eleitoral vigente no país ponderando se o custeio eleitoral está adequado a estes e, caso contrário, quais medidas poderiam ser adotadas para aperfeiçoar o sistema nesse sentido.

3. O FINANCIAMENTO ELEITORAL NO BRASIL

3. 1. Escorço histórico: do *impeachment* de Collor até o julgamento da ADI nº 4.650/DF e a criação do FEFC

Fonseca observa que a regulação das fontes de custeio de campanhas eleitorais e de partidos políticos pode se dar de forma negativa e/ou positiva, respectivamente, controlando ou banindo o uso de certas fontes de custeio e/ou provendo ou estimulando o uso de outras fontes[26].

Nesse quadro, três opções se apresentam dominantes, quais sejam: a) o financiamento por meio de fontes exclusivamente privadas; b) o financiamento por meio de fontes exclusivamente públicas; e c) o financiamento misto, que mescla as duas espécies anteriores[27].

25 *Idem, ibidem*. Ao se referir a partidos políticos minoritários, Fonseca anota que se trata de "partidos que representam as ideologias, as demandas e os ideais de segmentos da população sub-representados. Por pluralismo político, buscamos o ideal de que, em uma democracia, é essencial que distintas 'visões de mundo' estejam representadas no cenário político nacional, sob pena de se recair em um ambiente de desrespeito ao pensamento divergente".

26 *Idem, Ibidem*

27 *Idem, Ibidem*.

No Brasil, o financiamento eleitoral é misto, admitindo-se fontes públicas e privadas de custeio. Quanto às fontes privadas, o financiamento eleitoral brasileiro sofreu duas vigorosas alterações em pouco mais de 20 anos (de 1993 a 2015).

De fato, até o *impeachment* do Presidente Collor de Mello, as doações de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais eram vedadas pela Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei nº 5.682/1971). Apenas doações de pessoas físicas eram admitidas.

Com a comprovação de vultosas doações ilegais de empresas à campanha de Collor de Mello, decidiu-se liberar as contribuições por parte de pessoas jurídicas no intuito de conferir transparência às contas de campanha e maior eficácia à fiscalização do financiamento eleitoral.

Isso ocorreu por meio da promulgação da Lei nº 8.713, de 30.09.1993, que estabeleceu normas para as eleições de 1994[28]. A partir desta lei, empresas foram autorizadas a fazer doações no limite de 2% (dois por cento) de sua receita operacional auferida no ano de 1993 (art. 38, §1º, III).

A nova legislação também fixou normas para administração financeira das campanhas eleitorais, como diretrizes para a constituição dos comitês financeiros dos partidos políticos, formas de obtenção de recursos e de que modo deveriam ser realizadas as despesas, bem assim como deveriam ser realizadas as prestações de contas à Justiça Eleitoral.

Sobre essa importante quadra da história nacional, Cíntia Pinheiro Ribeiro de Souza discorre, *litteris*:

---

28 Depois dessa lei, a permissão de doações de pessoas jurídicas a candidaturas e partidos foi mantida na Lei nº 9.100/95, cujo art. 36, § 1º, III, reduziu o limite a 1% da receita operacional bruta da empresa no ano anterior à eleição, e na Lei nº 9.504/97, cujo art. 81, *caput* e §1º, autorizou as contribuições empresariais (até o limite de 2% da receita operacional bruta da empresa no ano anterior ao da eleição), previsão essa que perdurou até 2015, quando da conclusão do julgamento pelo STF da ADI nº 4.650/DF.

> As mudanças no padrão da competição, mais intenso com o retorno do multipartidarismo operante em 1982, e no modo de conduzir as campanhas vieram com o fim da censura e da consolidação do uso da televisão e das pesquisas eleitorais. Assim, a redemocratização implicou a necessidade de mais recursos a fim de que os candidatos realizassem suas campanhas, além de evidenciar a insuficiência dos recursos próprios dos candidatos, de pessoas físicas e dos partidos para cobrir a nova demanda, o que abriu, em definitivo, o caminho para as contribuições empresariais. No entanto, as doações de empresas permaneceram proibidas até o impeachment do presidente Fernando Collor de Melo. Os depoimentos à CPI que antecedeu esse fato marcaram a caracterização da legislação que proibia os aportes privados de empresas como "hipócrita" (Ibidem:130). Por isso, também, as vedações às origens do financiamento privado passaram a valer, explicitamente, não só para os partidos, mas para os candidatos a partir de 1993. É importante assinalar que a lista de doações proibidas aumentou, ao incluir os recursos provenientes de: entidade de direito privado que recebesse, na condição de beneficiária, contribuição compulsória em virtude de disposição legal; entidade de utilidade pública; pessoa jurídica sem fins lucrativos que recebesse recursos do exterior e; permissionário de serviço público. Ainda assim, as doações de empresas contratadas pelo Estado – empreiteiras, por exemplo – continuaram permitidas[29].

Esse modelo misto de financiamento com ampla participação de pessoas jurídicas no custeio das campanhas eleitorais perdurou por mais de duas décadas até que, ainda no calor das manifestações públicas de junho de 2013 no Brasil, o Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento – em dezembro daquele ano – da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650/DF, que visava à declaração de inconstitucionalidade de dispositivos legais que permitiam doações de pessoas jurídicas a partidos e a campanhas eleitorais.

Após sucessivas suspensões em virtude de pedidos de vista, em setembro de 2015, por maioria, na linha do voto do relator, o Minis-

29 *Apud* MARIANO, Tania Vandreli Cordeiro. As doações para campanhas eleitorais. 2015. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-143/as-doacoes-para-campanhas-eleitorais. Acesso em: 15 de março de 2020.

tro Luiz Fux, o Pleno do STF julgou procedente em parte o pedido formulado na ADI nº 4.650/DF para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, vencidos, em menor extensão, os ministros Teori Zavascki, Celso de Mello e Gilmar Mendes, que davam interpretação conforme[30].

Logo após essa decisão, o Congresso Nacional promulgou a minirreforma eleitoral que serviria para as eleições de 2016: a Lei nº 13.165/2015. Ponto interessante dessa norma foi que seu projeto, atento ao §2º do art. 102 da Constituição Federal – que não vincula o Legislativo às decisões de mérito do STF em ADI´s e ADC´s –, previa a manutenção das doações de campanha por pessoas jurídicas[31].

---

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n.4650/DF**. Diário da Justiça Eletrônica, 24 fev. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=10331215&tipo=DJ&descrição=DJE%20N%BA%2034%20-%2023/02/2016> Acesso em: 12 de fevereiro de 2020.

31 BRASIL. **Mensagem de Veto nº 358**, de 29 de setembro de 2015. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-358.htm. Acesso em: 15 de março de 2020.
Era essa a previsão vetada segundo a Mensagem acima: Art. 24-B. Doações e contribuições de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais poderão ser feitas para os partidos políticos a partir do registro dos comitês financeiros dos partidos ou coligações.
§1º As doações e contribuições de que trata este artigo não poderão ultrapassar nenhum dos seguintes limites:
I – 2% (dois por cento) do faturamento bruto do ano anterior à eleição, somadas todas as doações feitas pelo mesmo doador, até o máximo de R$20.000.000,00 (vinte milhões de reais);
II – 0,5% (cinco décimos por cento) do faturamento bruto, somadas todas as doações feitas para um mesmo partido.
§2º A doação de quantia acima dos limites fixados neste artigo sujeita a pessoa jurídica ao pagamento de multa no valor de cinco vezes a quantia em excesso.
§3º Sem prejuízo do disposto no §2º, a pessoa jurídica que ultrapassar o limite fixado no §1º estará sujeita 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.
§4º As representações propostas objetivando a aplicação das sanções previstas nos §§2º e 3º observarão o rito previsto no art. 22 da Lei Complementar de nº 64, de 18 de maio de 1990, e o prazo de recurso contra as decisões proferidas com base neste artigo será de três dias, a contra da data da publicação do julgamento no Diário Oficial.

Todavia, a Presidente Dilma Roussef vetou esse dispositivo por completo sob a seguinte argumentação:

> A possibilidade de doações e contribuições por pessoas jurídicas a partidos políticos e campanhas eleitorais, que seriam regulamentadas por esses dispositivos, confrontaria a igualdade política e os princípios republicano e democrático, como decidiu o Supremo Tribunal Federal – STF em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nª 4650/DF), proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. O STF determinou, inclusive, que a execução dessa decisão 'aplica-se às eleições de 2016 e seguintes, a partir da sessão de julgamento, independentemente da publicação do acórdão', conforme ata da 29ª sessão extraordinária de 17 de setembro de 2015 ([32]).

Com isso, encerrou-se o ciclo do financiamento privado de campanhas e partidos políticos por pessoas jurídicas em nosso país. A única exceção à regra restou sendo as doações de partidos a partidos. Nessa linha, Gomes pondera que, embora o partido político tenha natureza de pessoa jurídica de direito privado, não há expressa vedação legal à doação de um partido a outro[33].

Como registra o autor, isso é o que se extrai de uma interpretação sistemática da legislação eleitoral, notadamente do art. 28. §6º, II, da Lei das Eleições, que fala em doações estimáveis em dinheiro entre candidatos ou partidos. Segundo o eleitoralista, a autorização de doações de campanha entre partidos atende sobretudo aos interesses das coligações porque a possibilidade de partidos coligados doarem entre si contribui para o fortalecimento do consórcio na disputa, o que termina por favorecer o doador[34].

---

32 *Idem, Ibidem*.

33 Op. Cit., p. 490.

34 Op. Cit. P. 491.

Cumpre observar que a minirreforma eleitoral de 2015 trouxe em seu bojo outra importante novidade acerca do financiamento de campanhas: fala-se da estipulação de limites de gastos de campanha, os quais foram fixados de acordo com o cargo em disputa e observando percentuais sobre o maior gasto declarado, na respectiva circunscrição, nas eleições imediatamente anteriores de Presidente, Governador e Prefeito, ou sobre o maior gasto contratado na circunscrição para o respectivo cargo nas eleições imediatamente anteriores de Senador, Deputado Federal, Deputado Estadual e Vereador (arts. 5º e 6º da Lei nº 13.165/2015).

Com a vedação de contribuições de empresas, o que fez minguar notavelmente as receitas das campanhas eleitorais, tornou-se inevitável a constituição de uma fonte pública robusta para custear candidatos e partidos nos pleitos futuros.

Nessa direção, Câmara dos Deputados e Senado Federal votaram outra conhecida minirreforma eleitoral em 2017, desta vez aprovando não uma, mas duas leis, as de nºs 13.487 e 13.488.

O art. 1º da Lei nº 13.487/2017 introduziu na Lei das Eleições o art. 16-C, que criou o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), constituído por dotações orçamentárias da União em ano eleitoral, em valor ao menos equivalente: I – ao definido pelo Tribunal Superior Eleitoral, a cada eleição, como base nos parâmetros definidos em lei; e II – a 30% (trinta por cento) dos recursos da reserva específica de que trata o inciso II do §3º do art. 12 da Lei nº 13.473, de 8 de agosto de 2017 [35]. A forma

35 Lei nº 13.473, de 8 de agosto de 2017: Art. 12. A Reserva de Contingência, observado o inciso III do caput do art. 5º da Lei de Responsabilidade Fiscal, será constituída, exclusivamente, de recursos do Orçamento Fiscal, equivalendo, no Projeto e na Lei Orçamentária de 2018, a, no mínimo, dois décimos por cento da receita corrente líquida constante do referido Projeto. (...) § 3º O Projeto de Lei Orçamentária de 2018 conterá reservas específicas para atendimento de: (...) II- programações decorrentes de emendas de bancada estadual de execução obrigatória e de despesas necessárias ao custeio de campanhas eleitorais.

de repartição desses recursos foi prevista pelo art. 16-D[36] da Lei nº 9.504/97, acrescentado pela Lei nº 13.488/2017, e, em larguíssima medida (98%), observa o desempenho das agremiações partidárias nas eleições.

Ocorre que, apesar de nascido com o firme propósito de moralizar o custeio das campanhas eleitorais no país, o novo modelo misto de financiamento eleitoral baseado na vedação de doações empresariais e na utilização majoritária de fundos públicos não restou isento de críticas, sobretudo após o indiciamento, pela Polícia Federal, de conhecidos políticos sob a suspeita de envolvimento em desvios de recursos públicos por meio do lançamento de candidaturas femininas fraudulentas ou de fachada, as chamadas candidaturas-laranja[37].

A acusação é de que, por meio das candidatas-laranja, que não praticam nenhum ato de campanha e muito menos realizam gastos, partidos se apropriariam indevidamente dos recursos do Fundo Partidário e do FEFC destinados ao financiamento de candidaturas femininas por força do artigo 10, §3º, da Lei das Eleições, e os utilizariam ao seu bel prazer.

---

36 Lei nº 13.488/2017: Art. 16-D. Os recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), para o primeiro turno das eleições, serão distribuídos entre os partidos políticos, obedecendo os seguintes critérios:
I – 2% (dois por cento), divididos igualitariamente entre todos os partidos com estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral;
II – 35% (trinta e cinco por cento), divididos entre os partidos que tenham pelo menos um representante na Câmara dos Deputados, na proporção do percentual de votos por ele obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados;
III – 48% (quarenta e oito por cento), divididos entre os partidos, na proporção do número de representantes na Câmara dos Deputados, consideradas as legendas dos titulares;
IV – 15% (quinze por cento), divididos entre os partidos, na proporção do número de representantes do Senado Federal, consideradas as legendas do titulares.

37 MATTOSO, Camila; BRAGON, Ranier. Ministro do Turismo é indiciado pela PF em investigação de esquema de laranjas do PSL. 2019. Disponível em: https://www1.folha.com.br/poder2019/10/ministro-do-turismo-e-indiciado-pela-pf-em-investigacao-de-esquema-de-laranjas-do-psl.shtml<Acessos em: 05 de abril de 2020>.

A indignação com essa situação foi tal que, durante a votação da Lei Orçamentária Anual para o exercício de 2020, vários congressistas se manifestaram contra a manutenção de um fundo de financiamento público de campanhas eleitorais.

Um exemplo foi o Deputado Marcel Van Hattem, do Rio Grande do Sul, líder do Novo na Câmara dos Deputados. Segundo ele, "campanhas têm que ser mantidas por quem acredita na política e na democracia, por pessoas que apoiam os candidatos, e não pelo povo, que já paga muito imposto e vê pouco resultado nos serviços públicos"[38].

Fonseca acrescenta que, para além dos problemas recentemente revelados acerca do real e efetivo cumprimento das regras relacionadas ao gênero feminino na política, por exemplo, o atual modelo adotado possui outras vicissitudes cruciais[39], dentre as quais ele destaca a ausência, no âmbito intrapartidário, "de critérios sólidos e democráticos para distribuição e rateio dos recursos econômicos oriundos do Fundo Eleitoral"[40]. Segundo o escólio do autor:

> (...) o que se percebe é a consolidação da velha política partidária no sentido de concentrar o poder decisório nas 'velhas' lideranças do partido e de possibilitar poucas perspectivas para um processo de renovação política. Isso pode ser visto a partir da tendência em (i) centralizar na cúpula partidária a tomada de decisões acerca dos critérios de repasse; (ii) em fixar vantagens e prioridades para candidatos que busquem reeleição; e (iii) em condicionar a distribuição dos recursos aos resultados relativos à eleição passada[41].

38 MACHADO, Ralph; TRIBOLI, Pierre. Congresso aprova Orçamento com fundo eleitoral de R$2 bilhões para 2020. 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/627813-congresso-aprova-orcamento-com-fundo-eleitoral-de-r-2-bilhoes-para-2020<Acesso em: 10 de abril de 2020.

39 Op. Cit. Acesso em: 30 de janeiro de 2020.

40 *Idem, ibidem.*

41 *Idem, ibidem.*

Assim, como se vê, a manutenção de um fundo púbico de financiamento eleitoral gera sensíveis divergências teóricas. Por esta razão, são recorrentes os estudos e as propostas tendentes a extinguir o FEFC e a reinstituir o financiamento privado de campanhas por pessoas jurídicas, a sua grande maioria senão todos lastreados nos argumentos dos ministros que divergiram do Relator da ADI nº 4.650/DF, notadamente do Ministro Teori Zavascki.

3.2. O julgamento da ADI nº 4.650/DF e a postura de equilíbrio pugnada por Zavascki: sua conformação aos ideais defendidos por Fonseca

Em artigo intitulado *Financiamento eleitoral por pessoas jurídicas: a influência do poder econômico sobre a democracia*, André Lemos Jorge e Michel Bertoni Soares elencam as fundamentações das duas correntes que se formaram no curso do julgamento da ADI nº 4.650/DF: uma encabeçada pelo relator da ação, sagrada vitoriosa; e outra, capitaneada pelo Ministro Teori Albino Zavascki, vencida.

Quanto ao relator da ADI – Ministro Luiz Fux –, os autores registram que os principais fundamentos de seu voto foram os seguintes: 1) ao tempo do julgamento da ação, o Brasil vivia uma crise de representatividade em que se verificava um distanciamento entre cidadãos e políticos; 2) o financiamento eleitoral devia ser submetido a uma reforma de modo a reduzir os elevados custos das eleições; 3) a Constituição Federal não traz um regramento específico e exaustivo sobre as campanhas eleitorais, todavia isso não representaria um "cheque em branco" para que o legislador dispusesse sobre a matéria ao seu talante, devendo respeitar os Princípios Republicano Democrático e da Isonomia; 4) o financiamento eleitoral por pessoas jurídicas a candidaturas e partidos ofende o princípio democrático,

pois a participação na vida política inclui o direito de votar e de ser votado, situações que são inerentes às pessoas físicas, nas palavras do relator; 5) as doações por pessoas jurídicas, além de encarecerem as eleições, desequilibram a disputa, notadamente pela possibilidade de empresas maiores investirem mais recursos financeiros; e 6) verificavam-se doações de uma mesma empresa a mais de uma candidatura, o que não pode ser visto como corolário da liberdade de expressão, visto que esta seria, na esfera eleitoral, uma manifestação unívoca no sentido de que a escolha de uma ideologia, em tese, excluiria as demais[42].

É fundamental notar que o relator assumiu declaradamente uma postura judicante expansiva – encampada igualmente pela maioria da Corte -, conforme se extrai induvidosamente já dos dois primeiros itens da ementa do acórdão que julgou a ADI, *verbis*:

> 1. A postura particularista do Supremo Tribunal Federal, no exercício da judicial review, é medida que se impõe nas hipóteses de salvaguarda das condições de funcionamento das instituições democráticas, de sorte (i) a corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxime quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, e (ii) a proteger os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias.
>
> 2. O funcionamento do processo político-eleitoral, conquanto matéria deveras sensível, impõe uma postura mais expansiva e particularista por parte do Supremo Tribunal Federal, em detrimento de opções mais deferentes e formalistas, sobre as escolhas políticas exercidas pelas maiorias no seio do Parlamento, instância, por excelência, vocacionada à tomada de decisão de primeira ordem sobre a matéria[43].

42 JORGE, André Guilherme Lemos; SOARES, Michel Bertoni. Op. Cit., p. 89.

43 . BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n.4650/DF. Diário da Justiça Eletrônica, 24 fev. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=10331215&tipo=DJ&descrição=DJE%20N%BA%2034%20-%2023/02/2016> Acesso em: 12 de fevereiro de 2020.

Foi, portanto, com uma postura "mais expansiva e particularista por parte do Supremo Tribunal Federal"[44] que a Corte decidiu a ADI em questão, o que explica o fato de muitos dos votos proferidos nesse julgamento terem sido permeados por argumentos de cunho metajurídico, destacando que o Poder Judiciário deveria responder à crise política instaurada no País[45], uma crise de representatividade nas palavras de Luiz Fux. Apenas dissentiram dessa linha o Ministro Zavascki – que principiou a divergência – e os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello.

Jorge e Soares observam que, nesse julgamento, Zavascki destacou que a amplitude semântica dos princípios democráticos e republicanos da igualdade não poderia ser utilizada de maneira a considerar inconstitucional toda e qualquer contribuição de pessoas jurídicas com o financiamento eleitoral[46].

Isso se encontra claro no seguinte trecho do voto-vista de Zavascki:

> (...) a Constituição Federal não traz disciplina específica a respeito da matéria do financiamento eleitoral. Essa constatação resulta claramente estampada na própria petição inicial, que, para sustentar a inconstitucionalidade dos preceitos normativos atacados, invocou ofensa a princípios constitucionais de conteúdo marcadamente aberto e indeterminado: o princípio democrático, o princípio republicano, o princípio da igualdade[47].

---

44 *Idem, ibidem*.

45 JORGE, André Guilherme Lemos; SOARES, Michel Bertoni. Op. Cit., p. 91.

46 Op. Cit., p. 98.

47 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n.4650/DF. Diário da Justiça Eletrônica, 24 fev. 2016. Voto-vista: ZAVASCKI. Teori Albino. Disponível em: www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4650TZ.pdf., p. 4. Acesso em: 12 de fevereiro de 2020.

No mesmo trecho acima transcrito Zavascki gizou outro ponto nodal do seu raciocínio: o de que a Constituição Federal não cuida nem regula o tema das doações a campanhas por pessoas jurídicas.

Segundo Zavascki, o que a Carta expressamente proíbe é o abuso do poder econômico como forma de garantir a legitimidade das eleições. Contudo, essa vedação existe sem que se faça qualquer restrição, expressa ou implícita, às fontes de financiamento, sejam estas derivadas de doações de pessoas físicas ou jurídicas. Isso é uma opção do legislador infraconstitucional.

Aludindo aos §§9º e 10 do artigo 14 da Constituição Federal, Zavascki assentou que essas normas visam combater não o concurso do poder econômico em campanhas eleitorais, até porque, como já afirmado, não se pode promover campanhas sem suporte financeiro. O que a Constituição veda é a influência econômica abusiva, ou seja, a que compromete a normalidade e legitimidade das eleições (§ 9º). É o abuso, e não o uso, que enseja a perda do mandato eletivo (§ 10)[48].

Assim sendo, Zavascki chamou atenção para a importância de o Supremo Tribunal Federal ter o cuidado de não extrair das raras disposições da Constituição sobre abuso do poder econômico ou, o que seria mais grave, da amplitude semântica e da plurissignificação dos princípios democrático, republicano e da igualdade, interpretações voluntaristas que imponham gessos artificiais e permanentes às alternativas que ela, Constituição, oferece ao legislador encarregado de promover ajustes normativos ao sistema de financiamento dos partidos políticos e das campanhas eleitorais[49].

No exercício deste mister de promover os ajustes normativos, o legislador não pode perder de vista que inexiste no Brasil um modelo fechado de financiamento das campanhas políticas ou, em sentido inverso, que existe baliza constitucional aberta. Diante da

48 *Idem, Ibidem,* p. 5.

49 *Idem*, *ibidem*, mesma página.

inequívoca supremacia formal e material da Constituição Federal 1988, fundamento de validade de todo o sistema jurídico brasileiro, é curial guardar que a legislação infraconstitucional deve estreita observância à moldura do financiamento de campanha prevista da carta constitucional.

Portanto, se é certo que não há que se falar em "cheque em branco" ao legislador ordinário no trato da matéria em debate, não menos certo é que dele não pode ser retirada a atribuição constitucional de legislar sobre doações empresarias a candidatos e partidos, desde que, obviamente, respeitando a previsão do §9º do art. 14 da Constituição Federal.

Na linha do que ensinam Jorge e Soares, o que é fundamental é "evitar que o financiamento eleitoral possa macular os resultados das eleições, impedindo a extração da vontade dos cidadãos com a necessária assepsia"[50], comprometendo a legitimidade e a normalidade das eleições.

Zavascki foi igualmente contra o argumento central da inconstitucionalidade divisada pelo relator, conforme o qual as pessoas jurídicas não exercem cidadania porquanto não possuírem aptidão para votar.

Nesse específico ponto, Zavascki obtemperou que a Constituição não faz, sequer implicitamente, essa relação entre capacidade de votar e habilitação para contribuir, até porque há também muitas pessoas naturais sem habilitação para votar e nem por isso estão proibidas de contribuir financeiramente para partidos e campanhas[51].

Continuando, o Ministro frisou que o voto é apenas uma das variadas formas de participar da vida em sociedade e de influir para que a escolha de representantes políticos recaia sobre os mais eficientes e mais qualificados[52].

50 Op. Cit., p. 88.

51 *Idem, ibidem*, p. 6.

52 *Idem, ibidem*, mesma página.

Nesse sentido, ele disse que as pessoas jurídicas, embora não votem e sejam entidades artificiais do ponto de vista material, ainda assim fazem parte da nossa realidade social, na qual desempenham papel importante e indispensável, inclusive como agentes econômicos, produtores de bens e serviços, geradores de empregos e de oportunidades de realização aos cidadãos[53].

Demais disso, anotou que empresas podem, sim, ter legítimos interesses no patrocínio de determinadas campanhas, como, por exemplo, quando direcionam recursos a determinados candidatos e partidos alinhados ideologicamente à sua posição no mercado[54].

De fato, exemplifica-se que é perfeitamente concebível e absolutamente razoável que empresas fabricantes de armas e munições contribuam para campanhas eleitorais de candidatos e partidos que enfatizam sua atuação na defesa da segurança pública e pessoal, ou que empresas de produtos cosméticos naturais queiram contribuir para candidaturas e agremiações com atuação marcante na defesa do meio-ambiente.

Ainda acerca desta questão, Zavascki observou o seguinte:

> Diz-se, por outro lado, que pessoas jurídicas só contribuem por interesse. Não se contesta esse fato. Todavia, é exatamente isso o que ocorre também com as pessoas naturais: suas contribuições não podem ser consideradas desinteressadas. Nem num caso, nem no outro, entretanto, há de se afirmar que os interesses a que visam as contribuições para partidos ou campanhas políticas sejam, invaria-

53 *Idem, ibidem*, mesma página. Jorge e Soares ensinam que a "Suprema Corte norte-americana decidiu justamente o contrário, entendendo que as pessoas jurídicas, apesar de não votarem e não se candidatarem, teriam a possibilidade de influenciar no processo democrático" (Op. Cit., p. 95). Tratou-se do famoso caso *Citizens United* X *Federal Election Comission*. Ele ocorreu em 2010 e, por um placar bem apertado (5 a 4), a Suprema Corte dos EUA julgou inconstitucional a restrição de gastos de campanha por empresas naquele país. Com base na Primeira Emenda da Constituição americana, entendeu-se que é direito das pessoas jurídicas contribuírem para campanhas como corolário da liberdade de expressão naquela nação.

54 JORGE, André Guilherme Lemos; SOARES, Michel Bertoni. Op. Cit., p. 98.

> velmente, interesses ilegítimos. Não se mostra assim, por exemplo, o interesse de pessoas jurídicas em ver eleitos candidatos favoráveis a impulsionar certas reformas legislativas de natureza econômica, ou tributária, ou trabalhista, ou em ver priorizadas políticas públicas na área de infraestrutura, ou de expansão de empregos, ou de industrialização ou de desburocratização. É claro que há também interesses escusos movendo doações de pessoas jurídicas, mas seria igualmente ingênuo afirmar que os interesses que movem pessoas naturais a contribuir para campanhas sejam, sempre, interesses legítimos. A realidade está repleta de exemplos em sentido contrário, alguns até da mais alta gravidade, como é o caso de candidaturas sustentadas por organizações criminosas[55].

Do quanto visto até aqui, resulta claro que todas as imputações e críticas dirigidas ao financiamento eleitoral por pessoas jurídicas são, em veras, contra a disciplina infraconstitucional do tema e, exatamente por isso, são perfeitamente resolvidas pelo estabelecimento de critérios objetivos e rígidos por parte dessa legislação.

É que, na realidade, o problema não reside na norma mas, isto sim, no seu descumprimento sistemático e desabrido.

A solução, consequentemente, não é eliminar a norma, mas estabelecer e aplicar mecanismos de controle e sanções que imponham a sua efetiva observância[56].

Em doutrina sobre a temática do financiamento eleitoral, Zavascki defende que, para conformar o tema ao regramento constitucional, bastaria que da legislação infraconstitucional constassem vedações tais como: 1) à realização de doações por pessoas jurídicas (ou de suas coligadas, controladas, ou de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico) que mantivessem contratos onerosos celebrados com a Administração Pública; 2) à contribuição desses entes para partidos e candidatos que disputassem entre si (proibição

55 *Idem, ibidem,* p. 7.

56 ZAVASCKI, Teori Albino. Op. Cit., p. 12.

a mais de uma candidatura para o mesmo cargo); e 3) à celebração de contratos com a Administração Pública até o término da gestão/legislatura subsequente para a qual concorreram com recursos os entes acima referidos[57].

Nessa mesma ordem de ideias, alinha-se a fixação de tetos de gastos de campanha, medida já efetivada pelo legislador ordinário desde a minirreforma eleitoral de 2015 (Lei nº 13.165/2015) que, como visto no item anterior, estabeleceu limites de gastos para campanhas conforme o cargo postulado. Esses limites foram alterados, em 2017, pela Lei nº 13.488 que, em seus artigos 5º, 6º e 7º, mudaram os limites de gastos para as campanhas de Presidente (art. 5º), Senador e Governador (art. 6º) e Deputados Federais, Estaduais e Distritais (art. 7º)[58] para as eleições de 2018 e, em 2019, pela Lei

57 *Apud* JORGE, André Guilherme Lemos; SOARES, Michel Bertoni. Op. Cit., p. 98.

58 Lei nº 13.488/2017: Art. 5º Nas eleições para Presidente da República em 2018, o limite de gastos de campanha de cada candidato será de R$ 70.000.000,00 (setenta milhões de reais).
Parágrafo único. Na campanha para o segundo turno, se houver, o limite de gastos de cada xcandidato será de 50% (cinquenta por cento) do valor estabelecido no **caput** deste artigo.
Art. 6º O limite de gastos nas campanhas dos candidatos às eleições de Governador e Senador em 2018 será definido de acordo com o número de eleitores de cada unidade da Federação apurado no dia 31 de maio de 2018, nos termos previstos neste artigo.
§ 1º Nas eleições para Governador, serão os seguintes os limites de gastos de campanha de cada candidato:
I- nas unidades da Federação com até um milhão de eleitores: R$ 2.800.000,00 (dois milhões e oitocentos mil reais);
II - nas unidades da Federação com mais de um milhão de eleitores e de até dois milhões de eleitores: R$ 4.900.000,00 (quatro milhões e novecentos mil reais);
III- nas unidades da Federação com mais de dois milhões de eleitores e de até quatro milhões de eleitores: R$ 5.600.000,00 (cinco milhões e seiscentos mil reais);
IV- nas unidades da Federação com mais de quatro milhões de eleitores e de até dez milhões de eleitores: R$ 9.100.000,00 (nove milhões e cem mil reais);
V- nas unidades da Federação com mais de dez milhões de eleitores e de até vinte milhões de eleitores: R$ 14.000.000,00 (catorze milhões de reais);
VI - nas unidades da Federação com mais de vinte milhões de eleitores: R$ 21.000.000,00 (vinte e um milhões de reais).
§ 2º Nas eleições para Senador, serão os seguintes os limites de gastos de campanha de cada candidato:

nº 13.878/2019, que alterou o artigo 18-C da Lei das Eleições, o qual, para as eleições de 2020, previu que "o limite de gastos nas campanhas dos candidatos às eleições para prefeito e vereador, na respectiva circunscrição, será equivalente ao limite para os respectivos cargos nas eleições de 2016, atualizado pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), aferido pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou por índice que o substituir", valor que fica limitado a 40% (quarenta por cento) do teto anterior no caso de municípios com segundo turno (art. 1º, caput e parágrafo único).

Somente essa medida já reduziu drasticamente os custos das campanhas em nosso país, que hoje, conforme as prestações de contas apresentadas à Justiça Eleitoral, dispendem valores muitíssimo menores daqueles outrora empregados em eleições.

Poder-se-ia até dizer que essa redução é artificial pois os montantes não contabilizados oficialmente (e, portanto, não apresentados à Justiça Eleitoral) extrapolariam – e muito - os tetos legais. É fato. Entretanto, se isso ocorre é em boa medida porque a origem de parte desses recursos provém de pessoas jurídicas, que pela lei são

I- nas unidades da Federação com até dois milhões de eleitores: R$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais);
II- nas unidades da Federação com mais de dois milhões de eleitores e de até quatro milhões de eleitores: R$ 3.000.000,00 (três milhões de reais);
III- nas unidades da Federação com mais de quatro milhões de eleitores e de até dez milhões de eleitores: R$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil reais);
IV- nas unidades da Federação com mais de dez milhões de eleitores e de até vinte milhões de eleitores: R$ 4.200.000,00 (quatro milhões e duzentos mil reais);
V - nas unidades da Federação com mais de vinte milhões de eleitores: R$ 5.600.000,00 (cinco milhões e seiscentos mil reais).
§ 3º Nas campanhas para o segundo turno de governador, onde houver, o limite de gastos de cada candidato será de 50% (cinquenta por cento) dos limites fixados no § 1º deste artigo.
Art. 7º Em 2018, o limite de gastos será de:
I - R$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais) para as campanhas dos candidatos às eleições de Deputado Federal;
II- R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) para as campanhas dos candidatos às eleições de Deputado Estadual e Deputado Distrital.

impedidas de doar, mas que, na prática, ainda que em menor quantidade, continuam, sim, a contribuir para campanhas.

E o cotidiano tem sido pródigo em nos apresentar exemplos de como essas doações são feitas. Uma maneira muito comum é sua pulverização em várias doações de pessoas naturais utilizando-se os CPF's dos empregados das doadoras, que no mais das vezes a fazem coagidos por seus empregadores.

Em verdade, independentemente do modelo adotado – se público, privado ou misto -, o que é essencial ao financiamento eleitoral em qualquer país democrático é a observância simultânea daqueles três ideais, parâmetros ou balizas que Reynado Soares da Fonseca professa, quais sejam, transparência, concorrência (ou igualdade de chances e liberdade para concorrer) e o pluralismo político.

No entanto, apura-se que a proibição ao financiamento de campanhas por empresas em nosso país prejudica a consecução desses três ideais.

No que tange à transparência, é inconcusso que restrições em excesso são prejudiciais ao exercício do trabalho dos órgãos de controle e fiscalização, nomeadamente da Justiça Eleitoral e da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

É que a criação de limitações que não são passíveis de análise e acompanhamento pela Justiça Eleitoral, longe de contribuir para a melhora da questão, incentiva práticas tendentes a burlar a legislação de regência e, especialmente, à utilização de doações ocultas ("caixa dois")[59], haja vista o exemplo acima apresentado.

Foi, aliás, na busca de maior transparência que se optou por permitir o financiamento eleitoral por pessoas jurídicas logo após o impeachment de Collor de Mello. A vedação ao modelo vai, portanto, na contramão da história e da própria experiência do país. O que faltou foi eficácia na fiscalização e efetiva punição dos responsáveis por abusos.

59 JORGE, André Guilherme Lemos; SOARES, Michel Bertoni. Op. Cit., p. 99.

Nessa vereda, calha como luva confortável a seguinte fala do Ministro Sepúlveda Pertence, do STF, transcrita no voto-vista de Zavascki na ADI nº 4.650/DF:

> Dispensa comentários o rotundo fracasso dessa tentativa ingênua de expungir o financiamento das campanhas eleitorais do dinheiro da empresa privada: além da ineficácia notória, a vedação gerou o efeito perverso do acumpliciamento generalizado dos atores da vida política com a prática das contribuições empresariais clandestinas, fruto, na melhor das hipóteses, da sonegação fiscal.
>
> (...)
>
> Não é que seja desejável que empresas de finalidade lucrativa custeiem a disputa do poder político. Mas é inevitável que o façam. Desse modo, a alternativa real não é permitir ou proibir simplesmente. É proibir nominalmente, fingindo ignorar a inoperância fatal da vedação utópica, ou render-se à realidade inevitável da interferência do poder econômico nas campanhas eleitorais, a fim de tentar discipliná-la, limitá-la e fazê-la transparente [60] (Grifamos).

Demais disso, com a eliminação do financiamento privado por pessoas jurídicas, o próprio Fonseca adverte para um grande risco de se afetar a competição (a concorrência, noutras palavras) eleitoral intra e interpartidária, beneficiando candidatos já estabelecidos[61].

É que, segundo o autor, há um alto risco de estagnação da renovação política dentro dos quadros partidários, consequentemente, a) favorecendo, ainda mais, a consolidação de velhas lideranças partidárias e b) privilegiando a manutenção do status quo ante no cenário político, rompendo com a igualdade de oportunidades na competição eleitoral[62].

---

60 Op. Cit., p. 11/12.

61 Op. Cit.

62 *Ibidem*..

Já quanto ao pluralismo político, Fonseca chama a atenção para a) um desincentivo à entrada de novos partidos no sistema partidário, b) ao surgimento de novas lideranças no âmbito intrapartidário, e c) um cenário de dependência dos partidos em torno do Estado, contribuindo para a cartelização e o congelamento do sistema político-partidário[63].

Assim, como bem ressalta Gomes, além de não pôr fim à corrupção de agentes estatais, o modelo de financiamento público exclusivo também não acaba com o financiamento espúrio de campanhas, tampouco com o uso de caixa 2[64].

A bem da verdade é uma utopia achar que tais males um dia acabarão. O que se pode e deve fazer é coibi-los, tal como ocorre com crimes outros, como o homicídio e a sonegação fiscal, por exemplo. A questão é vigiar e punir.

E definitivamente isso não será alcançado com a proibição *sic et simpliciter* do financiamento eleitoral por pessoas jurídicas, em franco prejuízo da transparência, e com grave preterição da Igualdade e do exercício da Democracia.

Porquanto, pondera-se que a melhor maneira de progredir nesse caminho em que acertos e desacertos se sucedem incessantemente é aprender com os erros e aperfeiçoar os institutos já existentes (doações de pessoas naturais, de partidos a partidos e financiamento público), mas sem abrir mão da contribuição empresarial, que, como visto, antes de ser contrária à Constituição Federal, pode ser um importante instrumento de efetivação dos princípios que ela alberga.

Desta feita, longe de se advogar o fim do financiamento púbico de campanhas - que ao menos por ora, nos moldes atuais, é indispensável ante o vácuo que se formou depois da decisão do STF

63 *Ibidem*, mesma página.

64 Op. Cit., p. 475.

na ADI nº 4.650/DF –, entende-se que o retorno a um modelo misto com a participação de doações empresariais (obviamente que acrescido das limitações pugnadas por Zavascki acima) é um passo importante no aprimoramento do sistema.

Essa medida, vale lembrar, é perfeitamente válida perante a Constituição ante ao que dispõe o já citado §2º do artigo 102 do seu texto, que não vincula o Congresso Nacional.

Essa reabertura – chame-se assim - permitiria a paulatina redução da transferência de recursos públicos ao financiamento de campanhas num período em que o modelo se adaptaria à nova realidade do financiamento eleitoral e financeira do Estado Brasileiro.

Nesse interregno, todos os atores do processo democrático, nomeadamente políticos, partidos, cidadãos e empresas, encontrariam um ponto de equilíbrio no sistema, ponto no qual poder-se-ia estabelecer a exata medida da participação de cada lado – o público e o privado – no financiamento das campanhas eleitorais.

Logo, muito longe de se defender a exclusão de uma participação do Erário no custeio da atividade política, principalmente no financiamento de campanhas eleitorais, propõe-se sua manutenção apenas até uma certa medida, até o quanto necessário para complementar aquilo que cidadãos e empresas arcariam no curso do processo, cidadãos e empresas que, como salientado em todo este artigo, são os legítimos interessados na subvenção das eleições.

Noutro giro: deduz-se pela adequação e necessidade de um modelo misto de financiamento eleitoral; contudo, não por meio de um fundo público destinado para tal fim.

Reflete-se que os dinheiros públicos não devem ser empregados para tanto. Essa perspectiva, aliás, é forte na opinião popular, o que se demonstra através de parte numerosa da população brasileira que não vê como legítimas e moralmente adequadas inversões de recursos públicos para custear a atividade política. Comprova-se isso

diante da discussão que ganhou força no país quanto à realocação *in totum* dos valores do FEFC para o uso no combate ao Coronavírus e à sua enfermidade, o COVID 19.

Nessa linha, a utilização dos meios públicos existentes antes do FEFC – parcela do Fundo Partidário para propaganda, direito de antena e renúncias fiscais –, desde que conjugados com doações privadas de pessoas naturais e jurídicas (estas com as vedações elencadas por Zavascki, entre outras que abaixo restarão consignadas à moda de exemplo), e ainda com outros institutos recentes que podem e devem ser melhor explorados, como o *crowdfunding*, seria bastante para o atingimento do fim alcançado.

Tudo isso, importa sempre ressaltar, com a mais ampla transparência, privilegiando a máxima participação dos políticos e dos partidos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na estrutura do sistema jurídico brasileiro, a Constituição Federal é dotada de superioridade formal e material, além de se constituir no fundamento de validade para as demais normas do ordenamento nacional.

Segundo o arranjo constitucional, o Supremo Tribunal Federal é o detentor da última palavra na interpretação e aplicação das normas constitucionais, seja em controle difuso ou em controle concentrado de constitucionalidade.

Sem embargo disso, à ciência é lícito investigar de modo neutro a pertinência constitucional e o dever de fundamentação das decisões judiciais.

Nesse mister, analisou-se a decisão do STF no julgamento da ADI nº 4.650/DF, que declarou a inconstitucionalidade de doações

por pessoas jurídicas a partidos políticos e candidatos. Com ela o financiamento privado de campanhas ficou restrito a doações efetuadas por pessoas naturais, no limite estabelecido pela legislação, e a doações de partidos políticos a partidos políticos. Como consequência, o modelo misto preexistente, em que havia uma preponderância das fontes privadas (notadamente de empresas), foi substituído por outro com preeminência de recursos públicos.

Observou-se que a fundamentação do referido aresto considerou ofensa a princípios constitucionais de conteúdo marcadamente aberto e indeterminado, e, em atuação "particularista e expansiva", limitou as hipóteses de custeio eleitoral, ainda que a Constituição Federal não possua qualquer norma – princípio ou regra – obstativa do financiamento eleitoral por pessoas jurídicas, matéria que claramente delegou ao legislador infraconstitucional, o qual deveria observar os comandos dos §§9º e 10 do artigo 14 da Carta Maior no exercício de sua atividade legiferante.

Nota-se que a intenção de afastar a cooptação do poder político pelo poder econômico empreendida pelo STF por meio de interpretação e aplicação expansiva da Constituição gerou efeitos igualmente perniciosos à democracia brasileira.

Nesse sentido, observou-se que não diminuiu a alegada "crise de representatividade" apontada pelo acórdão pretoriano, particularmente pela ampliação do financiamento público e, por conseguinte, pelo aumento dos gastos do Erário.

Em verdade, além de o financiamento empresarial ter continuado a existir por via de "caixa 2" e outros meneios igualmente ilícitos, registraram-se novas burlas à legislação sobre o custeio eleitoral, estas por sua vez envolvendo a aplicação cavilosa dos recursos do Fundo Partidário e do FEFC.

Por tais razões, propugna-se a reimplantação do financiamento privado por pessoas jurídicas em nosso *ordo juris*.

Demonstra-se que Constituição Federal efetivamente nada diz que impeça tal medida. Antes o contrário, como averbado *retro*. Registra-se a viabilidade dessa medida ante a previsão do §2º do art. 102 da Carta Magna. Depois, afirma-se a possibilidade e adequação de um modelo misto de financiamento eleitoral desde que observados os princípios da transparência, concorrência e pluralismo político professados por Fonseca.

Para concretização de tais mandamentos nucleares, propõe-se a fixação de patamares ou tetos nominais (não mais percentuais) de doações por empresa ou grupo de empresas; a proibição do financiamento simultâneo a legendas distintas e com programas partidários opostos; a proibição de que as empresas doadoras e suas subsidiárias ou coligadas celebrem contratos onerosos com o Poder Público na circunscrição do donatário, no caso deste ter vencido a eleição, seja para o Executivo, seja para o Legislativo; e a observância de programa de *compliance* partidário que estabeleça mecanismos de promoção da liberdade e igualdade intrapartidária e a proibição de doações por empresas que já mantenham contratos com a administração pública.

Regulado o concurso do poder econômico, vedado o seu abuso com a observância dos princípios da transparência, concorrência e pluralismo político, e a utilização de mecanismos legais que deem efetividade à sua aplicação, mostra-se perfeitamente possível garantir os fins democráticos previstos na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ARCHETTI, Fernando. **Qual o conceito de democracia**. 2016. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/qual-o-conceito-de-democracia-0266lvn30jmsagbznp439gq6l/ >.Acesso em: 14 de abril de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 de março de 2020.

_____. **Lei nº 5.682**, de 21 de julho de 1971. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L5682.htm>. Acesso em: 15 de março de 2020.

_____. **Lei nº 8.713**, de 30 de setembro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8713.htm>. Acesso em: 15 de março de 2020.

_____. **Lei nº 9.096**, de 19 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9096.htm>. Acesso em: 15 de março de 2020.

_____. **Lei nº 9.100**, de 29 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9100.htm>. Acesso em: 15 de março de 2020.

_____. **Lei nº 9.504**, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm>. Acesso em: 1º de março de 2020.

_____. **Lei nº 13.165**, de 29 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13165.htm>. Acesso em: 1º de março de 2020.

_____. **Lei nº 13.473**, de 08 de agosto de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13473.htm>. Acesso em: 10 de abril de 2020.

_____. **Lei nº 13.487**, de 6 de outubro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13487.htm>. Acesso em: 30 de março de 2020.

_____. **Lei nº 13.488**, de 6 de outubro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13488.htm>. Acesso em: 30 de março de 2020.

_____. **Lei nº 13.878**, de 3 de outubro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13878.htm>. Acesso em:2 de abril de 2020.

_____. **Mensagem de Veto nº 358**, de 29 de setembro de 2015. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-358.htm. >. Acesso em: 15 de março de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n.4650/DF. Diário da Justiça Eletrônica, 24 fev. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=10331215&tipo=DJ&descrição=DJE%20N%BA%2034%20-%2023/02/2016> Acesso em: 12 de fevereiro de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n.4650/DF**. Diário da Justiça Eletrônica, 24 fev. 2016. Voto-vista: ZAVASCKI. Teori Albino. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4650TZ.pdf.>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **O novo direito constitucional brasileiro:** contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. – 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CIEGLINSKI, Amanda. **TSE confirma verba de R$2,5 bi para partidos financiarem campanhas**. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2018-05/tse-confirma-r-25-bi-de-fundo-partidario-para-financiar-campanhas<Acesso em: 10 de abril de 2020>. Acesso em: 10 de março de 2020.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade:** teoria e prática. 7ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

FONSECA, Reynaldo Soares da. Direito Eleitoral: O Financiamento Eleitoral no Brasil: dilemas passados, desafios atuais e projeções futuras. In: **Seminário de Direito Eleitoral: aspectos polêmicos, reformas e democracia.**

Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão. Setembro de 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=7TqbAhUDE-U>. Acesso em: 30 de janeiro de 2020.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**, 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

JORGE, André Guilherme Lemos; SOARES, Michel Bertoni. Financiamento eleitoral por pessoas jurídicas: a influência do poder econômico sobre a democracia. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, v. 54, n. 216, out/dez. 2017.

MACHADO, Ralph; TRIBOLI, Pierre. **Congresso aprova Orçamento com fundo eleitoral de R$2 bilhões para 2020**. 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/627813-congresso-aprova-orcamento-com-fundo-eleitoral-de-r-2-bilhoes-para-2020<Acesso em: 10 de abril de 2020.

MADEIRO, Carlos. **Empreiteiras da Lava Jato doaram R$98,8 mi a campanhas de Dilma e Aécio.** 2014. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2014/11/25/empreiteiras-da-lava-jato-doaram-r-988-mi-a-campanhas-de-dilma-e-aecio.htm<Acesso em: 10 de abril de 2020>. Acesso em: 15 de março de 2020.

Apud MARIANO, Tania Vandreli Cordeiro. **As doações para campanhas eleitorais. 2015**. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-143/as-doacoes-para-campanhas-eleitorais<Acesso em: 20 de março de 2020>. Acesso em: 15 de março de 2020.

MATTOSO, Camila; BRAGON, Ranier. **Ministro do Turismo é indiciado pela PF em investigação de esquema de laranjas do PSL**. 2019. Disponível em: https://www1.folha.com.br/poder2019/10/ministro-do-turismo-e-indiciado-pela-pf-em-investigacao-de-esquema-de-laranjas-do-psl.shtml<Acessos em: 05 de abril de 2020>.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**/Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 6. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTANO, Ana Cláudia. Como sobreviver na selva: fontes alternativas de financiamento de campanhas eleitorais. In: PEREIRA, Rodolfo Vieira; SANTANO, Ana Cláudia (Org.). **Conexões eleitoralistas**. Brasília: ABRADEP, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**/Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 6ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2017.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <https://direitoesubjetividade.files.wordpress.com/2010/08/daniel-sarmento-o-neoconstitucionalismo-no-brasil1.doc>. Acesso em: 28 mar. 2015.

SISTEMA ELEITORAL: práticas abusivas na propaganda eleitoral

Roberto Carvalho Veloso[1]
Maria José Carvalho de Sousa Milhomem[2]

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar a problemática do abuso de poder na propaganda eleitoral, com foco no uso indevido dos meios de comunicação social, em especial nas veiculações na televisão, rádio, mídia impressa e na internet, avaliando o grau de controle vigente acerca dessa prática ilegal.

Considerando o contexto histórico atual e o desenvolvimento dos veículos de comunicação de massa em uso, faz-se necessário mensurar o quão a legislação e a Justiça Eleitoral estão munidas de instrumentos hábeis para conter práticas ilegais, como o abuso de poder na propaganda eleitoral. A partir dessa afirmação, formula-se o seguinte problema: em que medida as alterações legislativas ocorridas inibiram a prática do abuso de poder na propaganda eleitoral?

Para melhor desenvolvimento da temática, este trabalho fará um levantamento doutrinário, normativo e jurisprudencial acerca dos institutos da propaganda política e suas vertentes, bem como das modalidades de abuso de poder na seara eleitoral.

---

1 Doutor e mestre pela Universidade Federal do Pernambuco. Coordenador do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Maranhão. Professor Associado da UFMA. Professor Pesquisador da UniCEUMA. Juiz Federal.

2 Mestre em Direito pela UFMA. Especialista em Direito Eleitoral pela UFMA. Doutora. Pós Doutora pela Universidade de Salamanca. Professora da Universidade Ceuma. Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/MA. Advogada.

Buscar-se-á neste estudo não somente as lições dos especialistas do Direito, mas também a contribuição de outras áreas do conhecimento, como, por exemplo, conceitos oriundos da publicidade e da propaganda em geral, assim como da legislação aplicável na espécie, a exemplo da Lei 9.504/97 e da Lei Complementar 64/90.

Além disso, far-se-á um estudo sobre o entendimento jurisprudencial mais atual da Justiça Eleitoral acerca dos temas abordados. A análise dos julgados do Tribunal Superior Eleitoral revela uma acentuada relevância no âmbito desse direito em razão da volatilidade da legislação aplicada, com mudanças a cada eleição.

Contudo, o trabalho não se limitará apenas a conceituar os institutos, mas se propõe a contribuir com a ciência do Direito no tocante a um melhor entendimento acerca das reais implicações do abuso de poder na propaganda eleitoral e assim, observar se o ordenamento jurídico eleitoral encontra-se apto a garantir o controle efetivo dessas práticas ilícitas.

Utilizou-se o método dedutivo, com procedimentos de pesquisa bibliográfica e documental, com abordagem descritivo-exploratória, a partir dos marcos teóricos desenvolvidos por Fux (2016), Gomes (2020) e Telles (2011), enfrenta-se a análise da legislação, doutrina, jurisprudência e julgados do Tribunal Superior Eleitoral, mormente os paradigmáticos após a mudança da legislação, dando ênfase às questões ligadas à propaganda eleitoral.

2. PROPAGANDA NO DIREITO ELEITORAL

A palavra propaganda deriva do termo *"propagare"* que significa tornar público, induzir um juízo na mente do interlocutor. Surgida com essa nomenclatura no fim do século XVI com a difusão da

fé cristã, se referia ao modo específico de se apresentar informações e ideias tanto ligadas à política, quanto à religião e à filosofia, com o objetivo de passar as suas informações de forma clara.

Malanga (1979, pp. 10) diz que não se deve confundir propaganda com publicidade, pois, embora parecidas, possuem traços de distinção bastante expressivos. Segundo o autor, a Propaganda é a propagação de idéias, mas sem finalidade comercial, já a Publicidade é definida como a arte de despertar no público o desejo de adquirir um produto, provocando uma atitude. A Publicidade é mais abrangente que a Propaganda e engloba todas as formas de comunicação: merchandising, marketing direto, novos meios, entre outros.

Há autores que caracterizam o termo publicidade com o sentido de divulgar, tornar público, enquanto propaganda:

> (...) é empregada, com o significado de propaganda ideológica, técnica de difusão de concepções gerais da realidade, com o objetivo de dirigir o comportamento dos indivíduos na sociedade. Distingue-se da publicidade destinada a induzir à compra de produtos ou utilização de serviços. (GARCIA, 1982, p. 11)

Segundo Ferreira (1998, p. 35), a propaganda é uma técnica de apresentação de argumentos e opiniões ao público, de forma organizada e estruturada para induzir conclusões ou pontos de vista favoráveis aos seus anunciantes. Afirma o autor: "É um poderoso instrumento de conquistar a adesão de outras pessoas, sugerindo-lhes ideias que são semelhantes àquelas expostas pelos propagandistas". E conclui sobre a propaganda de cunho político:

> A propaganda política é utilizada para o fim de favorecer a conquista dos cargos políticos pelos candidatos interessados, fortalecer-lhes a imagem perante o eleitorado, sedimentar a força do governo constituído, ou minar-lhe a base, segundo as perspectivas dos seus pontos de sustentação ou de contestação. (FERREIRA, 1998, p. 35)

Há várias formas de divulgação que são utilizadas com o propósito de despertar sobre o interlocutor o que se pretende divulgar. No âmbito do Direito Eleitoral, a propaganda política é assim chamada quando utilizada com fins políticos. Assim, a propaganda política é gênero e suas espécies são classificadas em Propaganda Partidária, Propaganda Intrapartidária e Propaganda Eleitoral, cada uma com objetivos bem definidos.

E não se pode olvidar, ainda, da chamada Propaganda Institucional, em que pese não se destine diretamente a fins eleitorais, posto ser seu objeto a divulgação das ações da Administração, será estudado sob a mesma ótica das propagandas anteriores, em virtude de ter sua origem vinculada à política em seu conceito mais amplo.

A propaganda partidária, também chamada de propaganda político-partidária, tem como objetivo a divulgação do ideário do partido político, bem como de seu programa, para a cooptação de novos filiados. Pode, ainda, dar publicidade à sua história, seus valores, suas metas, suas posições e àquilo que a isso se relacione. Seu regulamento está na Lei dos Partidos Políticos (Lei 9.096/95), em seus artigos 45 a 49.

Já a propaganda intrapartidária, consiste na divulgação de idéias com fito a captar os votos dos membros de partido para a escolha dos candidatos que disputarão cargos eletivos pela agremiação. Tem período determinado e deve ser restrita aos correligionários, sendo, por isso, vedado uso de rádio, televisão e outdoor, estando prevista no artigo 36, § 1º, da Lei n. 9.504/97.

Efetuar a propaganda intrapartidária tem como objetivo atingir os filiados ao partido e não o público em geral. No entanto, essa diretriz é desvirtuada por alguns que se utilizando dessa premissa, realizam propaganda eleitoral antecipada, conforme se pode ver do acórdão abaixo transcrito do Tribunal Superior Eleitoral.

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2010. PROPAGANDA ELEITORAL. PROPAGANDA PARTIDÁRIA. EXCLUSIVA PROMOÇÃO PESSOAL COM FINALIDADE ELEITORAL. DESVIRTUAMENTO. CARACTERIZAÇÃO. DESPROVIMENTO. 1. Para a configuração de propaganda eleitoral antecipada na propaganda partidária, é suficiente a divulgação, ainda que subliminar, de determinada candidatura, o que se verifica com a promoção pessoal de filiado com exclusiva finalidade de obter o apoio do eleitor em pleito futuro. Precedentes. 2. O Tribunal Superior Eleitoral tem autorizado, durante a propaganda partidária, a divulgação de informações sobre o desempenho de filiado no exercício de mandato eletivo, levando ao conhecimento da população as ideias defendidas pelo partido político responsável pelo programa, desde que não haja explícita publicidade de teor eleitoral ou exclusiva promoção pessoal. Precedente. 3. Agravo regimental desprovido. (BRASIL, 2020d)

Por sua vez, a propaganda institucional é espécie de propaganda que se presta a divulgar, de forma transparente, proba, fiel à verdade e objetiva os feitos e ações realizados ou patrocinados pela Administração, com finalidade informativa (ROSA, 2020). Além disso, possui período restrito (está vedada a sua divulgação no período de três meses que antecedem as eleições), deve ser autorizada pelo agente público e é custeada pelo Poder Público. Uma vez havendo subvenção privada, descaracteriza-se a natureza institucional da propaganda.

2.1 Propaganda Eleitoral

Objeto específico deste estudo, a propaganda eleitoral é aquela própria da disputa eleitoral, destinada a cooptar votos. Está amparada na liberdade de expressão, onde o candidato pode realizar a di-

vulgação de pensamentos e ideias, possibilitando aos eleitores tomar conhecimento dos programas de governo e de suas propostas, sem se afastar do respeito à dignidade da pessoa humana, sem que haja desigualdades de condições entre candidatos, respeitando os princípios éticos e morais, não podendo atuar de forma a desvirtuar a realidade ou denegrir a imagem dos demais participantes.

Deve primar ainda, pelo princípio da igualdade, havendo isonomia, de forma a propiciar uma propaganda eleitoral dentre dos padrões éticos e jurídicos, sob pena de, caso destrutiva, difamatória, injuriosa ou caluniosa, ser enquadrada como crime eleitoral tipificado na legislação.

Propaganda eleitoral segundo o conceito de Fux (2016, p. 278):

> Enquanto espécie de propaganda política, a propaganda eleitoral representa a veiculação de mensagens pelos partidos políticos/coligações e candidatos, com intuito precípuo de obter votos. Caracteriza-se, assim, por levar ao conhecimento do eleitor informações que coloquem o candidato como o mais apto ao exercício do cargo em disputa e, portanto, merecedor da escolha do eleitor.

A propaganda eleitoral enquanto elemento indispensável e estratégico para a captação lícita deve obedecer a limites de forma, tempo, conteúdo, sendo assim controlada pela Justiça Eleitoral. Segundo Gomes (2020, p. 393), "a propaganda eleitoral é aquela adrede preparada para influir na vontade do eleitor, em que a mensagem é orientada à conquista de votos."

O regramento específico está previsto no Código Eleitoral, na Lei 9.504/97 (ambos diplomas com recentes alterações), bem como nas Resoluções editadas pelo Tribunal Superior Eleitoral a cada eleição, a exemplo da Resolução TSE 23.610/2019, que disciplina a propaganda eleitoral para o pleito de 2020.

É permitida após o dia 16 de agosto do ano eleitoral e tem por finalidade a captação de votos dos eleitores para a investidura em cargo público eletivo em uma eleição concreta. Procura convencer o público de que determinado candidato é o mais indicado para ocupar dado cargo público. Esse convencimento pode vir de diversas formas, diretas ou indiretas, com apelos explícitos ou de modo disfarçado, motivando sempre o eleitor a votar em alguém para que este obtenha vitória no pleito.

Dentre as diversas formas de divulgação da propaganda eleitoral, destaca-se o horário eleitoral no rádio e na televisão, cuja transmissão é gratuita, sendo permitida nos trinta e cinco dias anteriores à antevéspera das eleições, nos moldes dos artigos 44 e seguintes da Lei 9.504/97.

A propaganda no rádio e na televisão tem um poder muito grande de influência sobre o eleitor, por isso ela tem várias restrições, só podendo ser veiculada no horário gratuito estabelecido, sendo vedada a propaganda paga.

A legislação veda que candidato escolhido em convenção, a partir do resultado desta, participe, comente ou apresente programa ou propaganda de produtos e serviços, sob pena da emissora pagar multa. Igualmente não é permitida nas inserções do horário eleitoral gratuito a utilização de trucagem, montagem, ou qualquer outra forma de montagem de áudio ou vídeo que degrade ou ridicularize a imagem do candidato, partido político ou coligação.

Quando há incidência de qualquer uma dessas vedações, a Justiça Eleitoral poderá determinar, de imediato, a requerimento de um dos legitimados, a cessação da propaganda irregular ou, até mesmo, a suspensão por vinte e quatro horas da programação da emissora que não cumprir as determinações contidas na Lei 9.504/97, devendo nesse ínterim a emissora informar aos telespectadores a cada quinze minutos que se encontra fora do ar por descumprimento da lei eleitoral.

Se a propaganda divulgada contraria as normas eleitorais, além da punição a que se sujeita, autoriza o direito de resposta ao ofendido e o infrator pode perder o direito ao horário gratuito para veiculação da propaganda.

Segundo Fux (2016, p 278):

> O *telos* subjacente à proscrição legal é justamente evitar, ou ao menos, amainar, a captação antecipada de votos, o que poderia desequilibrar a disputa eleitoral, vulnerar o postulado da igualdade de chances entre os candidatos e, no limite, comprometer a própria higidez do prélio eleitoral.

Ainda no âmbito da transmissão por rádio e televisão, se destacam os debates, que estão regulados no artigo 46 da Lei das Eleições e podem ser realizados a partir de 16 de agosto do ano eleitoral, em horário diferente do estabelecido para a propaganda gratuita. Trata-se de uma forma democrática dos candidatos apresentarem suas propostas e debaterem entre si, oportunizando ao eleitor conhecer melhor essas propostas, ideias e planos de governo.

As emissoras não estão obrigadas a realizar os debates, mas uma vez realizando não podem cobrar dos partidos, candidato ou coligação, pela participação destes nos debates.

Após a reforma promovida pela Lei 13.488/2017, o regramento dos debates passou a conter normas mais específicas, dentre as quais a limitação de participação, de forma obrigatória, apenas para candidatos dos partidos com representação igual ou superior a cinco Deputados Federais, sendo facultativo para os demais candidatos. Em outras palavras, apenas as agremiações com representação igual ou superior a cinco Deputados Federais possuem a garantia de participação nos debates, sendo facultativa a participação dos demais.

O descumprimento das normas atinentes ao debate também sujeita a emissora à sanção de suspensão de sua programação por vinte e quatro horas.

A legislação eleitoral permite, ainda, a veiculação de propaganda eleitoral paga na mídia impressa (jornais e revistas), observado o regramento geral da propaganda eleitoral, que se encontra previsto no artigo 36 e seguintes da Lei 9.504/97, bem como normas específicas introduzidas no artigo 43 da Lei das Eleições, que determina limites de quantidades e tamanhos de publicações, bem como a obrigatoriedade da divulgação do valor pago pela inserção.

O descumprimento de tais preceitos sujeita os responsáveis e os beneficiários da conduta ao pagamento de multa eleitoral no valor de R$ 1.000,00 (mil reais) a R$ 10.000,00 (dez mil reais) ou o equivalente ao valor da publicação paga, se este valor for maior, nos moldes do § 3º, do art. 43, da Lei 9.504/97.

Importa destacar, ainda, que a propaganda eleitoral ganhou muito espaço no universo virtual, pelo que a legislação tratou de regulamentar a matéria, ainda que de forma tímida. A Lei 12.034/09 introduziu o artigo 57-A e seguintes na Lei 9.504/97, prevendo a possibilidade de divulgação de propaganda eleitoral em sítio do candidato, partido ou coligação, cujo endereço eletrônico deve ser comunicado à Justiça Eleitoral, em provedor estabelecido no País, por meio de mensagem eletrônica ou através de *blogs*, redes sociais ou sítios de mensagens instantâneas e assemelhados.

Por outro lado, é vedada a propaganda eleitoral paga na internet e, ainda que gratuita, quando veiculada em sítios oficiais de pessoas jurídicas (com ou sem fins lucrativos) ou hospedados de órgãos ou entidades da administração direta ou indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sujeitando-se a multa que varia entre R$ 5.000,00 (cinco mil reais) e R$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Também é vedado o anonimato durante a campanha eleitoral na internet, bem como a doação, cessão ou venda de cadastro eletrônico de clientes aos partidos políticos, coligação ou candidatos, por aquelas pessoas proibidas de efetuar doações.

A violação das normas relativas à propaganda eleitoral na internet pode constituir inclusive hipótese de crime eleitoral, como no caso de quem contrata grupo de pessoas com a finalidade específica de emitir mensagens ou comentários na internet para ofender a honra ou denegrir a imagem de candidato, partido ou coligação, hipótese que, inclusive, é ilícito punível com pena de detenção.

Há, ainda, regras na legislação eleitoral que permitem uma vasta gama de modalidades de propaganda eleitoral, a exemplo da distribuição de material de campanha (santinhos, folhetos, adesivos, volantes e bandeiras), da afixação de material impresso (adesivo ou papel) em bens particulares (imóveis e veículos), da utilização de alto-falantes ou amplificadores de som, da realização de comícios, carreatas e utilização de aparelhagem de sonorização fixa, bem como da utilização de trios elétricos e carros de som.

O regramento correspondente a tais tipos de propaganda eleitoral está previsto na Lei 9.504/97, art. 37 e seguintes, e em Resoluções específicas do Tribunal Superior Eleitoral, editadas a cada eleição, cujo teor será mencionado nos próximos capítulos deste estudo, sempre que tiverem relação com a problemática abordada.

3. PRÁTICAS ABUSIVAS NA PROPAGANDA ELEITORAL

À luz do apanhado geral a respeito das regras aplicáveis aos mais variados tipos de propaganda eleitoral, bem como acerca dos mecanismos processuais que a legislação dispõe para coibir os abusos cometidos nesses atos de campanha, importa destacar algumas

das principais problemáticas envolvendo o abuso na propaganda eleitoral.

A seguir, algumas considerações sobre situações delicadas da prática eleitoral, como a propaganda eleitoral antecipada, a parcialidade nas notícias veiculadas pelas emissoras de rádio e televisão, a manipulação ideológica da imprensa escrita, a atuação dos blogs e redes sociais na internet como instrumentos de consolidação da mídia parcial, a propaganda institucional desvirtuada, a divulgação ilícita de pesquisa eleitoral e a distribuição excessiva de material impresso de campanha.

3.1 A propaganda eleitoral antecipada

A propaganda eleitoral antecipada, ou extemporânea, é aquela realizada antes do período permitido em lei, qual seja: antes do dia 16 de agosto do ano da eleição. O descumprimento desse marco temporal implica aplicação de multa no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R$ 25.000,00 (vinte cinco mil reais) ou o equivalente ao custo da propaganda - se este for maior -, imposta aos responsáveis pela divulgação e, comprovado o prévio conhecimento, aos beneficiários da conduta (Lei 9.504/97, art. 36, *caput* e § 3º).

Contudo, essa não é uma regra absoluta. O próprio legislador, após inúmeras alterações na Lei das Eleições, delineou as situações que não serão enquadradas como propaganda eleitoral antecipada, a exemplo dos atos cobertos pelos meios de comunicação social - inclusive via internet - que façam menção à futura candidatura ou até mesmo exaltem as qualidades pessoais dos pré-candidatos (Lei 9.504/97, art. 36-A, *caput*).

Além disso, é permitido que filiados e pré-candidatos participem de entrevistas, programas e debates (no rádio, na TV e na

internet) e de encontros, seminários ou congressos organizados pelas agremiações, meios de comunicação ou sociedade civil organizada; também é garantida a realização de prévias partidárias, a divulgação de atos de parlamentares e de posicionamento pessoal sobre questões políticas, inclusive nas redes sociais (Lei 9.504/97, art. 36-A, incisos I a VI). Em todas essas situações, todavia, a lei eleitoral veda o pedido explícito de votos.

Como se vê, é ampla a possibilidade de divulgação da pré-candidatura, contanto que não haja pedido explícito ou inequívoco de votos, pelo que o instituto da propaganda eleitoral antecipada foi bastante mitigado. Nesse sentido, nota-se que o legislador têm priorizado a liberdade de expressão e de divulgação do ideal partidário no período pré-campanha.

Em alguns precedentes oriundos do Tribunal Superior Eleitoral (BRASIL, 2020b) consta que a inovação legislativa de 2015 (Lei 13.165/2015) autoriza a menção à pretensa candidatura e a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos, deixando tais atos fora do âmbito de configuração da propaganda eleitoral antecipada, quando não há pedido expresso de votos. Também tem deixado claro o Tribunal Superior Eleitoral[3] que, na internet - especialmente nas redes sociais -, a configuração da propaganda antecipada somente se concretiza com a divulgação ostensiva, além do pedido de votos.

3.2 A parcialidade nas notícias veiculadas pelas emissoras de rádio e televisão

O Decreto 52.795/63 regulamenta os serviços de radiofusão, que compreendem a transmissão de sons (radiodifusão sonora) e a

3 Recurso Especial Eleitoral nº 23979, Acórdão, Relator(a) Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio. DJE de 22/10/2015, Página 14/15. (BRASIL, 2019c)

transmissão de sons e imagens (televisão), e, em seu artigo 3º, § 2º, autoriza que os Municípios postulem tais concessões quando existir viabilidade técnica.

Ocorre que, sob a ótica eleitoral, as concessões de radiofusão administradas por Municípios, na prática, são verdadeiros instrumentos de perpetuação no poder. Significa dizer que a Administração Municipal detém em mãos, além de todo aparato da máquina estatal, também os principais veículos de comunicação locais ao seu dispor, funcionando em prol da reeleição ou da candidatura aliada.

É claro que, em tese, tais veículos deveriam observar o normativo eleitoral e todas as limitações impostas no que pertine à propaganda eleitoral. Mas, o que se vê, de fato, é a constante veiculação de propaganda antecipada, negativa, subliminar e, até mesmo, institucional desvirtuada. O número de demandas eleitorais nas localidades que vivenciam essa situação atesta que essa é uma prática comum.

Da mesma forma ocorre quando a concessão é feita para particulares que integram grupos políticos. Neste caso, a programação veiculada na TV ou Rádio se destina incessantemente a beneficiar o candidato apoiado e, ao mesmo tempo, prejudicar a candidatura de seus adversários.

A Justiça Eleitoral tem se deparado com inúmeros casos que retratam a dificuldade de controle dessas práticas abusivas. O julgamento do Recurso Ordinário n. 191942, no Tribunal Superior Eleitoral, demonstra, por exemplo, o quão tênue é a linha que divide o abuso dos meios de comunicação e o exercício da liberdade de expressão, de imprensa e de informação:

> (...) Não há vedação legal a que as emissoras de rádio e de televisão, mesmo no período eleitoral, noticiem e comentem fatos e atos de governo que ocorram no curso das disputas eleitorais, mas coíbe-se o abuso, inexistente no caso concreto. Não configura abuso no uso

> dos meios de comunicação o chefe do Executivo não candidato à reeleição conceder a jornalista entrevista sem conotação eleitoral. Precedentes. Não configura abuso no uso dos meios de comunicação social reportagem que se encontra nos limites da informação jornalística, demonstrando a trajetória e os desafios de uma grande obra, o que não autoriza concluir que os eleitores associaram aquela reportagem à necessária continuidade dos candidatos apoiados pelo então governador, mormente quando se sabe que se trata de obra do governo federal iniciada em governos anteriores, sem vinculação a pleito ou candidatos, ainda que de forma subliminar. Não configuram abuso no uso dos meios de comunicação social, entendido como grave quebra da igualdade de chances, as notícias de telejornais que, apesar de se excederem em alguns momentos, não significam, no caso concreto, automática transferência eleitoral aos candidatos, sobretudo quando se verifica que, nem de forma dissimulada, há sugestão de disputa eleitoral, ou referência, ainda que indireta, a candidatura, ou slogan de campanha, nem mesmo o Ministério Público Eleitoral noticiou alguma circunstância que revelasse isso. (BRASIL, 2019b)

A concessão de serviços de radiofusão para Municípios, ou mesmo para particulares que mantém estreita ligação a grupos políticos, é uma permissão legal facilitadora da prática abusiva em comento. Mas, por outro lado, em que medida o legislador pode restringir essa possibilidade sem esbarrar em outros direitos assegurados constitucionalmente? De fato, a má-fé não deve ser presumida, sendo essa uma escolha que parece dever ser feita individualmente, quando, por exemplo, o Judiciário analisa o caso concreto e pondera a existência ou não do abuso de poder.

Nada obsta, no entanto, que o legislador e a própria Justiça Eleitoral, no uso de seu poder normativo peculiar, se utilizem de medidas que viabilizem a diminuição dessas práticas abusivas. Não é demais dizer que, se de um lado estão em jogo direitos fundamentais como liberdade de expressão, de imprensa e à informação, de outro se encontram o próprio regime democrático e a legitimidade de seus institutos.

3.3 A manipulação ideológica da imprensa escrita

Na mesma esteira da problemática das concessões de serviços de radiofusão, a mídia impressa, quando sua administração parte de grupos políticos, pode representar uma arma muito eficaz de influência do eleitorado, haja vista o seu expressivo alcance na sociedade.

Também considerados meios de comunicação de massa, as revistas e jornais chegam a um número muito expressivo de eleitores que, longe do ideal de imparcialidade que deve nortear o jornalismo, são bombardeados com notícias tendenciosas com a finalidade de beneficiar candidatos aliados ou prejudicar adversários.

Neste ponto, cumpre destacar que a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral há tempos se firmou no sentido de que, à mídia impressa, não se nega a possibilidade de ser parcial em suas publicações, sendo condenado apenas o abuso desse direito. Sobre o tema, se extrai da ementa do Recurso Especial Eleitoral n. 30010:

> (...) A liberdade conferida à imprensa escrita de se manifestar favoravelmente a determinada candidatura não possui natureza absoluta. Precedentes. 4. Extrai-se do acórdão que Itá Fernandes, aliado político do recorrente João Siqueira, forjou o Jornal Folha de Ibaté, utilizando os mesmos nome e logotipo de tradicional impresso no Município, e o fez circular de forma gratuita, às vésperas do pleito, contendo matérias tendenciosas em benefício dos recorrentes e noticiando de forma inverídica desistência da principal candidatura adversária. (...) 13. É inequívoca a veiculação de sete notícias no sítio da Prefeitura com referência expressa a João Siqueira Filho (Prefeito interino à época,), havendo afronta, ainda, ao princípio da impessoalidade (art. 37, § 1º, da CF/88). (...) 16. As condutas são gravíssimas, em especial o desvirtuamento da liberdade conferida à imprensa escrita, noticiando-se fatos inverídicos e de notório impacto (a exemplo de falsa divulgação de desistência da principal adversária), veiculando-se matérias tendenciosas e, ainda, forjan-

> do-se tradicional periódico para incutir a falsa ideia de que estaria apoiando uma das forças políticas do Município. (BRASIL, 2019e)

Nesse sentido, se para o caso das concessões de radiofusão a prática do abuso de poder já é de difícil identificação e comprovação, em razão da liberdade de expressão e do direito de informação, aqui a problemática resta ainda mais delicada. Uma vez que se permite a parcialidade nas publicações, somente a partir da análise minuciosa de julgados específicos do TSE, é que se pode visualizar hipóteses em que é possível se reconhecer o abuso.

O reconhecimento, portanto, é muito limitado. De outra banda, é cediço que as práticas são contínuas. Mais uma vez o Judiciário é acionado para dizer, no caso concreto, o que é e o que não é abuso, posto que a legislação igualmente não conseguiu traçar limites para um controle mais efetivo.

O enfrentamento da problemática de uma forma mais radical, como a imposição de restrições na origem do problema - na própria formação dos veículos de comunicação (rádio, TV e imprensa escrita) -, a exemplo de proibição de filiação partidária dos fundadores, proprietários e corpo diretivo dessas pessoas jurídicas, talvez represente um avanço para o alcance de uma disputa eleitoral mais equilibrada.

3.4 A atuação dos blogs e redes sociais na internet como instrumentos de consolidação da mídia parcial

Diferentemente dos anos iniciais de sua implantação no Brasil, no final da década de 90, a internet, que se encontrava restrita ao uso pelas classes de maior poder aquisitivo na sociedade, hoje já pode ser considerada um meio de comunicação de massa.

No cenário do uso indevido dos meios de comunicação, no âmbito da internet, os blogs e as redes sociais têm se mostrado os principais instrumentos de realização de propaganda eleitoral abusiva.

Para entender mais acerca do poder de influência que os chamados *blogueiros* hoje exercem no eleitorado, cumpre trazer à lume a leitura de Weinberg (2010, p. 87-88 e 120-121), para quem essas figuras do universo jornalísticos vão além da escrita:

> Hoje, os blogueiros são percebidos como sendo muito mais do que apenas escritores. Em um mundo em que muitas pessoas se dirigem para o blog em busca de conselhos, opiniões e comentários, os blogueiros estão descobrindo que não estão escrevendo apenas para si mesmos, mas muitos também estão assumindo o papel de jornalistas. Nos últimos anos, um novo estilo de divulgação de notícias surgiu: os blogs trazem notícias de última hora às vezes de forma mais rápida que os meios de comunicação tradicionais, isso porque os blogueiros não precisam necessariamente passar por toda a burocracia editorial de uma publicação regular. Hoje, devido à sua rapidez de divulgação, os meios de comunicação tradicionais estão utilizando os blogs para complementar e apoiar sua própria pesquisa. De fato, a internet já teve os jornais como sua principal fonte de notícias e jornalistas de mídia tradicional estão descobrindo que para prosperar neste mundo cada vez mais digital, eles devem ficar atentos ao que é divulgado na blogosfera. (...) Blogar é uma das abordagens mais antigas e mais bem-sucedidas para a mídia social, assim como há centenas de milhares de criadores de conteúdo e consumidores. Por si só, os blogs podem ser muito influentes, mas às vezes essa influência pode ser perigosa, como evidenciada pela perda de US $ 4 bilhões em ações da Apple, que resultou de um relatório de blog incorreto. Esse exemplo, no entanto, também ilustra o poder absoluto dos blogs e como eles estão ingressando no espaço on-line. Hoje os blogueiros são criadores de notícias, mas o blog também capacita os indivíduos a compartilharem informações sobre suas experiências pessoais.

Por sua vez, os sites de relacionamento social ou redes sociais são definidos como sendo:

> "(...) ambientes que focam reunir pessoas, os chamados membros, que, uma vez inscritos, podem expor seu perfil com dados como fotos pessoais, textos, mensagens e vídeos, além de interagir com outros membros, criando listas de amigos e comunidades" (TELLES, 2011, p. 78).

Sabedores do enorme poder de influência e da instantaneidade das informações publicadas, as mídias sociais digitais hoje já são espaço garantido de candidatos, mandatários, partidos, aliados, etc., que, usando desses veículos gratuitos e quase não limitados pela lei, fazem deles instrumentos de promoção de candidaturas.

De sorte que, em 2009, a Lei 9.504/97 foi alterada pela Lei 12.034/09 e diversos dispositivos (arts. 57-A e seguintes) foram inseridos para disciplinar, ainda que timidamente, a propaganda eleitoral na internet. No entanto, diversas lacunas permanecem e recursos virtuais como *blogs* e redes sociais continuam sendo utilizados com finalidade eleitoral de forma indiscriminada e abusiva, mais uma vez se albergando nos direitos fundamentais da liberdade de expressão e do direito à informação.

Algumas vedações expressas, como a proibição à propaganda paga e às veiculações em sites de pessoas jurídicas e oficiais (administração direta ou indireta), não foram suficientes para evitar o abuso nesta seara, reconhecidamente parcial, onde toda informação parece ser livre e sem limites de alcance.

O Tribunal Superior Eleitoral já se manifestou em casos envolvendo a temática, e, como se extrai desses julgados, é certo que essa Corte Eleitoral tem flexibilizado bastante a interferência no debate político nessa seara, priorizando a liberdade de expressão, ressalvados os casos de nítida violação à honra de terceiros ou divulgação de fatos sabidamente inverídicos. Como exemplo dessa interpretação, tem-se o Recurso Especial Eleitoral 2949:

> (...) A utilização dos meios de divulgação de informação disponíveis na internet é passível de ser analisada pela Justiça Eleitoral para efeito da apuração de irregularidades eleitorais, seja por intermédio dos sítios de relacionamento interligados em que o conteúdo é multiplicado automaticamente em diversas páginas pessoais, seja por meio dos sítios tradicionais de divulgação de informações. 2. A atuação da Justiça Eleitoral deve ser realizada com a menor interferência possível no debate democrático. 3. As manifestações identificadas dos eleitores na internet, verdadeiros detentores do poder democrático, somente são passíveis de limitação quando ocorrer ofensa à honra de terceiros ou divulgação de fatos sabidamente inverídicos. 4. A propaganda eleitoral antecipada por meio de manifestações dos partidos políticos ou de possíveis futuros candidatos na internet somente resta caracterizada quando há propaganda ostensiva, com pedido de voto e referência expressa à futura candidatura, ao contrário do que ocorre em relação aos outros meios de comunicação social nos quais o contexto é considerado. (BRASIL, 2020a)

Como é possível observar, no âmbito da internet, muito ainda deve caminhar o legislador para conseguir alcançar o tão sonhado equilíbrio da disputa eleitoral. Em um terreno onde tudo é novidade, há que se encontrar mecanismos de controle mais efetivos que garantam a isonomia e dificultem a prática abusiva, sob pena de, protegendo determinados direitos (liberdade de expressão e direito à informação), se deixem completamente descobertos outros tão importantes quanto os primeiros (legitimidade das eleições e do regime democrático como um todo).

3.5 A propaganda institucional desvirtuada

A propaganda institucional se presta a divulgar, de forma objetiva, os feitos e ações realizados ou patrocinados pela Administração, com finalidade informativa. Assim, para evitar que seu uso seja desvirtuado - com o intuito de alavancar a reeleição do candidato já

mandatário - o legislador vedou expressamente a propaganda institucional durante os três meses que antecedem as eleições, sob pena de aplicação de multa eleitoral no valor de cinco a cem mil UFIR's (Lei 9.504/97, art. 73, VI, *b* e § 4º).

Ocorre que antes ou durante o período proibido, as propagandas ditas "institucionais" são realizadas com nítido interesse eleitoral, em total afronta aos comandos legais.

Se realizada antes do período vedado, mas com finalidade eleitoral, poderá ser enquadrada como propaganda eleitoral antecipada; já se realizada durante o período vedado - muitas vezes com a mesma finalidade eleitoral - o Tribunal Superior Eleitoral enfatiza a importância da demonstração de prévio conhecimento ou autorização por parte do beneficiário, para fins de configuração da referida propaganda como conduta vedada, como no caso do precedente na Representação Eleitoral n. 77873, de cuja ementa se extrai:

> (...) É indispensável a comprovação de autorização ou prévio conhecimento dos beneficiários quanto à veiculação de propaganda institucional em período vedado, não podendo ser presumida a responsabilidade do agente público. O uso abusivo de propaganda travestida de institucional não afasta a ressalva. (...) (BRASIL, 2019a)

A problemática de identificação do desvirtuamento da propaganda institucional fica a cargo da Justiça Eleitoral que, analisando o caso concreto resolve se a situação se subsume à propaganda institucional lícita, propaganda eleitoral antecipada ou conduta vedada.

3.6 A divulgação ilícita de pesquisa eleitoral

É cediço que a divulgação de pesquisa eleitoral constitui, na prática, instrumento capaz de influenciar o eleitorado com a simples

disponibilização de dados estatísticos. Essa é uma das razões para o legislador ter disciplinado a matéria de forma rígida, com previsão de multas elevadas, de R$ 53.205,00 (cinquenta e três mil e duzentos e cinco reais) a R$ 106.410,00 (cento e seis mil e quatrocentos e dez reais) e até hipótese de crime eleitoral para aqueles que violarem as regras estipuladas.

As normas que regulamentam a realização e divulgação de pesquisas eleitorais estão previstas nos artigos 33 a 35 da Lei 9.504/97, bem como nas Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral editadas a cada pleito, a exemplo da Resolução TSE 23.610/2019, que disciplina a questão para as eleições de 2020.

Dentre as principais exigências legais para a divulgação de pesquisas eleitorais, destaca-se o registro prévio das seguintes informações perante a Justiça Eleitoral (até cinco dias antes da divulgação): quem contratou a pesquisa; valor e origem dos recursos despendidos no trabalho; metodologia e período de realização da pesquisa; plano amostral e ponderação quanto a sexo, idade, grau de instrução, nível econômico e área física de realização do trabalho, intervalo de confiança e margem de erro; sistema interno de controle e verificação, conferência e fiscalização da coleta de dados e do trabalho de campo; questionário completo aplicado; e nome de quem pagou pela realização do trabalho e cópia da respectiva nota fiscal.

Não é demais lembrar que pesquisa eleitoral não se confunde com enquete, modalidade de sondagem de opinião de cunho informal e realizada sem qualquer rigor técnico ou método científico, como observa Castro (2010, p.48 e 53):

> Para o Direito e, mais especificamente, para a Justiça Eleitoral, as enquetes são meros levantamentos de opiniões, realizados sem qualquer rigor técnico ou método científico. Em outras palavras, sua natureza é precária e informal. [...] Já a pesquisa eleitoral é conceituada como uma espécie de coleta de opinião

> pública efetuada mediante uma metodologia científica, sob responsabilidade técnica de um profissional estatístico, com necessidade de registro de tais informações coletadas perante a Justiça Eleitoral.

A divulgação de enquetes político-eleitorais, com dados estatísticos colhidos na informalidade, até as Eleições de 2012 eram permitidas - ainda que com algumas ressalvas (era obrigatório informar na veiculação que não se tratava de pesquisa eleitoral registrada na Justiça Eleitoral, sob pena de multa). Após inovação legislativa promovida na Lei 9.504/97 pela Lei 12.891/2013 (art. 33, § 5º), a publicação de enquetes eleitorais foi proibida.

É nítida a intenção do legislador de conter os abusos cometidos especialmente no universo virtual, onde a violação aos preceitos legais relativos à publicação de pesquisa eleitoral é frequente.

O certo é que, atualmente, não há margem para veiculação de enquetes (pesquisas informais), como forma de combate ao uso desenfreado dessas informações, com finalidade eleitoral (cooptar votos). Em suma, se não houve o registro e realização da pesquisa conforme determina a Lei das Eleições, o responsável pela divulgação dos dados está sujeito a elevadas multas, bem como à tipificação penal, se for o caso de veiculação de dados fraudulentos.

Assim vem decidindo o Tribunal Superior Eleitoral[4], o que representa um expressivo avanço no controle dessas práticas abusivas.

4 (...) A divulgação, na rede social Facebook, de pesquisa sem o registro insere-se na vedação prevista no art. 33 da Lei n° 9.504/97, sujeitando o responsável ao pagamento da multa prescrita no § 3º do referido dispositivo legal. (...) (Recurso Especial Eleitoral nº 93359). (BRASIL, 2019d)

3.7 A divulgação excessiva de material impresso de campanha

Há poucas eleições passadas (especialmente até 2012), era excessiva a divulgação de materiais impressos nas campanhas eleitorais. Aos candidatos mais afortunados era garantido o direito de adesivar, colar, pintar e distribuir volantes com sua imagem e slogan de campanha por todos os lados, de forma que as eleições eram marcadas por - além de uma enorme poluição visual e ambiental em todas as cidades brasileiras - um flagrante abuso dessa forma de propaganda eleitoral.

É cediço que o candidato que dispunha de mais recursos para disseminar sua imagem por todo lado ficava em evidente vantagem frente àquele que, com financiamento reduzido, mal podia distribuir santinhos – muitas vezes doados pelas próprias agremiações.

Essa situação de desequilíbrio chamou a atenção do legislador que, de forma gradativa, iniciou uma fase de restrições quanto à utilização dessa forma de propaganda eleitoral.

Apesar de diversas restrições já vigentes nas Eleições 2014, foi a partir das eleições ocorridas em 2016 que essa preocupação se tornou mais evidente, a partir de alterações promovidas na Lei das Eleições e também mediante edição de Resoluções pelo TSE. A proibição de outdoors – que já existia antes desse pleito, mas cuja regra foi aprimorada – e a redução dos tamanhos de cartazes e pinturas, que passou a ser permitido em tamanho máximo de apenas meio metro quadrado (inclusive para adesivos em veículos), vedado o efeito visual único (cartazes justapostos), fez com que aquela comum poluição visual em muros e bens privados na época da eleição se tornasse menos expressiva.

Mesmo assim, muitos candidatos continuam na prática irregular, é o que se vê no acórdão abaixo transcrito do Tribunal Superior Eleitoral:

> ELEIÇÕES 2018. RECURSO INOMINADO. REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA. OUTDOOR. CONFIGURAÇÃO DO ILÍCITO. USO DE MEIO PROSCRITO. ART. 36, § 8º, DA LEI 9.504/97. SÍNTESE DO CASO 1. Trata–se de representação ajuizada pelo Ministério Público Eleitoral, com base no art. 36, § 3º, da Lei 9.504/97, por suposta veiculação de propaganda eleitoral antecipada mediante outdoor instalado no Município de Piumhi/MG, contendo foto de Jair Messias Bolsonaro, então pré–candidato ao cargo de presidente da República nas Eleições de 2018, com os dizeres "Piumhi é Bolsonaro. A esperança de um País com Ordem e Progresso". ANÁLISE DO RECURSO 2. À luz dos critérios fixados por este Tribunal, a realização de propaganda, quando desacompanhada de pedido explícito e direto de votos, não enseja irregularidade per se. Todavia, caracteriza–se o ilícito eleitoral quando o veículo de manifestação se dá pela utilização de formas proscritas durante o período oficial de propaganda, como se depreende no caso ora analisado, cujo meio utilizado consistiu em outdoor, nos termos do art. 39, § 8º, da Lei 9.504/97. 3. A análise contextual da mensagem veiculada revela que houve promoção da figura e das qualidades de notório candidato à presidência da República por meio vedado durante o período de campanha. 4. Não houve prova segura de que o candidato beneficiário teve prévia ciência da veiculação do artefato publicitário tipo por ilegal, o que afasta a eventual aplicação da multa. CONCLUSÃO. Recurso a que se dá provimento parcial, para reconhecer a propaganda eleitoral antecipada mediante outdoor, nos termos do art. 39, § 8º, da Lei 9.504/97, a fim de aplicar multa no valor de R$ 5.000,00, individualmente, aos recorridos Giuliano Carlos de Souza, Ozeias Teodoro Ferreira, Tony Tavares, Petrus dos Santos Barbosa e Bahia, Luiz Fernando Lopes e Breno Pereira Mesquita. (BRASIL, 2020e)

Além disso, pode-se afirmar que o desequilíbrio entre o candidato com melhores condições financeiras e o candidato menos aquinhoado diminuiu nesse aspecto, posto que as restrições, aplicáveis a todos, tornaram a divulgação desse tipo de propaganda mais limitada independentemente da condição financeira dos candidatos.

4. CONCLUSÃO

A partir do estudo realizado, vê-se que, malgrado a propaganda eleitoral possua um regramento específico, com normas bem definidas para as suas mais variadas modalidades, há diversos pontos polêmicos e que ainda geram muito debate acerca da sua aplicabilidade, tal como ocorre na conceituação de propaganda eleitoral antecipada, instituto que vem sendo delineado também pela interpretação do Tribunal Superior Eleitoral na análise do caso concreto.

Além disso, apesar das constantes alterações legislativas promovidas ao longo dos anos, que visam aprimorar a lei eleitoral, persistem no ordenamento lacunas que contribuem para a prática de propaganda eleitoral de forma desequilibrada, como é o caso de muitos atos de verdadeira propaganda eleitoral (negativa ou favorável) veiculada por emissoras de rádio e televisão - cujas concessões são obtidas com interesses políticos -, bem como pela imprensa escrita.

Em relação ao problema a ser resolvido por este trabalho, verifica-se que os interesses políticos dos fundadores, proprietários e corpo diretivo dos veículos de comunicação refletem diretamente na veiculação de notícias que, por sua vez, são capazes de influenciar o eleitorado, dificultando ou até mesmo impedindo que as alterações legislativas efetuadas ao longo das eleições de fato coíba a prática da propaganda irregular e ilegal.

Não há, neste ponto, rigidez na concessão e na fiscalização da postura adotada por esses veículos de comunicação que, agindo de forma nitidamente parcial, desequilibram a corrida eleitoral. A sugestão de restrições na origem do problema - na própria formação dos veículos de comunicação (rádio, TV e imprensa escrita) -, a exemplo de proibição de filiação partidária dos fundadores, proprietários e corpo diretivo dessas pessoas jurídicas, apesar de ser medida extremamente rígida, pode representar um avanço para o alcance de uma disputa eleitoral mais equilibrada.

Também é evidente que as inovações advindas da tecnologia, a exemplo da implantação e massificação no uso da internet, trouxeram consequências sociais no âmbito político-eleitoral. A propaganda eleitoral hoje disseminada amplamente nos blogs e redes sociais - muitas vezes sob a roupagem de notícia de caráter parcial - repercute na decisão do eleitorado e, por isso, reclama maior disciplina legal para solucionar a abusividade nesse meio. A mesma necessidade - maior disciplina por parte do legislador - se verifica no tocante à problemática do uso de propaganda institucional desvirtuada e da divulgação ilícita de pesquisa eleitoral, em que pese os já notados avanços nesse sentido.

De outra banda, o avanço constatado relativamente às restrições de distribuição excessiva de material impresso de campanha é evidente, tanto quanto pôde ser visto na disputa eleitoral de 2016, o que em grande medida representa ganho no combate ao abuso do poder econômico na corrida eleitoral.

Em suma, concluiu-se que, não obstante as inovações legislativas que evidenciam uma melhora no regramento das problemáticas enfrentadas neste estudo com vistas ao equilíbrio da disputa eleitoral - como as restrições impostas quanto ao uso de material impresso, outdoors, showmícios, brindes e divulgação de enquetes/pesquisa eleitoral -, é certo que a legislação ainda carece de uma expressiva evolução em diversos pontos. Essa evolução é necessária tanto no que se refere às inovações fáticas com reflexos sociais vividos no Brasil - como o uso massivo da internet -, quanto no que tange a velhos problemas nessa seara - como é o caso das concessões dos veículos de comunicação. O grande desafio, certamente, é equalizar as barreiras impostas por direitos fundamentais como a liberdade de expressão e de informação, que não podem ser afastados de forma absoluta ao argumento de proteção do sistema eleitoral brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral nº 2949**. Acórdão de 05/08/2014, Relator: Min. Henrique Neves da Silva. Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 157, Data 25 de agosto de 2014, Página 164-165. Disponível em:<http://www.tse.gov.br>. Acesso em: 5 jan. 2020a.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 3309-94/BA**. Relator para acórdão Min. Henrique Neves, DJe de 31.5.2016. Disponível em:<http://www.tse.gov.br>. Acesso em: 5 fev. 2020b.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução TSE 23.610/2019**. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-610-de-18-de-dezembro-de-2019. Acesso em 12 fev. 2020c.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral nº 155116**, Acórdão, Relator(a) Min. Aldir Passarinho Junior, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 19/04/2011, Página 53. Disponível em: http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia. Acesso: 16 mar. 2020d.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Representação nº 060049814**. Acórdão, Relator(a) Min. Sergio Silveira Banhos, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 37, Data 21/02/2020. Disponível em: http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia. Acesso 15 mar. 2020e.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Representação nº 77873**. Relator Ministro: Admar Gonzaga Neto. Publicação: RJTSE, Data 03/09/2014, v.25, Tomo 4, Página 158. Disponível em:<http://www.tse.gov.br>. Acesso em: 17 nov. 2019a.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário nº 191942**. Relator Ministro: Gilmar Ferreira Mendes. Publicação: DJE - Diário da Justiça, Data 16/09/2014, Página 300.Disponível em:<http://www.tse.gov.br>. Acesso em: 10 dez. 2019b.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral nº 23979**. Relator Ministro: Luciana Christina Guimaraes Lóssio. Publicação: DJE - Diário da Justiça, Data 22/10/2015, Página 14-15.Disponível em:<http://www.tse.gov.br>. Acesso em: 18 dez. 2019c.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral nº 93359**. Relator Ministro: Luiz Fux. Publicação: DJE - Diário da Justiça, Data 16/02/2016, Página 56. Disponível em:<http://www.tse.gov.br>. Acesso em: 24 dez. 2019d.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral nº 30010**. Relator Ministro: Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin. Publicação: DJE - Diário da Justiça, Data 18/10/2016, Página 76. Disponível em:<http://www.tse.gov.br>. Acesso em: 28 dez. 2019e.

BRASIL. **Decreto nº 52.795/63, de 31 de outubro de 1963**. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D52795.htm. Acesso em 4 fev. 2020f.

BRASIL. **Lei Complementar nº 64/90, de 18 de maio de 1990**. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm. Acesso em 24 fev. 2020g.

BRASIL. **Lei nº 4.737/65, de 15 de julho de 1965**. Código Eleitoral. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm. Acesso em 22 fev. 2020h.

BRASIL. **Lei nº 9.096/95, de 19 de setembro de 1995**. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9096.htm. Acesso em 22 fev. 2020i.

BRASIL. **Lei nº 9.504/97, de 30 de setembro de 1997**. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em 22 fev. 2020j.

BRASIL. **Lei nº 12.034/09, de 29 de setembro de 2009**. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12034.htm. Acesso 12 fev. 2020l.

CASTRO, Danielle Cerqueira. **A problemática da divulgação de enquetes com enfoque político-eleitoral**. **Revista Maranhão Eleitoral. Volume 9. Ano 2011. pg. 48 e 53.**

FERREIRA, Pinto. **Código Eleitoral Comentado**. 5. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998.

FUX, Luiz. Liberdade de expressão e Direito eleitoral. In FUX, Luiz e FRAZÃO, Carlos Eduardo. **Novos paradigmas do Direito eleitoral**. Belo Horizonte: Editora Forum. 2016.

GARCIA, Nelson Jahr. **O que é propaganda ideológica**. Brasiliense, São Paulo, 1982.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral.** 16. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MALANGA, Eugênio. **Publicidade: uma introdução**. Atlas, São Paulo, 1979.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 11ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

ROSA, Pedro Luiz Barros Palma da. Breves considerações sobre a propaganda eleitoral extemporânea. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1590, 8 nov. 2007. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/10612. Acesso em: 23 mar. 2020.

TELLES, André. **A revolução das mídias sociais**. São Paulo: M. Books do Brasil, 2011.

WEINBERG, Tamar. **As novas regras da comunidade**: marketing na mídia social. Rio de Janeiro: Alta Books, 2010.

SISTEMAS E FINANCIAMENTOS ELEITORAIS

Clodomir Sebastião Reis[1]

1. INTRODUÇÃO

O financiamento eleitoral é assunto candente em todas as democracias representativas, todas operam recursos financeiros para cumprir o seu desiderato.

A democracia, regime político em que o poder repousa na vontade do povo, foi proclamada como um direito universal e fundamental do homem (art. 21, n.1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948), pode ser traduzida como um meio para a realização dos valores essenciais da convivência humana, através da participação dos cidadãos diretamente na gerência dos atos estatais, repousando assim, sobre dois princípios fundamentais: o princípio da soberania e o princípio da participação popular.

Sufrágio, compreende o direito de votar e ser votado, de ser eleito, e de participar da organização e da atividade política do Estado.

Para garantia do sufrágio, as democracias necessitam de recurso de toda ordem, humanos, materiais, tecnológicos e especialmente financeiros. A deflagração e movimentação de um processo eleitoral que tem por finalidade a escolha de representantes, é deveras complexo e dispendioso. Analisaremos aqui apenas os recursos financeiros que são movimentados pelas agremiações participantes de um pleito representativo.

---

1 Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF 1ª Região, Diretor da Escola Judiciária Eleitoral do Maranhão EJE/TRE-MA (2014-2016), Membro do Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão TRE-MA (2014-2016) e Membro do Tribunal Regional Eleitoral do Piauí- TRE-PI (2005-2007).

Eleições é o método dominante na seleção dos Governos e Parlamentos ao redor do mundo. Na operacionalização desse processo os partidos e candidatos necessitam de recursos financeiros[2]. Sabe-se que eles podem ser perversos à democracia. Então, qual situação deve ser buscada no que pertine a esse elemento? Sem dúvida os Estados têm que prover, com regra e institutos jurídicos, bem como dotar a sociedade de meios eficazes a fazer valer a paridade de armas, a igualdade de chances (o princípio da igualdade), os concorrentes no alcance das fontes lícitas de financiamentos.

Na democracia o recurso é necessário. Precisa ser equalizada a sua distribuição, em assim ocorrendo, ajudará a fortalecê-la bem com aos partidos e candidatos, que em campanhas dinâmicas, envolvem a sociedade no processo eleitoral, produzindo diálogo democrático.[3]

Trataremos inicialmente dos modelos de financiamentos, tecendo observações sobre o financiamento público e privado, bem com o financiamento misto, as vantagens e desvantagens em suas adoções, desembarcaremos no modelo brasileiro e depois abordaremos a suposta existência de um modelo ideal. Em passo seguinte, focaremos nos efeitos que causa aos sistemas eleitorais.

2. SISTEMAS ELEITORAIS E FINANCIAMENTO ELEITORAL

Numa democracia representativa o direito ao voto se avulta como de importância fundamental para sua realização. Não se faz democracia sem escrutínio. Voto é elemento indispensável e fundamental nesse processo. "o voto é um dos mais importantes instru-

2 OHMAN, Magnus ¬ Entendimento do Sistema de Financiamento Político. **Financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais: um manual sofre financiamento político**. 1.ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2015. p.23

3 Ibiden

mentos democráticos, pois enseja o exercício da soberania popular e do sufrágio."[4]

Para captação do voto - ao candidato, partido ou coligação - qualquer que seja o sistema eleitoral, e transformá-lo em mandatos eletivos, são necessários recursos financeiros, temática muito cara às democracias. Não é bastante ter o mais perfeito sistema eleitoral se houver uma desigual distribuição dos recursos públicos para agremiações ou candidatos ou se a eleição for conspurcada pelo poder econômico, de candidatos ou partidos políticos.

2.1. Modelos de Financiamento

De forma objetiva podemos afirmar que os recursos que alimentam o processo eleitoral podem derivar de dois modelos: recursos públicos ou recursos privados. Mas também se podem configurar em formar congregantes dos modelos basilares, um modelo misto.

2.1.1. Financiamento Exclusivamente Público

Nesse modelo de financiamento o Estado toma para si a responsabilidade de custear todos os gastos do processo eleitoral, seja dos partidos seja dos candidatos bem como o custo com a máquina administrativa para essa finalidade.

Aponta Sergei Araújo[5], que o Uruguai em 1928 foi o primeiro

4 GOMES, Jairo José. Direito Eleitoral. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

5 ARAÚJO, Sergei Medeiros ¬ O Financiamento Público nas Eleições Brasileiras. Temas de Direito Eleitoral no Século XXI. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União-ESMU.2012.p.316.

país a adotar o financiamento exclusivamente público para financiar os partidos políticos, e que esse modelo ganhou força na segunda metade do século XX, quando acolhida por diversos países entre eles, Argentina, Suécia, Finlândia, Dinamarca, dentre outros.

Nesse modelo, há aporte direto de fundo público, subsídios ou reembolso de despesas, bônus ou de forma indireta como na prestação de serviço ou benefícios estatais.

Tem ele por finalidade equalizar os partidos e candidatos na disputa eleitoral, fortalecer a pluralidade partidária, assegurar transparência, resguardar os partidos e candidatos da maléfica influência do poder econômico.

O recurso poderá provir de um fundo público e alimentar diretamente o caixa do partido ou através de restituição ou reembolso de despesas, nesse caso diz-se **financiamento direto** - em alguns países como Portugal, Alemanha e França esse valor é variável. Na Argentina esse valor é fixo. Entretanto, esse financiamento poderá consistir na permissão para utilização de bens públicos, acesso a espaço na TV e rádio, ou outros benefícios fiscais concedidos pelo Estado para os partidos políticos ou candidatos, como despesas de postagem e concessão de espaços públicos, nesses diz-se **financiamento indireto.**

- VANTAGENS

Kanaan[6] aponta quatro vantagens na adoção do financiamento exclusivo público, a saber: a) diminuição dos efeitos da desigualdade e desproporcionalidade entre os candidatos; b) redução dos custos da campanha eleitoral; c) padronização e simplificação dos programas de propaganda eleitoral; d) maior transparência nas mo-

6 KANAAN, Alice. Financiamento Público, Privado e Misto frente à reforma política eleitoral que propõe o financiamento público exclusivo. In: Temas de Direito Eleitoral no Século XXI. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União-ESMU.2012.p.283

vimentações das verbas públicas e permissão do controle social na distribuição das verbas.

Sanseverino[7] vê como aspectos favoráveis:

1 - O fato da disputa ser mais equitativa pois o volume de recurso que vai para os partidos e candidatos não tem a ver com a sua capacidade para arrecadar;
2 - A arrecadação e gastos tem maior publicidade;
3 - O próprio estado assegura a sobrevivência dos partidos políticos que são essenciais ao regime democrático.

Ohman[8] assevera que o financiamento público garante que todas as forças políticas relevantes tenham acesso a recursos suficientes para atingir o eleitorado, o que incentiva o pluralismo e fornece ao eleitor alternativas para escolha de "políticos e políticas".

- DESVANTAGENS

As notas desfavoráveis, para Kanaan[9], são, a incompatibilidade com o pluralismo previsto nas cartas políticas, dado que isso pode gerar o desinteresse dos partidos políticos porque recebendo os recursos estatais não necessitam cortejar os cidadãos, comprometendo seu enraizamento no seio social; e mais, a dependência de órgãos inferiores aos órgãos de cúpula do partido, já que esses mantém o controle financeiro; vê o risco oligárquico ou de cartéis partidários; enxerga a tendência dos partidos estabelecer uma forte aproximação com o Estado, distanciando do cidadão, bem como a dificuldade de criação de novas agremiações partidárias, com risco de isso conduzir à estatização dos partidos ou a sua dependência ao Estado,

7 SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. O Financiamento Público nas Eleições Brasileiras. Temas de Direito Eleitoral no Século XXI. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União- ESMU. 2012.p.255.

8 OHMAN, Magnus. Op cit. P.49.

9 KANAAN, Alice. Op.cit.283

comprometendo sua liberdade; vê também o risco de onerar demasiadamente o orçamento do Estado principalmente em países em desenvolvimento onde há muitas pessoas carentes.

Sanseverino[10], de sua vez, aponta o risco de sustentar os partidos políticos exclusivamente com recursos públicos: estatização dos partidos, dependência econômica crônica de recursos públicos e perda de contato social.

2.1.2. Financiamento Privado

No financiamento privado tem o partido ou candidato plena liberdade de arrecadar fundos para sua manutenção bem como fazer face às eleições, seja através de cotas dos filiados bem como por doações de terceiros.

- VANTAGENS

Sanseverino, anota as vantagens de se adotar um modelo de financiamento privado: a doação pode ser encarada como forma de participação política, seja o cidadão seja a pessoa jurídica; tendo os partidos natureza de pessoa jurídica de direito privado, são pois de livre participação, e seus filiados têm direito de arrecadar recursos necessários para sua manutenção e participação em processos eleitorais; e porque em uma sociedade plural, deve haver o pluralismo político, fundamento do estado democrático.

Kanaan vê como vantagem o fato de propiciar a participação política do cidadão e enraizamento dos partidos na sociedade, dado que a democracia se realiza pela maior participação, direta ou indiretamente, do maior número de pessoas; aumenta a representatividade

10 SANSEVERINO. Op.Cit.p.256.

dos partidos políticos que é a essência da concepção pluralista do processo democrático; e propicia a independência dos partidos frente ao Estado, afasta-os da dependência estatal, colocando-os como prestador de serviço aos cidadãos.[11]

- DESVANTAGENS

As situações desfavoráveis, para Sanseverino[12], nessa modalidade de financiamento:

- permite a influência do poder econômico sobre o poder político;

- os grupos de interesses com maior poder econômico interferem nos partidos, candidatos e consequentemente nos poderes públicos. Sem contar o risco de arrecadar dinheiro ilícito;

- o financiamento privado causa desequilíbrio na campanha eleitoral, reduzindo o espaço de igualdade entre os partidos e candidatos, pois que aqueles apoiados por grupos de interesse com poder econômico, levará, obviamente vantagem eleitoral.

Kanaan[13] também lista as desvantagens, a saber:

- gera uma desigualdade financeira entre os partidos e candidatos ferindo o princípio do pluralismo político;

- risco de ingresso de recurso ilícito, e a elevação dos custos da campanha eleitoral; e, a influência dos financiadores nos destinos do partido e candidatos eleitos, com nefasta ascensão política;

- concessão de doação visando obtenção de favorecimento nas políticas públicas, tornando-as vulneráveis às pressões de doadores.

---

11 KANAAN, Alice. Op.Cit.

12 SANSEVERINO, Op.Cit.256.

13 KANAAN, Alice. Op.Cit 259

2.1.3. Financiamento Misto

No financiamento misto os fundos que alimentam os partidos provêm do Estado e de particulares, pessoas jurídicas e físicas.

Objetiva essa espécie de financiamento dispersar suas fontes de recursos sem concentrar no Estado, mas complementando com recursos privados.

Essa modalidade de financiamento pode agregar as vantagem e desvantagem dos dois regimes assim como aplainar as desvantagens de ambos.

Sergei Araújo[14] entende que o "financiamento misto é compatível com modelo pluripartidário da democracia e igualdade de chances que devem reger as campanhas eleitorais".

Kanaan, assevera, "com efeito houve uma tendência, em quase todos os países da Europa e América Latina, de se adotar o modelo de financiamento misto, aproveitando o que os dois modelos apresentam de melhor frente ao regime democrático. "[15]

3. MODELO BRASILEIRO

Nos países da América Latina e nos países europeus predomina o modelo de financiamento misto, vale dizer, o ingresso de dinheiro público, direto ou indireto, e também a captação privada de recursos.

No Brasil o financiamento é misto. Há aporte de recurso de fontes Estatais e privadas. Vale dizer. Permite-se ingresso de recursos da área privada e também de origem estatal, de forma direta através

14 ARAÚJO, Op.cit.p.350

15 KANAAN. Op.Cit.p.307.

do fundo partidário e eleitoral ou indireta através do horário gratuito de TV e rádio e as isenções fiscais.

O fundo partidário é composto de multas e penalidades pecuniárias aplicadas pela legislação eleitoral; doações de pessoas físicas; dotação orçamentária. Fundo eleitoral com aporte exclusivo do orçamento da União.

Decisão do STF em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade[16] expurgou do nosso ordenamento a possibilidade de financiamento eleitoral por pessoas jurídicas. A Lei 13165/2015, que reintroduzia essa figura jurídica, foi vetada pela Presidência República, cujo veto foi mantido. Assim essa espécie de financiamento está proscrita.

Portanto o financiamento dos partidos políticos no Brasil tem as seguintes fontes: recursos do fundo partidário e fundo eleitoral; doações de pessoas físicas para fundo próprio; doações de pessoas físicas; recursos de locação ou alienação de bens próprios, comercialização de bens ou produtos; empréstimos; doações estimáveis em dinheiro.

3.1. Melhor Modelo

Qual o modelo de financiamento é capaz de garantir os princípios constitucionais da democracia?

Para Kanaan "com efeito, não existe um sistema de financiamento ideal como forma de se coibir a corrupção e o abuso do poder econômico"[17]

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.4650/DF-Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 17 nov 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308746530&ext=.pdf >. Acesso em: 10 mar 2020.

17 KANAAN. Op.Cit. p.274

Todos os sistemas são vulneráveis. E todos podem fazer aflorar uma democracia representativa justa. Para tanto precisamos dispor de mecanismos de controles que dotem o sistema de efetivo controle do modelo adotado coibindo os defeitos e riscos e utilizando mecanismos que favoreçam os pontos positivos do modelo. "O foco da discussão não pode estar preso ao modelo de financiamento, mas à forma de controle de arrecadação e eficácia e efetividade das sanções pelo descumprimento da lei eleitoral"[18]

4. ELEMENTOS DO SISTEMA ELEITORAL

Que efeito o abuso do poder econômico pode impingir ao sistema eleitoral?

Pois bem, dado o sistema eleitoral para os Cargos Executivos (Presidência da República, Governador do Estado, Prefeitos) **sistema majoritário**, e, para os cargos Parlamentares, **sistema proporcional**.

Na linha de utilização *regra de decisão,* a escolha de um representante pelo sistema majoritário se alcança pelo maior volume de votos, (quer relativa, quer absoluta a maioria), alcançada essa maioria, galga-se a representação.[19]

No sistema proporcional, que visa resguardar nichos ideológicos do tecido social, a regra que preside, para a escolha dos representantes, é a satisfação de uma determinada cota, alcançada essa, elege-se o representante.

Ora, para o sistema entregar essa representação, digo, para escolher o representante, se percorre longo caminho que vai desde

18 Ibidem. p.277.

19 SILVA, Op.Cit p.76

a abertura do processo, convocação da eleição até a proclamação dos eleitos; em sentido amplo o sistema eleitoral abrange tudo isso[20].

Nos importa, nesse trabalho, apenas, o procedimento mais específico na direção de transformar o voto em cargos eletivos, processo que vai da escolha do candidato na convenção partidária até a proclamação do resultado final da eleição.

Então, vejamos os componentes ou elementos do sistema eleitoral, que vai trabalhar essa conversão de votos em mandatos: ao menos três elementos são elencados por todos os estudiosos, a saber: o distrito da eleição, a fórmula matemática e a estrutura do boletim de voto, incluindo neste a forma de candidatura.

Destacam, ainda, a magnitude do distrito (quantidade de cargos em disputa) e as fórmulas matemáticas, como fundamentais a equalizar a proporcionalidade, nos sistemas de representação proporcional. Esclarecendo: distrito é a unidade onde se vai realizar a eleição; fórmula é a aritmética utilizada para transformar os votos nos mandatos; estrutura do boletim de voto, é como essas candidaturas são postas à exibição do eleitor.

Pois bem, dado o processo eleitoral, num determinado local (unidade, Distrito, País), com candidaturas postas (por lista ou pessoal), e, dada a fórmula matemática, majoritária (relativa ou absoluta), ou proporcional, põe-se, pois, em movimento, o processo de escolha. Ao fim, se entrega a representação: o candidato eleito.

O manejo dos elementos do sistema (distrito, fórmula e estrutura do boletim), pelo instituidor, (parlamento) vai desenhar a espécie de sistema que se quer instituir (majoritário ou proporcional): distritos uninominais ou plurinominais, magnitude, forma das candidaturas, fórmula matemática, e outros. É dizer: cada País, constrói seu sistema eleitoral valorando cada um desses elementos, che-

20 TAVARES, José Antonio Giusti. Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas: teorias, instituições, estratégias. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994. p.34.

gando, pois, a composição que lhe aprouver. Só isso basta? Esse sistema "escolhido" vai lhe apresentar o resultado almejado quando colocado em movimento?

É certo que se tem que levar em conta o contexto onde ele vai ser implantado. Mas trago à baila uma variável, que independentemente do contexto, poderá se transformar num relevante **elemento**, capaz de alterar toda a estrutura desenhada. Falo do **abuso do poder econômico.**

Se não se neutralizar o poder econômico, por mais bem desenhado que seja o sistema, será descaracterizado. Então pode-se dizer que existe um componente, de magna importância, que não está sendo levado em consideração. É um elemento que não podemos simplesmente expurgá-lo, o poder econômico em si não é mau, ele é até necessário, mas tem que ser monitorado, tem de ser controlado para não assolar o sistema.

4.1.Efeito do abuso do poder econômico sobre o Sistema Eleitoral

4.1.2. Doações Ocultas (caixa dois)

As doações ocultas são aquelas que não se submetem ao controle estatal (doações não contabilizadas, popularmente conhecida como "caixa 2"), qualquer que seja o modelo de financiamento- público, privado ou misto- essa espécie tem sido uma chaga sangrando na política, ao redor do mundo.

Peixoto, Baptista e Valente[21], citando João Triães lecionam, "quando se fala de financiamento informal não se fala apenas de

21 TRIÃES, João apud PEIXOTO, José; BAPTISTA, Luís; VALENTE, Tiago. Partidos Políticos e Corrupção: fontes do financiamento político em Portugal. Universidade do Porto: 2009. [Consult. em 28 de Nov. de2016].Disponível em: http://www.gestaodefraude.eu/wordpress/wp-content/uploads/2009/04/Avulso004.pdf.

dinheiro, fala-se de toda uma série de meios e recursos de que os partidos e candidaturas se beneficiam e que não são devidamente contabilizados e assumidos."

Pereira, "a alocação do dinheiro continua a matar o princípio da isonomia das disputas".[22]

Sanseverino, assevera que o peso excessivo que grupos econômicos exercem nas campanhas coloca em apuros a credibilidade de todo o sistema, "o valor da igualdade do sufrágio e o funcionamento da democracia. E, "financiamento de campanhas eleitorais" deve ter como parâmetros, a liberdade, a igualdade e a publicidade assim como a cláusula constitucional da proteção da normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico.[23]

As doações ocultas são verdadeiros ataques aos princípios democráticos, ferem a igualdade entre candidatos, igualdade entre partidos. Ferem a liberdade do sufrágio, comprometem a lisura dos pleitos, corrompem os poderes públicos e criam um ciclo vicioso: dinheiro-poder-poder-dinheiro.

Marlon Reis, em seu polêmico relato oculto das entranhas da política (em O Nobre Deputado), é categórico: "a política é movida a dinheiro e poder. Dinheiro compra poder, e poder é uma ferramenta poderosa para se obter dinheiro [...] o poder arrecada o dinheiro que vai alçar os candidatos ao poder" [24]

Esse recurso oculto é que serve ao objetivo de comprar o "apoio político" do líder ou cabo eleitoral, figura muito conhecida de quem disputa eleição no Brasil.

---

22 PEREIRA, Rodolfo Viana. Direito Eleitoral contra o Inimigo. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais. [Consult. em 30 de Nov. de 2016.]. Disponível em: http://www.opiniaopublica.ufmg.br/emdebate/Rodolfo%20Viana.pdf

23 SANSEVERINO. Op.Cit.p.317

24 REIS, Marlon. O Nobre Deputado: relato chocante(e verdadeiro) de como nasce, cresce e se perpetua um corrupto na política brasileira. Rio de Janeiro: LeYa, 2014.p.21.

Reis nos explica "o líder comunitário de um bairro ou favela, por exemplo, tem 100 votos. O político vai lá e acerta com ele um valor [...] esse sujeito é que chamamos de cabo eleitoral" e completa Reis "o cabo eleitoral é essa pessoa que, mediante pagamento, firma um contrato com você para entrega de certo número de votos."[25]

Essa figura, não está vinculada a nenhum partido ou candidato de forma estável e como a relação não é ideológica ganha quem der mais.

Esta realidade, compra de apoio político e compra de voto, não é exclusiva do Brasil, a América Latina e muitos países africanos vivenciam realidade semelhante. Londoño e Zovatto[26], discorrendo sobre a América Latina, afirmam que a maioria dos países da região proíbe e pune a compra de voto. Mas na maioria desses países esse fenômeno se apresenta. Ohman [27], leciona, ofertar dinheiro para convencer as pessoas a votarem em certos candidatos não é um problema exclusivo da África.

Então vemos que essa é uma prática disseminada pelas regiões mais pobres do planeta.

E mais, quando esses recursos ilícitos não são direcionados a esse fim (compra de voto ou apoio político), vão invariavelmente fomentar outras práticas irregulares já que não poderão compor as "prestações de contas".

Essa verba ilícita é também facilmente dissimulada na "conta do marketing" do candidato, pois sabem que, como afirma Kanaan, "os candidatos com maior grau de poder político e interesse econômico utilizam-se, de forma indevida, de elevada sofisticação das

25 Ibidem

26 LONDOÑO, Juan Fernando; ZOVATTO, Daniel ¬América Latina. In: Financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais: um manual sofre financiamento político. 1.ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2015. p.205

27 OHMAN. Op.cit. p.69

técnicas de marketing político, influenciando o eleitor direta ou dissimuladamente". [28]

Nessa linha Sanseverino[29] aduz, os candidatos com maior poder econômico terão maior capacidade financeira para realizar a propaganda eleitoral.

Em qualquer que seja a região do planeta, o abuso do poder econômico nos processos de escolhas de representante sempre desequilibra o pleito, arrostando os princípios democráticos especialmente os da liberdade, igualdade e publicidade.

Peixoto, Baptista e Valente[30], citando Jorge Malem, aludem a vários efeitos deletérios ao sistema democrático ocasionados pela corrupção política, vejamos:

a - A corrupção assola a regra da maioria, elementar no regime democrático

b - Corrói os fundamentos da teoria da representação, base do ideal democrático

c - Afeta a transparência e o princípio da publicidade

d - Empobrece a qualidade da democracia e provoca ilícitos em cascata, uns para encobrir outros.

Se a liberdade é conspurcada, se a igualdade é mortalmente ferida e a publicidade deturpada, surge algo que não podemos qualificar como escolha democrática.

Quando o poder econômico consegue ultrapassar as barreiras protetivas do processo de escolha da representação política, atinge invariavelmente princípios nucleares da democracia, como o princípio da liberdade, da igualdade e arrosta a legitimidade do processo de escolha da representação. Vale dizer, a democracia fica ferida e sangrando.

---

28 KANAAN, Alice. Op.Cit. p.183

29 SANSEVERINO. Op.Cit.p.259.

30 MALEN, Jorge apud PEIXOTO, José; BAPTISTA, Luís; VALENTE, Tiago. Ibidem.

O resultado, em se garantindo a igualdade de chances aos candidatos, em termos econômico-financeiros, é muito diferente daquele onde se deixa frouxo esse elemento. "A este respeito, a metáfora criada pelo professor da King's College London Keith D. Edwing, citada por Marcin Walecki, ilustra bem como deve ser compreendida a competição eleitoral em um cenário de penetração irrestrita do poder econômico no processo eleitoral: seria o mesmo que convidar duas pessoas para participar de uma corrida de automóveis, em que uma delas disputará a competição com uma bicicleta e a outra com um carro esportivo"[31]

É uma metáfora, é fato, mas demonstra a urgente necessidade de se neutralizar esse elemento financeiro-econômico, deixando todos os concorrentes na mesma linha, propiciando-lhes as mesmas chances de acesso a aportes financeiros, para que possa emergir a representação das ideologias das eventuais cotas, ou maioria, reinantes na sociedade.

Se o dinheiro corrompe o sistema eleitoral, arrasta a democracia em sua calda. "O poder financeiro é distribuído desigualmente em todas as democracias, e como traduz-se em poder político, a igualdade política torna-se cada vez menor. "[32]

Com inteira razão Melo[33], é uma "ingenuidade indisfarçável" acreditar que o dinheiro tem ideologia; o recurso financeiro é necessário em uma eleição, porém precisa ser equalizado, neutralizados seus efeitos, com aplicação do princípio da igualdade, para não arrostar o sistema eleitoral desenhado pela Constituição. Nas pegadas do que arremessa Fux: "a rigor, essa elevação dos custos possui uma justificativa pragmática, mas dolorosamente verdadeira: os candi-

31 EWING, Keith D. Ewing apud MELLO, Marco Aurélio Mendes de Faria. In: Direito Eleitoral Comparado – A inconstitucionalidade do Financiamento das Campanhas Eleitorais por Pessoas Jurídicas. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.140.

32 MELO, Marco Aurélio de. ibidem. p. 140

33 Ibidem. p.142

datos que despedem maiores recursos em suas campanhas possuem maiores chances de êxito nas eleições"[34]

E continuando na mesma trilha, Fux foi categórico: quanto mais dinheiro mais chance. "Mais: se considerarmos que existem uma correlação de quase 100% (cem por cento) entre a quantidade de dinheiro despendida na campanha eleitoral e os votos amealhados pelos candidatos, como restou demostrado pelo professor e cientista político Geraldo Tadeu, em audiência pública, conclui-se que há irrefragável dependência de partidos políticos e candidatos com relação ao capital dessas empresas"[35].

Muita significativa é essa conclusão de quase 100% de correlação entre a quantidade de recursos despendidos na campanha e os votos conseguidos.

Nada diferente do que já tinha concluído David Samuels "a competitividade dos candidatos na disputa eleitoral (i.e, o sucesso ou fracasso) é diretamente proporcional aos gastos feitos nas campanhas[36].

Então, se quem ganha é o candidato que gasta mais, onde fica o sistema proporcional que vai arrecadar do seio social as ideologias? Ou o sistema majoritário que vai verificar a maioria? Não basta ser proporcional, não basta ser majoritário se quem impera é o dinheiro.

34 FUX, Luiz. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.4650/DF-Distrito Federal.** Relator: Ministro Luiz Fux. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 17 nov 2019. Disponível em: < http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308746530&ext=.pdf >. Acesso em: 10 mar 2020. p.149.

35 **Ibidem**

36 SAMUELS, David Pork apud FUX, Luiz. **Op.cit**.p.52

4.2. Controle

Londoño e Zavatto[37] aduzem que a solução para esse problema requer vontade política e órgãos fiscalizadores cooperando com atores estatais envolvidos no combate ao financiamento ilícito. "Quando os infratores não são punidos, uma sensação de impunidade prevalece, por sua vez, torna-se um incentivo para que outros possam também violar regulamentos. A impunidade, em última análise, põe em risco a credibilidade da regulamentação do financiamento político".

Assiste razão a Kanaan[38] quando afirma que não existe uma fórmula jurídica mágica, que seja capaz de coibir o abuso na captação e aplicação dos recursos no processo de escolha dos representantes numa democracia representativa, qualquer sistema de financiamento é vulnerável, e qualquer sistema poderá funcionar de forma adequada. O calibrador é o controle. Sem um sistema eficiente de controle não se consegue coibir os abusos. Nessa pegada Melo, "a democracia precisa de normas que impeçam os processos eleitorais de serem subvertidos pela influência do poder econômico" [39]

Mendes entende que dispomos de arcabouço jurídico para esse desiderato, falta mesmo o adequado controle "muito embora tenha havido a constante preocupação em amoldar uma efetiva previsão legal que pudesse garantir um justo processo eleitoral, a problemática do financiamento de campanha não está no modelo adotado pela legislação brasileira, mas, historicamente, na ausência de políticas institucionais que possibilitem o efetivo controle dos recursos arrecadados e de gastos durante a campanha eleitoral, o que acaba por mitigar o controle do uso excessivo ou abusivo de recursos

37 LONDOÑO, Juan Fernando; ZOVATTO, Daniel. Op.cit.p.183 e 185.

38 KANAAN, Alice. Op.Cit. p.274

39 MELLO,. Op.cit.140

privados no certame eleitoral, expressamente vedados pelo art.14, § 9º, da Constituição Federal de 1988."[40]

Posto isto, indaga-se, o poder econômico capturou o sistema eleitoral? Levou o regime democrático? O arcabouço jurídico brasileiro é adequado para neutralizá-lo? As instituições brasileiras estão preparadas para enfrentar esse fenômeno, máxime as doações ocultas?

5. CONCLUSÃO

O estudo, ainda na parte introdutória, com a abordagem da importância da democracia representativa, passando pela necessidade do financiamento eleitoral para sua realização. Tratou das espécies de financiamento utilizados nas democracias modernas; a saber: financiamento público, financiamento privado, e do sistema misto. Em seguida fez uma breve análise de eventual melhor modelo, concluindo pela não existência de um modelo teórico ideal aplicável a qualquer sistema, mas um erigível suportado de eficiente controle.

Finalizou, com uma focagem nos efeitos que o descontrole provoca no sistema eleitoral e na democracia.

40 MENDES, Gilmar. In: Direito Eleitoral Comparado – **A inconstitucionalidade do Financiamento das Campanhas Eleitorais por Pessoas Jurídicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.p.64.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Sergei Medeiros ¬ O Financiamento Público nas Eleições Brasileiras. **Temas de Direito Eleitoral no Século XXI**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União-ESMU.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.4650/DF-Distrito Federal.** Relator: Ministro Luiz Fux. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 17 nov 2019. Disponível em: < http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308746530&ext=.pdf >. Acesso em: 10 mar 2020.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988.

EWING, Keith D. Ewing apud MELLO, Marco Aurélio Mendes de Faria. In: Direito Eleitoral Comparado – **A inconstitucionalidade do Financiamento das Campanhas Eleitorais por Pessoas Jurídicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.140.

FUX, Luiz. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.4650/DF-Distrito Federal.** Relator: Ministro Luiz Fux. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 17 nov 2019. Disponível em: < http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308746530&ext=.pdf >. Acesso em: 10 mar 2020.

KANAAN, Alice¬ Financiamento Público, Privado e Misto frente à reforma política eleitoral que propõe o financiamento público exclusivo. In: **Temas de Direito Eleitoral no Século XXI.** Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União-ESMU.2012

LONDOÑO, Juan Fernando; ZOVATTO, Daniel ¬América Latina. In**: Financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais: um manual sofre financiamento político**. 1.ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2015.

MALEN, Jorge apud PEIXOTO, José; BAPTISTA, Luís; VALENTE, Tiago. **Partidos Políticos e Corrupção: fontes do financiamento político em Portugal**. Universidade do Porto: 2009. [Acesso em 28 de Nov. de 2016]. Disponível em: http://www.gestaodefraude.eu/wordpress/wp-content/uploads/2009/04/Avulso004.pdf.

MIRABEAU, Marques de apud CINTRA, Antônio Octávio_ **O sistema eleitoral Alemão como modelo para a reforma do sistema eleitoral brasileiro**.

[Acesso em 30 de jan. de 2017]. Disponível em http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2201.

MENDES, Gilmar Ferreira. In: Direito Eleitoral Comparado – **Apresentação do Direito Eleitoral Brasileiro – Financiamento da Campanha, Cláusula de Barreira, Fidelidade Partidária e Reeleição** . Belo Horizonte: Fórum, 2018

OHMAN, Magnus ¬ Entendimento do Sistema de Financiamento Político. **Financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais: um manual sofre financiamento político**. 1.ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2015.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito Eleitoral contra o Inimigo**. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais. [Acesso em 30 de Nov. de 2016.]. Disponível em: http://www.opiniaopublica.ufmg.br/emdebate/Rodolfo%20Viana.pdf

REIS, Marlon. **O Nobre Deputado: relato chocante (e verdadeiro) de como nasce, cresce e se perpetua um corrupto na política brasileira**. Rio de Janeiro: LeYa, 2014.

SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira ¬ O Financiamento Público nas Eleições Brasileiras. **Temas de Direito Eleitoral no Século XXI.** Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União- ESMU. 2012.

SILVA, Luís Virgínio Afonso da, apud CAMARÃO, Felipe Costa_ **Sistemas Eleitorais Brasileiros**. Pará de Minas: Virtualbooks,2012.p.29. ISBN 978-85-7953-658-8.

TAVARES, José Antonio Giusti. **Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas: teorias, instituições, estratégias.** Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994..

TRIÃES, João apud PEIXOTO, José; BAPTISTA, Luís; VALENTE, Tiago. **Partidos Políticos e Corrupção: fontes do financiamento político em Portugal**. Universidade do Porto: 2009. [Consult. em 28 de Nov. de 2016]. Disponível em: http://www.gestaodefraude.eu/wordpress/wp-content/uploads/2009/04/Avulso004.pdf.

FAKE NEWS E ELEIÇÕES: desafios do combate à desinformação no processo eleitoral

Rodrigo Maia Rocha[1]

1. INTRODUÇÃO

O ponto central que motivou a pesquisa empreendida no presente artigo foi a tentativa de buscar compreender o fenômeno global da desinformação numa escala sem precedentes proporcionado pelas ferramentas da internet e seus múltiplos impactos sociais, especialmente em relação à normalidade das eleições, bem como o desafio que o enfrentamento deste fenômeno representa para as instituições democráticas e principalmente para os órgãos que integram o sistema de Justiça Eleitoral.

Há um inegável consenso em nossa sociedade de que as chamadas *fake news* – termo pelo qual o fenômeno em questão passou a ser amplamente conhecido em âmbito mundial – constituem hoje uma grave perturbação dentro do ambiente democrático, constituindo uma tarefa complexa e desafiadora mitigar os efeitos deletérios promovidos pela disseminação de conteúdos falsos na internet, sobretudo para o processo eleitoral, o que já pode ser constatado nos últimos anos em pleitos realizados no Brasil e em outras partes do mundo, conforme será exposto ao longo deste trabalho.

Partindo dessas premissas e considerando a atualidade do tema em face da sua repercussão nas democracias contemporâneas, exsur-

1 Procurador Geral do Estado do Maranhão. Bacharel em Direito, pela Universidade Federal do Maranhão. Pós-Graduação em Ciências Criminais, pelo CEUMA. Pós-Graduação em Direito Ambiental, pela Universidade Federal do Paraná. Presidente do Colégio Nacional dos Procuradores Gerais dos Estados e do Distrito Federal. E-mail:mrocha01@gmail.com

ge a relevância em se buscar uma compreensão mais aprofundada do assunto do ponto de vista jurídico na tentativa de identificar, à luz do arcabouço normativo existente, a existência de instrumentos que sejam capazes de prover os órgãos da Justiça Eleitoral com os meios de combater eficazmente a desinformação no âmbito das eleições, tarefa para a qual este artigo se propõe.

2. A ASCENSÃO DA DESINFORMAÇÃO SISTÊMICA E SEUS IMPACTOS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

2.1. Democracia e verdade

A utilização da desinformação como estratégia na disputa e mesmo no exercício da atividade política não é um fenômeno histórico contemporâneo. Ao contrário, é possível localizar em diferentes momentos nas sociedades politicamente organizadas do ocidente uma extensa trajetória de eventos que reafirmam de maneira bastante eloquente essa constatação.

Darnton[2] destaca, dentre outros exemplos históricos pitorescos, a figura do escritor Paolo Aretino nascido na cidade de Arezzo, na Itália, que no início do século XVI escreveu diversos textos difamatórios contra cardeais em disputa pelo papado e em detrimento da imagem de importantes figuras públicas da época, motivado sobretudo pela obtenção de vantagens financeiras dos alvos dos seus textos, os quais frequentemente o remuneravam para não sofrerem mais seus ataques.

2 VICTOR, Fábio. Notícias falsas existem desde o século 6, afirma historiador Robert Darnton. **Folha de São Paulo, São Paulo, 19 fev. 2017. Disponível em:** https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2017/02/1859726-noticias-falsas-existem-desde-o-seculo-6-afirma-historiador-robert-darnton.shtml. Acesso em: 12 fev. 2020.

Do mesmo modo, é prática recorrente a manipulação e o controle de informações utilizada por governos antidemocráticos com o propósito de promover a sua manutenção e justificar ações que não se coadunam com os reais interesses da sociedade. É emblemático nesse sentido o episódio que ficou conhecido como o "incidente de Gleiwitz" e que deflagrou o início da 2ª guerra mundial com a invasão da Polônia por tropas da Alemanha: o então exército nazista alemão encenou um suposto ataque de insurgentes poloneses a cidadãos alemães na cidade de Gleiwitz, fronteiriça entre os dois países, de modo a tornar justificada a ação de invadir o território polonês como forma de "defesa".[3]

Especialmente em relação às disputas eleitorais travadas no âmbito das democracias contemporâneas, são recorrentes e amplamente conhecidas as narrativas acerca da propagação de informações falsas contra adversários na tentativa de infligir danos a sua imagem pública, prejudicando-os desse modo no contexto de determinado pleito, o que por certo vai de encontro aos objetivos das nações que abraçaram o consagrado modelo de democracia liberal, razão pela qual tais práticas encontram repúdio de modo geral nos seus respectivos ordenamentos jurídicos.

A propósito dessa discussão, a necessária convergência entre a ideia de verdade – compreendida como realidade factual objetivamente verificável – e o debate público, no qual se desenvolve a ação dos atores políticos é defendida vigorosamente por Arendt[4] em seu ensaio "VERDADE E POLÍTICA", no qual aponta que os:

3 STASIK, Elzbieta. A encenação nazista e a primeira vítima da segunda guerra. **DW,** 30 ago. 2019. Notícias. Disponível em: https://www.dw.com/pt-br/a-encena%C3%A7%C3%A3o-nazista-e-a-primeira-v%C3%ADtima-da-segunda-guerra/a-50185307. Acesso em: 20 fev. 2020.

4 ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro.** Tradução Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2016. p. 295-296.

> fatos informam opiniões, e as opiniões, inspiradas por diferentes interesses e paixões, podem diferir amplamente e ainda serem legítimas no que respeita à sua verdade factual. A liberdade de opinião é uma farsa, a não ser que a informação factual seja garantida e que os próprios fatos não sejam questionados. Em outras palavras, a verdade factual informa o pensamento político, exatamente como a verdade racional informa a especulação filosófica.

Ainda segundo Arendt[5], a progressiva erosão da percepção sobre a realidade dos fatos pela difusão de inverdades – potencializada em grande medida pelos meios de comunicação de massa - traria como maior risco não a substituição da verdade pela mentira, como seria de se supor a princípio, mas a perda da capacidade em discernir a verdade daquilo que não o é, o que culminaria na perda do necessário referencial ao exercício da ação política no ambiente democrático por parte dos membros da sociedade num "processo de destruição do sentido mediante o qual nos orientamos no mundo real."

Visão semelhante acerca da centralidade de uma base factual idônea como premissa necessária para a qualificação do debate democrático é compartilhada por Bucci[6], para quem

> a verdade factual é tão indispensável à política quanto a língua é indispensável para as sociedades e as comunidades. Sem um sistema de signos compartilhados, não há sequer comunidade cultural. Do mesmo modo, sem uma base comum de verdade factual, que se assenta na raiz dos signos, não poderão os homens agir em comum e, mais ainda, entabular uma interlocução comum acerca dessa verdade factual. A verdade factual não é uma das verdades de que a política se ocupa: ela é a única.

Daí, segundo o mencionado autor, a "necessidade de articular uma defesa da verdade factual como uma forma de defesa da política

5 Ibid.

6 BUCCI, Eugênio. **Existe democracia sem verdade factual?**. São Paulo: Estação das Letras e Cores, 2019.

e, no limite, de uma sociedade que se organize em torno da democracia e dos direitos humanos"[7]

Partindo dessas premissas, é possível inferir a existência de uma relação direta entre a higidez do ambiente informacional e a qualidade na formação da vontade popular dentro do espaço democrático.

2.2. Desinformação na era digital e suas consequências

Conquanto a desinformação e seus efeitos deletérios no âmbito do debate público não representem um fenômeno inédito, as mudanças tecnológicas responsáveis pela ascensão de novas ferramentas digitais presentes no ambiente informacional contemporâneo – com especial destaque para as redes sociais, o big data e o uso massivo de mecanismos de inteligência artificial cada vez mais sofisticados - foram responsáveis por uma expansão sem precedentes na capacidade de geração e disseminação de conteúdos falsos, popularmente denominados de fake news (embora a utilização da expressão em questão seja objeto de crítica na seara acadêmica, sobretudo com lastro no argumento de que não traduziria de maneira precisa toda a complexidade inerente a este fenômeno, conforme será abordado mais à frente, tomaremos aqui a liberdade de sua utilização tal como ficou amplamente conhecida na sociedade contemporânea, sem prejuízo das críticas que se fizerem necessárias).

Com efeito, vivemos numa era onde qualquer pessoa pode a qualquer momento e de qualquer parte do planeta lançar uma mensagem no mundo digital afirmando, v.g, ter acesso a estudos de que vacinas estão associadas ao aparecimento de autismo em crianças ou então de que determinada agremiação política teria comprovadas

7 Ibit. p. ?

ligações com organizações criminosas internacionais, em ambos os casos sem qualquer base em fatos consistentes e, mesmo assim, alcançando um público de milhões de pessoas que muitas das vezes compartilharão tais conteúdos por reforçarem suas próprias visões de mundo.

Tal é a capacidade de alcance conferida pelas atuais ferramentas comunicacionais, às fake news e tão significativo é o seu impacto no ambiente informacional que a própria fronteira entre fatos e meras narrativas lastreadas em vãs convicções termina por perder sentido no processo de formação da opinião pública, fenômeno que se traduziu na denominada "pós-verdade", caracterizada pela prevalência do apelo emocional em detrimento da razão como norteador da percepção coletiva sobre os mais variados temas sociais, inclusive no que diz respeito à ação política no Estado Democrático de Direito, como assinalado por D'Ancona[8]:

> No cerne dessa tendência global está um desmoronamento do valor da verdade, comparável ao colapso de uma moeda ou de uma ação. A honestidade e a exatidão não são mais consideradas como a maior prioridade nas trocas políticas. (...). Não por acaso, em 2016, o Oxford Dictionaries escolheu 'pós-verdade' como sua palavra do ano, definindo-a como forma abreviada para ' circunstâncias em que os fatos objetivos são menos influentes em formar a opinião pública do que os apelos à emoção e à crença pessoal.

Nesse sentido, podem ser apontadas como manifestações eloquentes desse fenômeno de alcance global as últimas eleições presidenciais americanas que deram a vitória a Donald Trump e a votação do referendo que culminou na decisão de saída do Reino Unido da União Europeia ("Brexit"), acontecimentos que tiveram em comum o fato de terem se realizado no ano de 2016 e serem marcados pela

8 D'ANCONA, Matthew. **Pós-verdade**. Tradução Carlos Szlak. Barueri, SP: Faro Editorial, 2018. p. 20.

divulgação em larga escala de notícias falsas, sobretudo nas redes sociais.

Anos depois uma matéria veiculada no jornal britânico *The Guardian* revelou outro ponto em comum entre a trajetória da eleição de Donald Trump e a saída do Reino Unido da União Europeia: a atuação da empresa de análise de dados Cambridge Analytica, que coletou, a partir de redes sociais, dados de mais de 50 milhões de pessoas e criou a partir de tais dados um complexo e sofisticado sistema capaz de classificar perfis comportamentais dos eleitores com o escopo de promover o direcionamento de conteúdos, incluindo notícias falsas, com o manifesto propósito de exercer influência sobre a opinião do eleitorado, o que para muitos observadores teve papel relevante no resultado daquelas disputas.[9]

A divulgação maciça de fake news através das ferramentas digitais foi identificada também na eleição brasileira de 2018, com uma particularidade relevante: além de atingirem os candidatos na disputa, os conteúdos falsos punham em xeque a idoneidade do sistema de votação eletrônica e da própria Justiça Eleitoral.

Mais impressionante ainda é o fato constatado através de pesquisa empreendida por analistas de dados que cerca de 89,8% dos eleitores de determinado candidato tendiam a acreditar que certas notícias falsas eram embasadas em informações verdadeiras, como, v.g, que as urnas eletrônicas eram fraudadas para contabilizar votos automáticos em favor do adversário do seu candidato; embora não seja possível mensurar a extensão do impacto de tais conteúdos na exteriorização do voto, é inegável que estes desempenham papel relevante no processo de formação da opinião do eleitorado.[10]

9 CADWALLADR, Carole; GRAHAM-HARRISON, Emma. Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach. **The Cambridge Analytica Files,** 17 mar. 2018. Disponível em: https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election. Acesso em: 14 fev. 2020.

10 MOURA, Maurício. **A eleição disruptiva:** por que Bolsonaro venceu 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2019.

Inegável portanto o impacto desse novo fenômeno comunicacional na sociedade contemporânea, o que naturalmente desafia a atuação do ordenamento jurídico.

3. FAKE NEWS E SEUS ASPECTOS JURÍDICOS

3.1. Conceito

Havendo consenso em relação à necessidade de uma atuação estatal assertiva em face da disseminação das denominadas fake news no ambiente digital, tendo como escopo o seu eficiente enfrentamento, torna-se imprescindível para tanto a definição de uma terminologia jurídica daquilo que poderia ser assim considerado de modo a atrair a aplicação de regras para a sua efetiva regulação pelo sistema jurídico pátrio, tarefa que representa inegável desafio no contexto do Estado Democrático de Direito.

Isso porque, paradoxalmente, apesar da sua grande popularização, a própria utilização do termo "fake news" é alvo de numerosas críticas por parte de estudiosos do tema, havendo mesmo os que reputam desaconselhável a sua utilização, sobretudo pela ambiguidade e imprecisão que o mesmo carrega.

Essa foi a conclusão adotada em relatório encomendado pelo Conselho da Europa em Estrasburgo, em 2017, pois o termo "fake news" não seria suficiente para abranger a complexidade do fenômeno em questão, além de existirem componentes políticos subjacentes à sua utilização sobretudo como crítica ao trabalho da imprensa independente, recomendando-se no seu lugar o uso da expressão *"desordem informacional",* conforme destaca Canabarro[11]:

11 CANABARRO, Diego R. Para além das "fake news": os componentes da chamada "desordem informacional". Observatório da Internet no Brasil, 6 set. 2018. Disponível

> São duas as razões apontadas no documento, em um apelo para que se evite o uso simplista da expressão "fake news". Primeiro, porque estudiosos do assunto têm catalogado uma série de usos indistintos da expressão fake news para se referir a coisas que vão desde paródias e sátiras políticas até a coisas como campanhas sistemáticas de espalhamentos de informações com motivações econômicas, culturais, políticas e geopolíticas. O emprego de "fake news" sem rigor pode jogar em um mesmo balaio coisas legítimas de um ponto de vista da comunicação política e coisas que são cível, criminal e eleitoralmente ilícitas. Segundo, porque o rótulo "fake news" tem sido, nos últimos anos, constantemente empregado - sobretudo por políticos - para fazer menção a narrativas desfavoráveis e a ações de opositores com tom pejorativo. Isso reforça a ideia de que a falta de rigor com que o termo é empregado, por si só, é um risco ao debate democrático.

Nesse mesmo sentido, a Unesco em manual recentemente lançado para educação e treinamento em jornalismo sublinha essa imprecisão contida no termo:

> Evita-se admitir que o termo fake news ("notícias falsas") possua um significado direto ou comumente compreendido. Isso ocorre porque "notícias" significam informações verificáveis de interesse público, e as informações que não atendem a esses padrões não merecem o rótulo de notícias. Nesse sentido, então, a expressão "notícias falsas" é um oxímoro que se presta a danificar a credibilidade da informação que de fato atende ao limiar de verificabilidade e interesse público – isto é, notícias reais."; ao invés disso, segundo o mencionado documento, considerar-se-iam mais apropriados os termos informação incorreta, desinformação e "desordem informacional", por melhor traduzirem a natureza do fenômeno e seus impactos.[12]

---

em:https://observatoriodainternet.br/post/para-alem-das-fake-news-os-componentes-da-chamada-desordem-informacional. Acesso em: 5 jan. 2020.

12 IRETON, Cherilyn; POSETTI, Julie. Jornalismo, fake news & desinformação: manual para educação e treinamento em jornalismo. Paris: Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, 2019. p. 7.

Outro grande desafio para a definição jurídica daquilo que poderia ser considerado uma fake news passível de remoção do ambiente digital residiria no equilíbrio muitas das vezes tênue entre a qualificação do debate público de um lado e a liberdade da manifestação de pensamento de outro, como adverte Gross[13], para quem:

> democracia não significa direito de participação no debate público se apenas há esclarecimento ou se as ideias defendidas correspondem à verdade científica ou moral. A democracia é mais do que isso, é um direito universal de todos de trazer para a esfera pública as suas convicções, ainda que possamos considerá-las muito equivocadas. O equívoco pode ser ainda de outra natureza, fundado, por exemplo, em falta de informação, ou informação incompleta", concluindo desse modo que "[...] condicionar a participação das pessoas no debate à posse de informações perfeitas parece também uma violação da democracia, já que quase ninguém poderia reclamar a condição de pessoa perfeitamente informada.

Diante desse quadro, parece-nos adequada, para fins de uma definição do que seriam afinal as fake news enquanto fenômeno sindicável no âmbito jurídico, a proposta terminológica apresentada por Rais[14], para quem se faz necessária a conjugação de três elementos, quais sejam, o dolo, a mentira (equivalente a fraude) e o dano (efetivo ou potencial) subjacente à veiculação da mensagem:

> Fake news tem assumido um significado cada vez mais diverso, e essa amplitude tende a inviabilizar seu diagnóstico, afinal, se uma expressão significa tudo, como identificar seu adequado tratamento? Não é possível encontrar uma solução para um desafio com múltiplos sentidos. Partindo da premissa de que a mentira está no

13 GROSS, Clarissa Piterman. "Fake news e democracia: discutindo o status normativo do falso e da liberdade de expressão". In: RAIS, Diogo (org.). Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. p.153.

14 RAIS, Diogo (org.). Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. p. 107.

> campo da ética, sendo que o mais perto que a mentira chega no campo jurídico é na fraude e, talvez, uma boa tradução jurídica para fake news seria 'notícias ou mensagens fraudulentas'. Enfim, talvez um conceito aproximado do direito, porém distante da polissemia empregada em seu uso comum, poderia ser identificada como uma mensagem propositalmente mentirosa capaz de gerar dano efetivo ou potencial em busca de alguma vantagem.

Partindo de tais premissas, podemos afirmar então que as fake news, à luz do ordenamento jurídico, consistiriam em desordens informacionais produzidas de forma fraudulenta e intencional e capazes de gerar danos a outrem, de modo efetivo ou potencial, sendo este o conceito empregado à referida categoria para fins do presente estudo.

3.2. Modelos de regulação

Definido o conceito de fake news para fins de atuação do ordenamento jurídico, impende identificarmos que respostas podem ser dadas diante da sua disseminação no ambiente digital de modo a evitar os danos que estas podem acarretar no âmbito social.

Sobre o tema, importante contribuição pode ser extraída das observações de Rais[15], para quem é possível identificar duas categorias de intervenção destinadas a combater de forma eficaz a disseminação das fake news: a) as que buscam mudanças estruturais destinadas a evitar a exposição dos indivíduos às fake news; b) aquelas destinadas a capacitá-los em avaliar as fake news ao se depararem com estas.

Em atenção aos objetivos traçados no presente estudo, iremos nos ater neste momento à abordagem dos modelos possíveis de se-

15 Ibid., p. 107.

rem adotados no sentido de evitar a exposição às fake news por meio da sua remoção do ambiente digital.

Nesse sentido, é possível vislumbrar dois modelos normativos a serem implementados na remoção de conteúdos ilícitos da internet, quais sejam, o da autorregulação e o da reserva de jurisdição.

No caso da autorregulação, conforme se extrai da sua própria nomenclatura, impõe-se aos próprios provedores de conexão e de aplicações de internet o dever de promover a remoção dos conteúdos ilícitos diante da comunicação daqueles que se sentirem atingidos em sua esfera jurídica por tais conteúdos, sob pena de responsabilização diante do não atendimento à solicitação formulada, modelo adotado, por exemplo, na Alemanha, através da promulgação em 2017 da lei alemã para aperfeiçoar a aplicação do direito nas redes sociais (NetzDG), com o objetivo de combater a disseminação de discursos de ódio e de crimes contra a honra na esfera digital.[16]

Já no modelo da reserva de jurisdição, compete tão somente ao Poder Judiciário exercer o controle sobre a licitude dos conteúdos na rede e, por conseguinte, a determinação de seu bloqueio ou remoção. Desse modo, a responsabilização jurídica dos provedores de conexão e de aplicações de internet só poderia ocorrer diante da inércia na adoção das providências de remoção ou bloqueio de conteúdo determinadas judicialmente, não cabendo a estes o controle prévio sobre os conteúdos inseridos por terceiros.

Esse foi claramente o modelo adotado no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro por meio da denominada Lei do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), a qual estipula a não responsabilização dos provedores por danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros (art. 18). Ainda nessa linha, dispõe que com o

16 EIFERT, Martin. "A lei Alemã para a melhoria da aplicação da Lei nas redes sociais (NetzDG) e a regulação da plataforma". In: ABBOUD, Georges; Nery Jr., Nelson; CAMPOS, Ricardo (org.). **Fake news e regulação**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. p. 59.

intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após a ordem judicial, não tomar providências para tornar indisponível o conteúdo apontado como ilícito (art. 19).

A exceção a esse regramento ocorreria tão somente nos casos de conteúdos envolvendo cenas de nudez ou de atos sexuais de natureza privada, hipótese na qual se admite a responsabilização subsidiária dos provedores que disponibilizem conteúdo gerado por terceiros e que, diante da notificação pelo próprio interessado, deixarem de efetuar a remoção daqueles conteúdos (art. 21).

Impende ressaltar, contudo, que a adoção de um modelo de regulação não exclui necessariamente a utilização do outro; ao contrário, é possível desenhar um modelo de complementariedade entre os mecanismos visando conferir mais efetividade no combate à desinformação produzida pelos conteúdos ilícitos, conforme salienta Cueva:[17]

> A reserva de jurisdição e a autorregulação não são necessariamente excludentes. A persecução penal dos delitos taxativamente definidos como infringentes e a reparação civil dos danos causados pelos conteúdos ilícitos podem prosseguir independentemente dos resultados alcançados com a autorregulação. Com o tempo e com a experiência com a autorregulação, ainda muito nova, é possível que sejam criados modelos híbridos, que preservem as vantagens de cada um dos modelos normativos e assegurem adequada proteção das liberdades de expressão, comunicação e manifestação do pensamento.

17 CUEVA, Ricardo Villas Bôas. "Alternativas para a remoção de fake news das redes sociais". In: ABBOUD, Georges; Nery Jr., Nelson; CAMPOS, Ricardo (org.). **Fake news e regulação**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. p. 167.

4. A ATUAÇÃO DA JUSTIÇA ELEITORAL NO COMBATE ÀS FAKE NEWS

Chegamos então à indagação fundamental: de que maneira o sistema de Justiça Eleitoral pode atuar eficazmente no enfrentamento das fake news, evitando assim a contaminação do processo eleitoral e por conseguinte a deterioração do ambiente democrático?

Conforme destacado em linhas anteriores, vimos que primordialmente o combate às fake news ocorre através de dois eixos centrais de atuação: a) evitando a disseminação dos conteúdos fraudulentos no ambiente digital; b) capacitando os indivíduos contra a desinformação, tornando-os desse modo capazes de distinguir os conteúdos fraudulentos presentes no ambiente digital.

Em relação ao primeiro eixo de intervenção – combatendo a propagação das fake news durante as eleições de maneira a evitar que estas atinjam o eleitor - constitui este o cerne da atividade precípua desempenhada pela Justiça Eleitoral durante as eleições e mesmo antes de iniciado o processo eleitoral.

O enfrentamento da desinformação no âmbito das eleições sempre foi uma preocupação permanente do microssistema normativo eleitoral, identificando-se diversas disposições cujo sentido e alcance preconizam o combate à disseminação de informações falsas, as quais teriam, à luz do mencionado arcabouço normativo, o condão de afetar o equilíbrio e a normalidade da disputa, sendo qualificadas, portanto, como ilícitos sindicáveis na esfera eleitoral.

Questão central a ser respondida é se o referido arcabouço normativo tem se mostrado eficaz nesse enfrentamento pelo sistema de Justiça Eleitoral da disseminação de desinformação no período das eleições, sobretudo diante das mudanças disruptivas na comuni-

cação social proporcionadas pela internet e demais plataformas digitais de conectividade, como bem pontuado por Silveira:[18]

> É inegável que esse novo cenário desafia a vida cotidiana, mas se apresenta de forma ainda mais desafiadora no processo eleitoral. As dificuldades são potencializadas, no Brasil, não apenas pelo processo eleitoral de tempo curto – que desafia os candidatos e seus apoiadores a atingir o eleitor com suas informações – mas também pela extensa regulação que limita a divulgação de conteúdo, tornando ainda mais difícil a tarefa de garantir que o eleitor conheça os candidatos, os partidos e suas plataformas. (...) essa análise permitirá enfrentar o fato de que embora alguns debates sobre o controle de conteúdo da informação sejam antigos, é preciso avaliar se as modificações tecnológicas que trazem maior capacidade de fragilizar a liberdade do voto não exigem que alguns institutos sejam repensados.

Cumpre sublinhar uma vez mais que o combate às notícias falsas divulgadas no período eleitoral não é algo novo, materializando-se inicialmente pela criminalização de condutas capazes de violar a honra dos atores do processo eleitoral, exteriorizadas a partir de afirmações consideradas inverídicas. O Código Eleitoral de 1950 (Lei nº 1.164/1950) já previa em seu artigo 28 o crime de "referir na propaganda fatos inverídicos ou injuriosos em relação a partidos ou candidatos e com possibilidade de exercerem influência perante o eleitorado".[19]

18 SILVEIRA, Marilda de Paula. As novas tecnologias no processo eleitoral: existe um dever estatal de combate à desinformação nas eleições. In: ABBOUD, Georges; Nery Jr., Nelson; CAMPOS, Ricardo (org.). **Fake news e regulação**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. p. 191.

19 BRASIL. **Lei nº 1.164, de 24 de julho de 1950.** Institui o Código Eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1164.htm. Acesso em: 6 fev. 2020

O atual Código Eleitoral (Lei nº 4737/1965)[20] igualmente criminalizou a veiculação de conteúdos inverídicos na propaganda eleitoral, dos arts. 323 a 326, passando a contar ainda com o delito tipificado no art. 326-A, acrescido ao Código Eleitoral pela Lei nº 13.838/2019, o qual considera crime "Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, de inquérito civil ou ação de improbidade administrativa, atribuindo a alguém a prática de crime ou ato infracional de que o sabe inocente, com finalidade eleitoral", incorrendo nas mesmas penas quem "comprovadamente ciente da inocência do denunciado e com finalidade eleitoral, divulga ou propala, por qualquer meio ou forma, o ato ou fato que lhe foi falsamente atribuído", conforme disposto no parágrafo 3º do referido dispositivo.

Importante sublinhar que embora os dispositivos supramencionados estejam presentes na redação originária do Código Eleitoral – portanto décadas antes das inovações tecnológicas que culminaram no advento da internet e das redes sociais – não há qualquer óbice ao seu manejo em face das condutas delituosas perpetradas através das plataformas digitais, sobretudo pelo maior alcance conferido à violação da esfera jurídica das vítimas em tais hipóteses, como bem observa Pimentel:[21]

> Quanto ao ambiente da perpetração da conduta descrita no art. 323 do Código Eleitoral, importa ter em mente que não há menção específica à internet, que sequer existia quando da promulgação do Código Eleitoral. Mas não há qualquer incompatibilidade ou impedimento quanto ao cometimento do crime pela internet. O que não se admite, nesse caso, é a incidência da agravante prevista no parágrafo único do art. 323 do Código Eleitoral, já que ela

20 BRASIL. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965.** Institui o Código Eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4737.htm. Acesso em: 8 fev. 2020.

21 PIMENTEL, Alexandre Freire. **Propaganda eleitoral:** poder de polícia e tutela provisória nas eleições. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.175.

> apenas foi prevista para a prática da conduta pela imprensa, rádio ou televisão, mas não pela internet. Noutras palavras, o crime em questão pode ser praticado pela internet, mas sem a aplicação da agravante.
>
> Quanto à eficiência do combate às fake news e deep fake news, o fato de o provedor estar, ou não, situado no Brasil, não é relevante para fins de cumprimento das ordens judiciais emanadas da justiça eleitoral que determinarem aos provedores de acesso e de aplicações de internet a colocação de filtros ou ferramentas assemelhadas destinadas a bloquear ou retirar da rede conteúdos considerados incompossíveis com a legislação eleitoral [...]."

Ainda no terreno da responsabilização criminal e já contemplando explicitamente as inovações trazidas à comunicação social com o advento da internet, a chamada "minirreforma eleitoral" de 2013 (Lei nº 12.891/2013) acrescentou ao artigo 57-H da Lei Geral das Eleições (Lei nº 9.504/1997) os parágrafos 1º e 2º, que em boa hora passaram a enquadrar como condutas delituosas uma prática que vem se tornando recorrente nas últimas disputas eleitorais: a contratação direta ou indireta de pessoas com o objetivo de emitir mensagens ou comentários na internet para atacar a honra de candidato, partido ou coligação, os quais punem, respectivamente, tanto os contratantes (com penas que variam de 2 (dois) a 4 (quatro) anos de detenção) quanto as pessoas contratadas para tal desiderato (cominada nesse caso pena de detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano), sem prejuízo da multa aplicável em ambos os casos.

Mais recentemente, a lei nº 13.834, de 4 de junho de 2019 acrescentou o art. 326-A ao Código Eleitoral, que passou a criminalizar a denunciação caluniosa com finalidade eleitoral, tipificando a conduta de "dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, de inquérito civil ou ação de improbidade administrativa, atribuindo a alguém a prática

de crime ou ato infracional de que o sabe inocente, com finalidade eleitoral", cominando pena elevada: 2 a 8 anos de reclusão e multa.

Todavia, é no âmbito das disposições de cunho civil do microssistema eleitoral que iremos identificar o conjunto mais amplo de medidas destinadas à repressão da disseminação de notícias fraudulentas consideradas capazes de afetar a lisura do processo eleitoral.

Nesse sentido, a Lei 9.504/1997 contemplou diversos dispositivos relacionados à propaganda eleitoral cujo manejo se revela apto no combate à desinformação gerada pela divulgação de fatos inverídicos e potencialmente danosos em face de candidatos, coligações ou partidos políticos engajados na disputa.

Dentre tais disposições, o direito de resposta, previsto no art. 58 do referido diploma legal, evidencia-se como a ferramenta utilizada de maneira mais recorrente pelos atores do processo eleitoral que se sintam prejudicados pela disseminação de notícias fraudulentas, dispondo o mencionado artigo que "a partir da escolha de candidatos em convenção, é assegurado o direito de resposta a candidato, partido ou coligação atingidos, ainda que de forma indireta, por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer veículo de comunicação social".[22]

Cumpre salientar que, para fins de aplicação da regra mencionada, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral consolidou o entendimento de que o assim denominado "fato sabidamente inverídico" consiste naquele que veicule *inverdade* "[...] que não demanda investigação, ou seja, deve ser perceptível de plano, a "olhos desarmados". Além disso, deve denotar ofensa de caráter pessoal a candidato, partido ou coligação[23], posto que não seria possível "[...]

22 BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em: 12 fev. 2020.

23 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso em Representação nº 121177. Relator:

transformar o pedido de resposta em processo investigatório com intuito de comprovar a veracidade das versões controversas sustentadas pelas partes".[24] Nesse mesmo sentido, os seguintes acórdãos de lavra daquela Corte: Representação nº 060104724. Relator Ministro Sergio Silveira Banhos. Publicado em 13/09/2018; Representação nº 143952. Relator Ministro Admar Gonzaga. Publicado em 02/10/2014; Representação nº 367783. Relator Ministro Henrique Neves da Silva. Publicado em 26/10/2010.

Destaque-se ainda que o manejo de tal ferramenta no processo eleitoral já encontrava previsão desde a vigência do Código Eleitoral, pois este, ao mesmo tempo em que proscreve a propaganda ofensiva à honra de pessoas e instituições (Art. 242, inciso IX) assegura aos prejudicados o direito à réplica em face das ofensas perpetradas (Art. 242, §3º), ganhando o direito de resposta, contudo, maior amplitude na Lei nº 9504. 1997 na medida em que mesmo as agressões indiretas veiculadas através de afirmações sabiamente inverídicas comportam a sua utilização.

Importante ainda salientar que o direito de resposta enquanto ferramenta de restabelecimento da verdade durante o processo eleitoral apresenta natureza dúplice, pois ao mesmo tempo em que atua como mecanismo de defesa da honra e da imagem dos sujeitos atingidos por afirmações inverídicas, cumpre o papel de instrumento de defesa da integridade do ambiente democrático, na medida em que proporciona ao eleitor o acesso a informações idôneas e confiáveis em relação aos participantes da disputa, como bem pontuado por Cheim:[25]

Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, 23 de setembro de 2014. Disponível em: file:///C:/Users/Cliente/Desktop/Nubia/PDF956_004.PDF. Acesso em: 2 fev. 2020.

24 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Representação nº 367516.** Relator: Ministro Henrique Neves da Silva, 26 de outubro de 2010. Disponível em: https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23282014/representacao-rp-367516-df-tse. Acesso em: 15 fev. 2020.

25 JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; Rodrigues, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral.** 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. p. 574-575.

> Assim, prefacialmente, para assegurar a proteção da liberdade do voto do eleitor, mas também a ética e o respeito das campanhas eleitorais, e, em segundo plano, para proteger a imagem pessoal do cidadão que pretende um cargo eletivo, é que o legislador prevê o direito de resposta como direito que nasce da ofensa, da informação inverídica, da difamação indevida, etc. O direito de resposta está na Constituição Federal (art. 5, V) como direito fundamental que nasce em proteção dos direitos de personalidade, e, em especial, o nome, a honra, a imagem da pessoa. Como a imagem, a reputação, a fama, a honra do candidato são elementos fundamentais para a captação do voto, e, decisivamente, par a liberdade de escolha do eleitor, a propaganda eleitoral que viola estes direitos com informações falsas é uma propaganda ilícita que deve ser extirpada. Mas não só extirpada, porque é preciso proporcionar ao ofendido, e, também, ao povo, o direito de saber a verdade, fazendo com que seja deferido o direito de resposta como técnica para restabelecer a verdade falseada na informação anterior.

Considerando que o advento da internet e das plataformas digitais surgidas em sua esteira impactaram significativamente a dinâmica do processo eleitoral, logo surgiu a percepção quanto à necessidade de modificações na Lei Geral das Eleições com o escopo de enfrentar de modo mais específico os novos desafios à regulação da propaganda eleitoral pelo uso das ferramentas de tecnologia da informação, o que veio a se concretizar pela edição de uma série de diplomas legais que, dentre outras aplicações, prestam-se ao combate da disseminação de notícias falsas no âmbito eleitoral.

Desse modo, no tocante ao direito de resposta, não obstante o artigo 58 da Lei Geral das Eleições ter contemplado em sua redação originária a possibilidade do agravo ser difundido "por qualquer veículo de comunicação social", foi a partir da edição da Lei nº 12.034/2009 que se passou a disciplinar de modo expresso tanto a previsão quanto a ritualística para o seu exercício em face das notícias falsas veiculadas através da internet.

Desse modo, acrescentou-se à Lei 9504/1997 os artigos 57-D – contendo previsão expressa do direito de resposta tanto no ambiente da internet quanto de outros sistemas eletrônicos de comunicação social – e o inciso IV do §3º - de onde se extrai o procedimento para o seu exercício pelos legitimados; complementando tal regramento, a Lei nº 13.165/2015 contemplou a possibilidade do exercício a qualquer tempo do direito de resposta enquanto o conteúdo permanece sendo divulgado ou em até 72 (setenta e duas) horas após a sua retirada.

Por outro lado, a Lei nº 12.034/2009 acrescentou à Lei Geral das Eleições o art. 57-H, o qual acarreta, sem prejuízo das demais sanções legais cabíveis, a aplicação de multa contra quem "realizar propaganda eleitoral na internet, atribuindo indevidamente sua autoria a terceiro, inclusive a candidato, partido ou coligação",[26] regra destinada a desestimular uma prática que vem se tornado recorrente, qual seja, a da criação de perfis falsos para a disseminação de informações inverídicas capazes de afetar o processo eleitoral.

A partir das minirreformas eleitorais promovidas em 2013 e 2017 pelas Leis 12.891 e 13.488, respectivamente, foram introduzidas novas disposições na Lei Geral das Eleições com o nítido propósito de conter de forma mais efetiva a desinformação no processo eleitoral, passando a Justiça Eleitoral a partir daí a contar com instrumentos mais incisivos de atuação.

Nesse sentido, o art. 57-D, §3º autoriza a Justiça Eleitoral a

> determinar, por solicitação do ofendido, a retirada de publicações que contenham agressões ou ataques a candidatos em sítios de internet, inclusive redes sociais". No mesmo diapasão, o art. 57-I dispõe que "a requerimento de candidato, partido ou coligação, observado o rito previsto no art. 96 desta Lei, a Justiça Eleitoral poderá determinar, no âmbito e nos limites técnicos de cada apli-

26 BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, op. cit.

> cação de internet, a suspensão do acesso a todo conteúdo veiculado que deixar de cumprir as disposições desta Lei, devendo o número de horas de suspensão ser definida proporcionalmente à gravidade da infração cometida em cada caso, observado o limite máximo de vinte e quatro horas.[27]

Em quaisquer das hipóteses aventadas, cabe à empresa provedora de aplicações de internet a operacionalização da medida determinada pela Justiça Eleitoral mediante ordem judicial específica e fundamentada, nos termos do que dispõe o art. 19 da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), a qual deverá apontar de forma clara e específica o conteúdo a ser restringido, sob pena de nulidade.

Na esteira dessas importantes mudanças e em atenção ao disposto no art. 57-J da Lei Geral das Eleições ("O Tribunal Superior Eleitoral regulamentará o disposto nos arts. 57-A a 57-I desta Lei de acordo com o cenário e as ferramentas tecnológicas existentes em cada momento eleitoral e promoverá, para os veículos, partidos e demais entidades interessadas, a formulação e a ampla divulgação de regras de boas práticas relativas a campanhas eleitorais na internet")[28], o TSE editou a Resolução nº 23.551, de 18 de Dezembro de 2017 com o objetivo de regulamentar a propaganda na internet e os procedimentos para utilização dos mecanismos de remoção e restrição de acesso aos conteúdos considerados irregulares à luz da legislação eleitoral, os quais são descritos em detalhes ao longo do texto da norma regulamentar.

Contudo, é importante sublinhar uma vez mais que a utilização de tais medidas, dado o seu evidente caráter excepcional, demanda cautela e parcimônia por parte dos operadores do Sistema de Justiça Eleitoral, sobretudo considerando as garantias constitucionais

27 Ibid.

28 Ibid.

da liberdade de opinião e da livre manifestação do pensamento, pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito, constituindo a aplicação de tais disposições no caso concreto tarefa extremamente desafiadora, opinião compartilhada por Silveira,[29] para quem

> a interferência do judiciário no conteúdo de qualquer informação limita em maior ou menor extensão a livre manifestação do pensamento, a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa. E, de fato, não é tarefa fácil equilibrar a liberdade de expressão com outros direitos individuais, como a liberdade de voto, quando tantas atrocidades decorrentes de preconceito e discriminação racial são propagadas com apoio em seu alicerce. Há casos em que a desinformação será propagada de forma dolosa e com manipulação evidente de imagens ou de dados, em hipóteses que não desafiam o limite da liberdade de expressão. Em outras tantas situações, contudo, estará em pauta o debate de ideias ou de posições que formam os chamados casos difíceis.

Reflexão semelhante em relação ao tema é extraída do posicionamento adotado por Mergulhão:[30]

> O objetivo da Resolução editada pelo Tribunal Superior Eleitoral é coibir o abuso de direito e a prática de atos ilícitos no período eleitoral e em determinado período que antecede o pleito eleitoral (evitando qualquer tipo de propaganda eleitoral extemporânea, nos termos da legislação vigente). A questão nos leva a aplicação dos instrumentos necessários a aplicação da legislação eleitoral, como garantidora dum Processo Eleitoral equilibrado, frente a Liberdade de Expressão. Mister se faz firmar que não são institutos divergentes, ao contrário, são convergentes, uma vez que o Processo Eleitoral deve primar pela Liberdade de Expressão como forma de expressão da captação lícita do sufrágio através da exposição de plano de go-

29 SILVEIRA, op. cit., 211.

30 MERGULHÃO, Danilo Rafael da Silva; MERGULHÃO JUNIOR, José Claudio Oliveira; ALBUQUERQUE, Paula Falcão. Post-Truth, fake news e processo eleitoral. **Revista de Estudos Eleitorais de Recife,** Recife, v. 2, n. 4, p. 1-87, 2018.

> verno, debates e demais instrumentos. A liberdade de Expressão é fruto da experimentação do Estado Democrático, tendo que o seu exercício exige responsabilidade (...) Todavia, não poderá utilizar de expedientes perniciosos ao processo democrático, no caso em concreto, através das Fake News, para fulminar o processo eleitoral em um Estado Democrático de Direito alegando a proteção do manto da festejada Liberdade de Expressão. Uma linha tênue as separa! É esta linha tênue que ocasionará em medidas ou não medidas do Estado juiz, através do Poder de Polícia, tão latente na Justiça Eleitoral, como através dum processo judicial.

A propósito do tema, o art. 22 da referida resolução reafirma que a livre manifestação de pensamento do eleitor identificado ou identificável somente poderá ser restringida quando houver ofensa à honra de terceiros ou a divulgação de fatos sabidamente inverídicos, podendo inclusive tal restrição alcançar as manifestações anteriores ao período de início da campanha eleitoral, ainda que contenham mensagem de apoio ou crítica a partido político ou a candidato, próprias do debate político e democrático.

Nesse mesmo sentido, dispõe ainda a resolução em seu art. 23, §6º, que as manifestações espontâneas na internet de pessoas naturais em matéria político-eleitoral, mesmo que sob a forma de elogio ou crítica a candidato ou partido político, não serão consideradas propaganda eleitoral na forma do inciso IV, devendo observar, no entanto, os limites estabelecidos no § 1º do art. 22.

Reforçando o primado da autocontenção da atividade jurisdicional no controle sobre os conteúdos veiculados na internet e suas implicações, dispôs ainda o art. 33 que a atuação da Justiça Eleitoral em relação a conteúdos divulgados na internet deve ser realizada com a menor interferência possível no debate democrático, exigindo-se ainda, no intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, que as ordens judiciais de remoção de conteúdo divulgado na internet serão limitadas às hipóteses em que, mediante

decisão fundamentada, sejam constatadas violações às regras eleitorais ou ofensas a direitos de pessoas que participam do processo eleitoral, devendo ainda deixar de produzir efeitos as decisões relativas à remoção de conteúdos quando findo o processo eleitoral, hipótese em que caberá à Justiça Comum eventual novo pedido de remoção por ação autônoma.

Com base nessas considerações, não resta dúvida de que a Justiça Eleitoral é dotada de instrumentos eficazes na tarefa de mitigar as desordens informacionais que as fake news produzem no ambiente eleitoral pela contaminação da percepção acerca da realidade pelos eleitores; contudo, é preciso reconhecer que diante das ferramentas tecnológicas atuais – que permitem a disseminação de uma miríade de conteúdos inverídicos de forma difusa e fragmentada, muitas das vezes de maneira automatizada – evitar por completo a exposição dos eleitores à desinformação pela remoção desses conteúdos é certamente uma tarefa inexequível a ser desempenhada isoladamente pela jurisdição eleitoral e seria ilusório imaginar o contrário.

Por outro lado, é importante destacar que a atuação da Justiça Eleitoral no combate à desordem informacional no ambiente eleitoral ocorre também através de iniciativas que transcendem a esfera jurisdicional e que, de forma isolada ou em conjunto com outros atores, são fundamentais para tornar os eleitores capazes de discernir conteúdos inverídicos, como destacado por Rais:[31]

> Embora seja possível encontrar vários dispositivos normativos e determinações voluntárias para combater um ambiente de desinformação, ainda assim penso que é diante do segundo eixo de possíveis soluções (aquelas que visam capacitar os indivíduos a avaliar as fake news) que há melhores oportunidades para resolver o problema da desinformação, retomando aqui a proposta de que em um cenário de desinformação deve ser na informação a busca

31 RAIS, op. cit., p. 120.

> para encontrar o 'remédio' eficaz para combatê-la. Quanto menos informação tivermos, mais vulneráveis às fake news nós seremos.

Ainda no que se refere à adoção de medidas de qualificação do debate público destinadas a tornar o eleitorado menos suscetível aos efeitos deletérios da desinformação gerada pelas fake news, Silveira[32] não apenas defende a atuação estatal – inclusive dos órgãos jurisdicionais, por óbvio – nessa tarefa de cunho pedagógico como também sinaliza alguns parâmetros a serem observados pelos atores responsáveis:

> Caberia indagar, finalmente, se o Estado teria o dever específico de combater a desinformação para além de sua competência jurisdicional e das políticas públicas implementadas de educação formal. Parece esse ser um caminho possível e necessário.
>
> Essa proposta não passa por alfabetizar as pessoas na busca por uma verdade, por um ator que defina a notícia correta (seja ele o Estado, a plataforma digital ou o fact-checking). Exige conhecimento para o diálogo e uma forma de alfabetização em notícias. Não apenas para serem céticas ou encontrar ferramentas para questionar as histórias contadas. Quão úteis são essas habilidades em um mundo onde muitos acreditam que a confiança nas instituições, incluindo a mídia de notícias, é extremamente baixa?
>
> O diálogo com a informação – seja ela jornalística, científica ou pessoal – depende de abertura para os argumentos e da compreensão de como são feitas, quem faz, como os dados são selecionados e como são financiados.
>
> No âmbito desse dever caberia ao Estado empenhar-se na tarefa de promover sensibilização da importância de dialogar com a informação que está disponível ou que se recebe. E impulsionar atores que dediquem tempo e dinheiro nessa tarefa. Longe de restringir a manifestação do pensamento ou de aprofundar a definição de um juízo de verdade, seria seu papel reposicionar a função do diálogo com a informação.

32 SILVEIRA, op. cit., 212.

No que diz respeito a esse eixo de atuação institucional, cumpre destacar algumas iniciativas implementadas pela Justiça Eleitoral, a partir da liderança do Tribunal Superior Eleitoral, no sentido de galvanizar o debate público em torno da problemática que envolve o tema das fake news e seus reflexos na sociedade e em especial no processo eleitoral.

Em 07 de Dezembro de 2017, através da portaria nº 949, foi instituído no âmbito daquela Corte o Conselho Consultivo sobre Internet e Eleições, composto por representantes do Poder Público e da sociedade civil organizada cujo objetivo central, dentre outros, era o de "desenvolver pesquisas e estudos sobre as regras eleitorais e a influência da Internet nas eleições, em especial o risco das fake news e o uso de robôs na disseminação das informações" [33] (art. 2º, inciso I), considerando os riscos já antevistos na disseminação de fake news nas eleições de 2018.

Por sua vez, no ano de 2018 a Corte Superior Eleitoral se dedicou especialmente na realização de debates multidisciplinares em torno do tema, fomentando a discussão quanto à importância em preservar a integridade das eleições em face da disseminação de notícias falsas, bem como o desenvolvimento de estratégias mais eficientes em combater as desordens informacionais provocadas por tais notícias.

Nesse sentido, podemos destacar a realização, através da Escola Judiciária Eleitoral, do seminário "Perspectivas e Desafios da Propaganda Eleitoral: Eleições 2018", que reuniu tanto profissionais da área jurídica quanto da área de tecnologia da informação em torno da discussão sobre as fake news, dentre outros temas de relevo para as eleições de 2018.[34]

---

33 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Portaria nº 949, de 7 de dezembro de 2017.** Institui o Conselho Consultivo sobre Internet e Eleições. Disponível em: http://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/prt/2017/portaria-no-949-de-7-de-dezembro-de-2017. Acesso em: 3 mar. 2020.

34 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **TSE promove seminário sobre propaganda eleitoral:** evento abordará temas que impactarão as Eleições de 2018. Brasília, 18 abr.

Em junho daquele mesmo ano, realizou-se o Seminário Internacional *"Fake News: Experiências e Desafios*" em parceria inédita com a delegação da União Europeia no Brasil, reunindo especialistas brasileiros e europeus, os quais puderam naquela oportunidade compartilhar reflexões e experiências sobre o tema[35]; o êxito daquela experiência estimulou a realização de novo evento em conjunto com a União Europeia em 2019, cujos anais estão disponíveis em http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5981.

Ainda nessa seara, a Corte Superior Eleitoral veio a assinar diversos acordos e protocolos de intenções com diferentes atores nos quais se firmou o compromisso de atuação conjunta contra a disseminação de fake news no processo eleitoral, como partidos políticos[36], empresas do setor de internet[37] e especialistas em marketing político[38].

2018. Disponível em: http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Abril/tse-promove-seminario-sobre-propaganda-eleitoral. Acesso em: 1 fev. 2020.

35 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **TSE e União Europeia realizam primeiro seminário internacional sobre fake News:** Evento reunirá alguns dos principais especialistas brasileiros e europeus e busca intercâmbio de informações e experiências sobre o tema. Brasília, 19 jun. 2018. Disponível em: http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Junho/tse-e-uniao-europeia-realizam-primeiro-seminario-internacional-sobre-fake-news. Acesso em: 14 jan. 2020.

36 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Eleições 2018:** TSE e partidos firmam acordo de não proliferação de notícias falsas: Termo de compromisso foi assinado por representantes de dez legendas durante reunião realizada na sede do Tribunal, em Brasília. Brasília, 5 jun. 2018. Disponível em: http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Junho/eleicoes-2018-tse-e-partidos-firmam-acordo-de-nao-proliferacao-de-noticias-falsas. Acesso em: 3 fev. 2020.

37 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **TSE firma novas parcerias com entidades e empresas para combater notícias falsas:** acordos com associações do setor de comunicação, Google e Facebook ampliam rede de apoio às iniciativas contra a desinformação. Brasília, 28.06.2018. Disponível em: http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Junho/tse-firma-novas-parcerias-com-entidades-e-empresas-para-combater-noticias-falsas. Acesso em: 28 jan. 2020.

38 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Especialistas em marketing político vão colaborar no esforço contra disseminação de notícias falsas:** integrantes do Camp, entidade que reúne profissionais do segmento, assinaram hoje (19/06) termo de compromisso com o TSE com foco nas eleições deste ano. Brasília, 19 jun. 2018.

Às vésperas do segundo turno das eleições de 2018, o TSE, em mais um esforço de fortalecer a integridade do ambiente informacional no âmbito da disputa eleitoral, disponibilizou em seu site um link de acesso a uma página com checagem de informações, com o intuito de esclarecer os eleitores acerca de falsas notícias em circulação durante as eleições.

Mais recentemente, com vistas a iniciar as discussões destinadas ao enfrentamento das notícias falsas nas eleições municipais de 2020, a Corte editou a portaria nº 382, de 24 de maio de 2019, através da qual se instituiu um novo grupo de trabalho incumbido da elaboração de novas linhas de ação para o Tribunal combater a desinformação nas eleições vindouras, a partir da análise dos materiais e conteúdos produzidos em decorrência dos seminários mencionados e no âmbito do anteriormente constituído Conselho Consultivo sobre Internet e Eleições.

Tais iniciativas denotam, portanto, de maneira bastante eloquente, o relevante papel exercido pela Justiça Eleitoral na construção de um ambiente social no qual o impacto da disseminação das fake news seja contido mais eficazmente.

5. CONCLUSÃO

Este trabalho teve como objetivo compreender as implicações do fenômeno das fake news nas sociedades democráticas no mundo e em especial na realidade brasileira, sobretudo no que tange aos seus reflexos no âmbito eleitoral e as possíveis alternativas para o seu eficaz enfrentamento pelos atores do processo eleitoral.

Disponível em: http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Junho/especialistas-em-marketing-politico-vao-colaborar-com-tse-no-esforco-contra-disseminacao-de-noticias-falsas. Acesso em: 4 jan. 2020.

Para isso, identificou-se a origem da desinformação generalizada como decorrência da ascensão de novas ferramentas de comunicação no meio digital, as quais proporcionaram a disseminação de notícias falsas numa escala incomensurável, ao ponto de colocar em xeque a própria integridade na formação da opinião pública acerca de temas de grande relevância para a sociedade, sendo inegável portanto a necessidade de promover o seu enfrentamento.

Buscou-se também a construção de um conceito capaz de definir adequadamente o fenômeno sob a ótica do Direito, concluindo-se que as fake news à luz do ordenamento jurídico consistiriam em desordens informacionais produzidas de forma fraudulenta e intencional capazes de gerar danos a outrem, de modo efetivo ou potencial.

A partir de sua definição jurídica, efetuou-se a análise acerca das possíveis respostas regulatórias que o ordenamento jurídico ofereceria para enfrentar a disseminação de conteúdos fraudulentos, as quais se dividiriam em duas categorias fundamentais, quais sejam, aquelas destinadas a proscrever tais conteúdos do ambiente informacional e aquelas cujo objetivo seria capacitar os indivíduos a identificar os conteúdos considerados fraudulentos.

Notadamente no que diz respeito ao papel da Justiça Eleitoral no combate às fake news divulgadas no período eleitoral, é correto afirmar que o enfrentamento dos efeitos deletérios da desinformação nas eleições sempre foi uma preocupação permanente dos seus órgãos, os quais experimentaram um fortalecimento nos seus instrumentos de atuação ao longo da sua trajetória, tanto através das minirreformas promovidas na legislação eleitoral quanto pela edição da Lei do Marco Civil da Internet, objetivando evitar a exposição do eleitor às notícias falsas divulgadas com o propósito de influenciar o pleito.

Paralelamente a essa atuação repressiva, cumpre destacar ainda o seu papel igualmente relevante de fomentar o debate público em

torno do tema, objetivando capacitar a formação da opinião pelos eleitores e desenvolver estratégias mais eficazes de conter a disseminação de notícias falsas, incluindo ainda outros atores nesse esforço de combate à desinformação nas eleições, sendo emblemáticas nesse sentido a iniciativa da criação pelo TSE do Conselho Consultivo sobre Internet e Eleições e a realização de uma série de círculos de debates e seminários voltados ao aprofundamento do tema, bem como a assinatura de uma série de acordos e protocolos com diferentes atores envolvidos no processo eleitoral, desde empresas de internet até partidos políticos, traduzindo-se portanto num importante eixo de atuação institucional que demonstra a elevada capacidade institucional do sistema de Justiça Eleitoral de enfrentar o significativo desafio que o combate às fake news representa para a Democracia brasileira.

REFERÊNCIAS

1. VICTOR, Fábio. Notícias falsas existem desde o século 6, afirma historiador Robert Darnton. Folha de São Paulo, São Paulo, 19 fev. 2017. Ilustrissima. Disponível em: **https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2017/02/1859726-noticias-falsas-existem-desde-o-seculo-6-afirma-historiador-robert-darnton.shtml**. Acesso em: 12 fev. 2020.

2. STASIK, Elzbieta. A encenação nazista e a primeira vítima da segunda guerra. DW, 30 ago. 2019. Notícias. Disponível em: https://www.dw.com/pt-br/a-encena%C3%A7%C3%A3o-nazista-e-a-primeira-v%C3%ADtima-da-segunda-guerra/a-50185307. Acesso em: 20 fev. 2020.

3. ARENDT, Hannah. Entre o passado e o futuro. Tradução Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2016. p.295-296.

4. BUCCI, Eugênio. Existe democracia sem verdade factual?. São Paulo: Estação das Letras e Cores, 2019.

5. D'ANCONA, Matthew. Pós-verdade. Tradução Carlos Szlak. Barueri, SP: Faro Editorial, 2018.

6. CADWALLADR, Carole; GRAHAM-HARRISON, Emma. Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach. The Cambridge Analytica Files, 17 mar. 2018. Disponível em: https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election. Acesso em: 14 fev. 2020.

7. MOURA, Maurício. A eleição disruptiva: por que Bolsonaro venceu 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2019.

8. CANABARRO, Diego R. Para além das "fake news": os componentes da chamada "desordem informacional". Observatório da Internet no Brasil, 6 set. 2018. Disponível em: https://observatoriodainternet.br/post/para-alem-das-fake-news-os-componentes-da-chamada-desordem-informacional. Acesso em: 5 jan. 2020.

9. IRETON, Cherilyn; POSETTI, Julie. Jornalismo, fake news & desinformação: manual para educação e treinamento em jornalismo. Paris: Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, 2019.

10. GROSS, Clarissa Piterman. "Fake news e democracia: discutindo o status normativo do falso e da liberdade de expressão". In: RAIS, Diogo

(org.). Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. p.153-174.

11. RAIS, Diogo (org.). Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

12. EIFERT, Martin. "A lei Alemã para a melhoria da aplicação da Lei nas redes sociais (NetzDG) e a regulação da plataforma". In: ABBOUD, Georges; Nery Jr., Nelson; CAMPOS, Ricardo (org.). Fake news e regulação. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

13. CUEVA, Ricardo Villas Bôas. "Alternativas para a remoção de fake news das redes sociais". In: ABBOUD, Georges; Nery Jr., Nelson; CAMPOS, Ricardo (org.). Fake news e regulação. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

14. SILVEIRA, Marilda de Paula. As novas tecnologias no processo eleitoral: existe um dever estatal de combate à desinformação nas eleições. In: ABBOUD, Georges; Nery Jr., Nelson; CAMPOS, Ricardo (org.). Fake news e regulação. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. p. 191.

15. BRASIL. **Lei nº 1.164, de 24 de julho de 1950.** Institui o Código Eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1164.htm. Acesso em: 6 fev. 2020.

16. BRASIL. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965.** Institui o Código Eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4737.htm. Acesso em: 8 fev. 2020.

17. PIMENTEL, Alexandre Freire. Propaganda eleitoral: poder de polícia e tutela provisória nas eleições. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.175.

18. BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997.** Estabelece normas para as eleições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em: 12 fev. 2020.

19. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso em Representação nº 121177. Relator: Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, 23 de setembro de 2014. Disponível em: file:///C:/Users/Cliente/Desktop/Nubia/PDF956_004.PDF. Acesso em: 2 fev. 2020.

20. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 367516. Relator: Ministro Henrique Neves da Silva, 26 de outubro de 2010. Disponível em:

https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23282014/representacao-rp-367516-df-tse. Acesso em: 15 fev. 2020.

21. JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; Rodrigues, Marcelo Abelha. Curso de Direito Eleitoral. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. p. 574-575.

22. MERGULHÃO, Danilo Rafael da Silva; MERGULHÃO JUNIOR, José Claudio Oliveira; ALBUQUERQUE, Paula Falcão. Post-Truth, fake news e processo eleitoral. Revista de Estudos Eleitorais de Recife, Recife, v. 2, n. 4, p. 1-87, 2018.

23. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Portaria nº 949, de 7 de dezembro de 2017. Institui o Conselho Consultivo sobre Internet e Eleições. Disponível em: **http://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/prt/2017/portaria-no-949-de-7-de-dezembro-de-2017**. Acesso em: 3 mar. 2020.

24. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. TSE promove seminário sobre propaganda eleitoral: evento abordará temas que impactarão as Eleições de 2018. Brasília, 18 abr. 2018. Disponível em: http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Abril/tse-promove-seminario-sobre-propaganda-eleitoral. Acesso em: 1 fev. 2020.

25. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. TSE e União Europeia realizam primeiro seminário internacional sobre fake News: Evento reunirá alguns dos principais especialistas brasileiros e europeus e busca intercâmbio de informações e experiências sobre o tema. Brasília, 19 jun. 2018. Disponível em: http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Junho/tse-e-uniao-europeia-realizam-primeiro-seminario-internacional-sobre-fake-news. Acesso em: 14 jan. 2020.

26. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Eleições 2018: TSE e partidos firmam acordo de não proliferação de notícias falsas: Termo de compromisso foi assinado por representantes de dez legendas durante reunião realizada na sede do Tribunal, em Brasília. Brasília, 5 jun. 2018. Disponível em: http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Junho/eleicoes-2018-tse-e-partidos-firmam-acordo-de-nao-proliferacao-de-noticias-falsas. Acesso em: 3 fev. 2020.

27. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. TSE firma novas parcerias com entidades e empresas para combater notícias falsas: acordos com associações do setor de comunicação, Google e Facebook ampliam rede de apoio

às iniciativas contra a desinformação. Brasília, 28.06.2018. Disponível em: http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Junho/tse-firma-novas-parcerias-com-entidades-e-empresas-para-combater-noticias-falsas. Acesso em: 28 jan. 2020.

28. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Especialistas em marketing político vão colaborar no esforço contra disseminação de notícias falsas: integrantes do Camp, entidade que reúne profissionais do segmento, assinaram hoje (19/06) termo de compromisso com o TSE com foco nas eleições deste ano. Brasília, 19 jun. 2018. Disponível em: http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Junho/especialistas-em-marketing-politico-vao-colaborar-com-tse-no-esforco-contra-disseminacao-de-noticias-falsas. Acesso em: 4 jan. 2020.

FAKE NEWS: UMA EPIDEMIA ANTIDEMOCRÁTICA

Rogério Medeiros Garcia de Lima
Tribunal de Justiça de Minas Gerais
Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

1. INTRODUÇÃO

Este artigo enfoca as ***fake news***. São uma verdadeira epidemia do mundo contemporâneo, alastrada em detrimento dos regimes democráticos.

Fui impactado pela leitura do famoso livro ***Como morrem as democracias***, de Steven Levitsky e Daniel Ziblatt. (1) Os autores assinalam que, até poucas décadas passadas, governos eram derrubados pela violência armada; hoje, regimes democráticos sucumbem nas mãos de líderes eleitos.

Uma das maneiras de solapar a democracia é a manipulação dos eleitores, com emprego de técnicas de desinformação. Entre estas, destaca-se a disseminação de notícias falsas (*fake news*), mediante o uso maciço das redes sociais na *internet*.

Essas técnicas são usadas desde as campanhas eleitorais e seu emprego persiste durante o desempenho dos governos, com vistas à perpetuação dos governantes no exercício do poder.

A literatura especializada muito se preocupa com a influência da desinformação na derrocada dos regimes democráticos, mas não enfatiza, como necessário, os meios de combatê-la.

Combater os nefastos efeitos da desinformação para a democracia brasileira é fortalecer o princípio da soberania popular, insculpido no parágrafo único do artigo 1º da Constituição da República de 1988:

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

Somente cidadãos instruídos e bem informados votarão conscientemente, o que legitimará governantes e legisladores comprometidos com a **dignidade da pessoa humana**, fundamento maior da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III, da Constituição de 1988).

2. OBJETIVO

O objetivo deste artigo é demonstrar que o combate adequado à desinformação – notadamente às ***fake news*** - evitará a morte dos regimes democráticos, no mundo contemporâneo.

3. MÉTODO

Abordarei o tema também inspirado pela minha experiência como desembargador vice-presidente (2018-2019) e presidente (2019-2020) do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais.

Enfrentei *in loco* as agruras das eleições gerais brasileiras de 2018. Eleições consideradas disruptivas, porque dotadas de peculiaridades jamais vistas na história eleitoral do Brasil. Notadamente a proliferação generalizada de discursos de ódio e a disseminação de *fake news*, em todos os níveis da disputa.

Isso representa o lado nefasto da chamada "quarta revolução industrial", que incrementou a tecnologia digital.

Partirei da conceituação de democracia e Estado Democrático de Direito e desaguarei na análise da derrocada da democracia no Brasil e no mundo.

Realizei pesquisas em livros e artigos científicos, a partir do método dedutivo, na vertente político-sociológica.

Adotei como marco teórico a teoria do declínio democrático em escala planetária, a partir da precitada obra de Steven Levitsky e Daniel Ziblatt.

Mas não descuidei de incluir dados da realidade nacional e mundial, atento à metodologia inaugurada por Nicolau Maquiavel, em ***O Príncipe*** (1513):

*"O ponto essencial do método de MAQUIAVEL é o da observação da realidade: 'pareceu-me mais conveniente ir direito à verdade efetiva das coisas (**la verità effectuale dela cosa**) do que à sua imaginação' (**O Príncipe**)".* (2)

4. DEMOCRACIA

A pessoa humana, consoante Aristóteles, é um animal racional e político:

"Nos distinguimos por la razón, porque somos capaces de pensar y de reflexionar acerca de lo que hacemos y sobre todo de asombrarnos, perguntarnos 'por qué' son el principio de la filosofia. Y luego, somos animales políticos, es decir, tenemos que habitar en una polis, con los demás. No hay indivíduos que puedan vivir solos porque todos tenemos lenguaje, somos seres simbólicos y por tanto, un ser que tiene un lenguaje que él *no ha inventado, necesita de los otros seres para compartir ese mundo de símbolos con ellos".* (3)

Entre as formas de governo concebidas para a convivência das pessoas em sociedade, a que se demonstrou superior é a **democracia**.

Abraham Lincoln a concebia como *"o governo do povo, pelo povo e para o povo"*. (4)

Na mesma esteira, tornaram-se célebres outras citações (5):

"Se houvesse um povo de deuses, esse povo se governaria democraticamente" (Jean Jacques Rousseau, *O Contrato Social*).

"A democracia é a pior de todas as formas imagináveis de governo, com exceção de todas as demais que já se experimentaram" (Winston Churchill).

O político brasileiro Otávio Mangabeira dizia que *"a democracia é uma plantinha tenra, que deve ser regada todos os dias"*. (6)

Democracia é conceito histórico, explica o constitucionalista brasileiro José Afonso da Silva:

"Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do evolver social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um ***processo*** *de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história.*

"Nesse processo vai-se configurando também a noção histórica de povo, pois como adverte Burdeau, 'se é verdade que não há democracia sem governo do povo pelo povo, a questão importante está em saber o que é preciso entender por povo e como ele governa' (cf. ***Traité de science politique****). A concepção de povo tem variado com o tempo, 'porque, se sempre é o povo quem governa, não é sempre o mesmo povo' (cf. Burdeau,* ***La democracia****). Por isso é que democracia da antiguidade grega não é a mesma dos tempos modernos; nem a democracia burguesa capitalista*

corresponde à democracia popular. Voltaremos a especificações ulteriores, mas, com essas observações preliminares, é que podemos aceitar a concepção de Lincoln de que a ***democracia****, como regime político, é governo do povo, pelo povo e para o povo. Podemos, assim, admitir que* ***a democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo****. Diz-se que é um processo de convivência, primeiramente para denotar sua historicidade, depois para realçar que, além de ser uma relação de poder político, é também um modo de vida, em que, no relacionamento interpessoal, há de verificar-se o respeito e a tolerância entre os conviventes"* (negritos no original). (7)

Por definição, democracia é o regime onde não podem deixar de existir o desacordo, o protesto e o questionamento de situações consolidadas. (8)

Conforme Norberto Bobbio, o regime democrático tem um aspecto procedimental para a tomada de decisões:

"Os ensinamentos de (Hans) Kelsen, jurista, estudioso em particular do direito público e do direito internacional, que escrevera uma obra de grande difusão sobre a essência da democracia, serviram-me também para considerar os problemas do governo democrático do ponto de vista de suas regras constitutivas que permitem dar uma definição processual ou metodológica, segundo a qual o que caracteriza os governos democráticos é um conjunto de regras de organização que permitem aos cidadãos tomarem decisões coletivas vinculadoras para todos através de mecanismos de formação de um livre convencimento e de manifestação direta ou indireta desse convencimento". (9)

Importante característica dos regimes democráticos – também apontava o filósofo italiano – é a adoção do caráter público como regra e do segredo como exceção:

"Que todas as decisões e mais em geral os atos dos governantes devam ser conhecidos pelo povo soberano foi considerado um dos eixos do regime democrático, definido como o governo direto do povo ou controlado pelo povo (e como poderia ser controlado se se mantivesse escondido?). Mesmo quando o ideal da democracia direta foi abandonado como anacrônico, com o nascimento do grande estado territorial moderno (mas também o pequeno estado territorial não é mais um estado-cidade), e foi substituído pelo ideal da democracia representativa – já perfeitamente delineado, exatamente em polêmica com a democracia dos antigos, numa carta de Madison a seus interlocutores -, o caráter público do poder, entendido não como secreto, como aberto ao 'público', permaneceu como um dos critérios fundamentais para distinguir o estado constitucional do estado absoluto e, assim, para assinalar o nascimento ou renascimento do poder público, em público". (10)

5. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ao longo da História das sociedades, vigoraram três paradigmas básicos de organização política: o ***Estado de Direito***, o ***Estado de Bem-Estar Social*** e o ***Estado Democrático de Direito***.

O primeiro paradigma, também chamado ***Estado Liberal***, tem como princípio basilar a ***legalidade***. A teoria dos três poderes, consolidada por Montesquieu, fundamenta o Estado Liberal, coibindo o arbítrio dos governantes e oferecendo segurança jurídica para os governados. É o Estado legalmente contido, também chamado, por isso, ***Estado de Direito***. (11)

Com o advento da Revolução Industrial, surgem necessidades sociais, as quais ficam mais evidenciadas, posteriormente, pelos sucessivos movimentos socialistas. Demonstram, com clareza, que não basta ao ser humano o atributo da liberdade. Há um imperativo

maior, que é a própria condição de usufruir dessa liberdade, ou seja, a condição socioeconômica capaz de admiti-lo como pessoa humana. (12)

Diante da crise econômica do primeiro pós-guerra, o Estado foi premido, pela sociedade, a assumir papel ativo, seja como agente econômico (instalando indústrias, ampliando serviços, gerando empregos, financiando atividades), seja como intermediário na disputa entre poder econômico e miséria (defendendo trabalhadores em face de patrões, consumidores em face de empresários).

A partir das Constituições do México (1917) e de Weimar (1919), os modernos textos constitucionais incorporaram as novas preocupações: desenvolvimento da sociedade e valorização dos indivíduos socialmente inferiorizados. O Estado abandonou o papel não intervencionista para assumir postura de agente do desenvolvimento e da justiça social. Eis o ***Estado Social***. (13)

Superada a fase inicial, o Estado de Direito incorporou, paulatinamente, instrumentos democráticos, permitindo a participação do povo no exercício do poder e guardando coerência com o projeto inicial de controlar o Estado. A evolução culmina no ***Estado Democrático de Direito***, com as seguintes características: a) criado e regulado por uma Constituição; b) onde os agentes públicos fundamentais são eleitos periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de deus deveres; c) onde o poder político é exercido, em parte diretamente pelo povo, em parte por órgãos estatais independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros; d) onde a lei produzida pelo Legislativo é necessariamente observada pelos demais Poderes; e e) onde os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos, podem opô-los ao próprio Estado. (14)

6. FRANCIS FUKUYAMA E O SUPOSTO TRIUNFO DA DEMOCRACIA LIBERAL

O ano de 1989 mudou o curso histórico global. Foi derrubado o Muro de Berlim e ruíram a União Soviética e demais regimes comunistas do Leste Europeu.

Naquela época, Francis Fukuyama escreveu sobre o "fim da história". Triunfaram, segundo o autor norte-americano, a democracia e o livre-mercado.

Expandiu-se a globalização, diante dos avanços tecnológicos nos transportes e nas comunicações. Ampliaram-se o comércio e investimento internacionais; coordenou-se a macroeconomia; e circularam mais livremente bens, capitais, pessoas e formas comuns de ver e sentir o mundo.

No entanto, após a grave crise econômica mundial de 2008, essas frentes foram questionadas e surgiu uma voga "desglobalizante":

"Está posta à prova, sobretudo, a globalização dos valores, aquela ideia dos anos 1990 de que democracia representativa e economia de mercado eram os melhores parâmetros para a organização da sociedade". (15)

Especialmente nos países ibero-americanos, a democracia é uma quimera, conforme a lição de Octavio Paz:

"Descendemos da cultura espanhola e portuguesa, que se apartara da corrente geral europeia precisamente quando a modernidade se iniciava. Durante os séculos XIX e XX, o continente latino-americano adotou sucessivos projetos de modernização, todos eles inspirados no exemplo norte-americano e europeu, sem que até agora nenhum de nossos países se possa dizer com inteira propriedade ***moderno****. (...)*

"Durante a dominação hispano-portuguesa, nossos países viveram à margem do mundo, num isolamento que, como assinalou o historiador O'Gorman, foi fatal para nossa educação política. (...)

"Para nós, latino-americanos, a evolução da Espanha e de Portugal é um fato de grande significação histórica. Muitas vezes se disse que o fracasso da democracia na Espanha e em Portugal, assim como em suas antigas colônias, era consequência de seu passado. Nossos povos não viveram a Reforma protestante e quase não conheceram o Iluminismo, isto é, não participaram dos grandes movimentos espirituais que prepararam a instauração das democracias modernas" (negrito no original). (16)

7. COLAPSO DA DEMOCRACIA

O economista espanhol Luis Garicano sustenta que – independentemente de sermos liberais ou marxistas - aceitaremos que fatores econômicos geram ansiedade nas sociedades democráticas contemporâneas. Menciona vários deles: irrupção da China no comércio mundial e redução dos empregos industriais nos países ocidentais; estancamento da empregabilidade de grande parte da população, por razões tecnológicas relacionadas à automação e à inteligência artificial; desaparecimento das tarefas rotineiras, também como corolário da automação e do uso da inteligência artificial; contratações concentradas nos "super-astros" de cada profissão, como consequência dos enormes avanços na tecnologia da comunicação; concentração do poder de mercado em um número cada vez menor de empresas, por causa das novas tecnologias; e desaparecimento de parte das bases tributárias da economia, em razão da crescente mobilidade de capitais e da guerra fiscal entre os países.

As classes médias – prossegue - temem que o futuro não seja tão promissor como previam. Diminuiu a capacidade das políticas tradicionais de redistribuir e reduzir os custos da transição, suportados pelos "perdedores da globalização".

Os cidadãos percebem a situação como perda de controle sobre as suas vidas e o seu futuro. Observam que a *Apple* ou a *Amazon*

não pagam impostos, mas os governos lhes dizem que não podem fazer nada a respeito; observam o crescimento da incerteza, porém a resposta é a mesma: *"isso é o que temos"*; observam as sucessivas crises migratórias, mas os governos também respondem que não podem controlar as fronteiras; observam que, após uma grande crise financeira, muitos dos seus responsáveis não suportam custo algum. Em muitos casos, nem os governos e nem a Justiça cobram responsabilidades pelos volumosos resgates; e finalmente observam como permanecem impunes escândalos de corrupção, o que mina sua confiança no sistema.

Nessa conjuntura - conclui Garicano - os eleitores são seduzidos pelas falácias do *Brexit*, de Donald Trump, Viktor Orbán e outros políticos. Os líderes nacional-populistas prometem dar respostas simples à sua ansiedade. Oferecem uma nova política tribal. Prometem restabelecer o controle das fronteiras, recuperar o controle da globalização e restringir a redistribuição de benesses apenas aos membros da tribo. Em oposição à razão da ordem liberal, baseada no direito, volta a emergir o nacionalismo, que acreditávamos haver enterrado para sempre. (17)

Até um passado recente – lembram Steven Levitsky e Daniel Ziblatt - golpes de Estado militares derrubavam governos. Hoje, democracias morrem nas mãos de líderes eleitos.

Depuseram o presidente egípicio Mohamed Morsi, em 2013, e a primeira-ministra tailandesa Yingluck Shinawatra, em 2014. Nesses casos, a democracia se dissolveu de um modo espetacular, mediante coação e aparato militar.

No entanto, existe outra maneira de fraturar uma democracia. Um modo menos dramático, mas igualmente destrutivo. As democracias podem fracassar não mais pelas mãos de generais, mas de líderes eleitos. Presidentes ou primeiros-ministros, que subvertem o próprio processo que os alçou ao poder.

Alguns desses dirigentes desmantelam a democracia com rapidez, como fez Hitler na esteira do incêndio do *Reichstag* na Alemanha, em 1933. Todavia, as democracias costumam se decompor lentamente: dirigentes eleitos pelo voto popular subvertem as instituições democráticas, a exemplo da Venezuela de Hugo Chávez, Geórgia, Sri Lanka, Turquia e Ucrânia. O retrocesso democrático começa nas urnas.

Muitas medidas governamentais antidemocráticas são "legais", porque aprovadas pelas assembleias legislativas e tribunais. São "vendidas" à população como ações para aumentar a eficácia do Poder Judiciário, combater a corrupção ou sanear o sistema eleitoral.

A imprensa segue atuante, porém subornada e a serviço do governo, quando não submetida a pressões que levam à autocensura. (18)

No caso do Brasil, observou o cientista político Bolívar Lamounier:

"A democracia brasileira é uma construção paulatina, um processo que remonta ao século 19, que ainda se depara com obstáculos portentosos. Deixando de lado, por óbvias, as questões sociais, o obstáculo mais importante parece-me ser o ideológico. Ideológico, filosófico ou que outro nome se lhe queira dar. Parcelas consideráveis de nossa sociedade se recusam a entender que estamos 'condenados' à democracia; que a democracia, necessariamente representativa, tem como fundamento a filosofia política liberal; e que um dos componentes centrais do liberalismo político é o comedimento". (19)

Relatório divulgado pela Universidade de Cambridge aponta:

"Mais da metade da população do mundo está insatisfeita com o sistema democrático, atingindo o nível mais alto em 25 anos, desde que a série 'Global satisfaction with democracy' ('Satisfação global com a democracia', em tradução literal) passou a ser realizada. O índice de insatisfação, verificado em 154 países, aumentou quase 10% desde a década de 90, tendo alcançado a marca recorde de 57,5% no ano passado, aponta o relatório. Entre as razões indicadas estão a crise econômica de

2008, a crise de refugiados, a *polarização política* e a falta de resposta dos governos para problemas econômicos e sociais.

"Em democracias mais populosas, o índice de insatisfação é ainda maior, dizem os pesquisadores.

"No Brasil, por exemplo, menos de 20% das pessoas estão satisfeitas com o regime político. Estados Unidos, Nigéria e México também encabeçam a lista.

"Ainda de acordo com o relatório, a ascensão de líderes populistas seria mais uma consequência do que uma causa da perda de legitimidade da democracia". (20)

Jorge Castañeda comentou o fracasso da esquerda em países latino-americanos, como Brasil, Venezuela e outros. Negligenciaram a corrupção:

"Pareciam acreditar que a corrupção era algo totalmente alheia a ela. A esquerda não seria corrompida porque era pobre, era honesta porque veio do povo, e o povo é honesto. Era transparente porque veio de lutas contra a ditadura, e ditaduras são o contrário disso. A esquerda acreditou que corrupção não era com ela, era um problema para as elites latino-americanas. Não é verdade. Corrupção é algo tão enraizado no continente que todos somos vulneráveis". (21)

8. BRASIL: ELEIÇÃO DISRUPTIVA EM 2018

A eleição geral brasileira de 2018 foi um verdadeiro "tsunami". (22) Na adequada expressão do jornalista e escritor Pedro Doria, foi uma "eleição disruptiva":

"Esta eleição de 2018 é disruptiva em muitos sentidos. Ouvi a expressão, tão utilizada no Vale do Silício, do cientista político Sergio Abranches em uma conversa na semana passada. Quando aplicada à indústria, disrupção é o processo pelo qual uma inovação vira o modelo

de negócios de cabeça para baixo, tinge de vermelho as planilhas, provoca demissões em massa e, no fim, reinventa por completo a maneira como a coisa era feita.

"A eleição que alçou Bolsonaro ao poder não é disruptiva apenas porque mudou a maneira de eleger um político, tornando o horário eleitoral inútil, e o tamanho do partido idem. Ela é disruptiva por ser o primeiro sinal claro de que a população brasileira está sentindo na pele os efeitos da transformação digital da vida. (...)

"Para uma população perdida, realmente desorientada perante as mudanças do mundo, nada como um candidato que representa o pai rigoroso que porá tudo em ordem. Tudo enquanto fala a língua do momento, em favor do empreendedorismo e via WhatsApp". (23)

9. ÁPICE DA VIOLÊNCIA

Estou há três décadas na carreira da magistratura do Estado de Minas Gerais. Atuei em inúmeras eleições e jamais testemunhei um pleito tão conturbado como o de 2018.

Os nervos estiveram à flor da pele. E não somente entre candidatos e sectários políticos, pois brigaram entre si familiares, amigos, colegas, vizinhos e até desconhecidos. Os embates eram travados pessoalmente ou pelas redes sociais.

O antropólogo Roberto DaMatta assinalou:

"É normal que o período eleitoral apaixone. Não é, porém, normal que se transforme numa batalha bíblica entre anjos e demônios". (24)

Pior, durante a campanha eleitoral sobreveio o grave atentado: o então candidato à presidência da República, Jair Bolsonaro, foi esfaqueado em Juiz de Fora-MG, no dia 6 de setembro de 2018, durante uma caminhada com os seus apoiadores. (25)

10. Influência das redes sociais

A escalada para a "autogestão eleitoral" dos cidadãos e cidadãs votantes é devida ao incremento das redes sociais na *internet*.

O sociólogo espanhol Manuel Castells - consagrado estudioso do tema, em nível global - sustenta que o poder está baseado no controle da informação e da comunicação. Pode ser exercido pelo Estado, mídia, corporações e outras organizações sociais. (26)

Em 2011, a capital Madri e várias cidades da Espanha foram palco de agitadas manifestações dos "indignados". Os manifestantes – jovens estudantes, sobretudo – reivindicavam dos poderes públicos o respeito a direitos básicos, tais como habitação, emprego, cultura, saúde, educação, participação política, livre desenvolvimento pessoal e consumo dos bens necessários para uma vida saudável e feliz. (27)

Com o advento das redes sociais, os "contrapoderes" hoje se articulam rápida e eficazmente. As tecnologias da comunicação abriram novas possibilidades de aperfeiçoamento democrático. Indivíduos e multidões passaram a ter voz ativa. Não dependem mais de intermediários para se articular e manifestar. A indignação levou as sociedades a superar o medo que as mantinha inertes. (28)

Em diversas capitais brasileiras, no ano de 2013, houve também massivos protestos contra o governo da então presidente da República Dilma Rousseff. O aumento das tarifas de transporte na cidade de São Paulo desencadeou as manifestações. (29)

Escândalos rumorosos de corrupção no governo federal, grave crise econômica e o *impeachment* da presidente Dilma alimentaram forte sentimento de indignação no seio da sociedade brasileira.

Ainda assim, todos estávamos desprevenidos quanto à sua repercussão nas eleições de 2018.

O filósofo e escritor Hélio Schwartsman considera as manifestações coletivas pelas redes sociais uma "patologia do pensamento de grupo":

"O que aconteceu que fez com que a disputa deste ano rompesse uma tendência observada nas quatro últimas eleições brasileiras e em centenas de outros pleitos majoritários ao redor do mundo?

"Talvez tenhamos sucumbido ao que a literatura psicológica chama de patologias do pensamento de grupo, que ocorrem quando o desejo de uma dada comunidade por harmonia e entendimento deixa de ser avaliado criticamente e degenera em decisões coletivas disfuncionais.

"Essas patologias assumem várias formas. Uma é a polarização. Junte um punhado de gente com opiniões semelhantes, deixe-os conversando por um tempo e o grupo sairá com convicções mais parecidas e mais radicais.

"Outra manifestação é a animosidade. Se você puser um corintiano e um palmeirense para discutir futebol numa sala, eles discordarão, mas se tratarão com civilidade. Entretanto, se você colocar cem de cada lado, aumentam as chances de que se troquem socos, pontapés e até facadas.

"Há, ainda, a conformidade. Grupos tendem a suprimir o dissenso. Censuram dúvidas que membros possam nutrir e ignoram evidências que contrariem seus dogmas. Esse elemento transforma nosso debate eleitoral numa sucessão de monólogos imunes a quaisquer evidências.

"É tênue a linha que separa a sabedoria das multidões da alucinação coletiva". (30)

A discriminação racial e a xenofobia – praticadas outrora em muitos países - converteram-se em crimes, após a Segunda Guerra Mundial e a Declaração Universal de Direitos Humanos.

Sete décadas passadas, os episódios de racismo e xenofobia voltaram em abundância nas denominadas "sociedades avançadas". Movimentos extremistas, xenófobos e racistas regressaram aos parlamentos e empolgaram o poder.

Certas patologias afetam pessoas e as levam a cometer esses delitos. (31)

Leandro Karnal atribui ao ódio a função de aplainar as diferenças dentro dos grupos:

"O ódio, como vários ditadores bem notaram, serve como ponto de união e controle. O ódio é gêmeo do medo, e pessoas com medo cedem fácil sua liberdade de pensamento e ação. (...)

"O ódio é uma interrupção do pensamento e uma irracionalidade paralisadora. Como pensar é árduo, odiar é fácil. Se a religião é o ópio do povo para Marx, o ódio é o ópio da mente. Ele intoxica e impede todo e qualquer outro incômodo.

"Por fim, o ódio tem um traço do nosso narciso infantil. O mundo deve concordar conosco. Quando não concorda, está errado. Somos catequistas porque somos infantis. A democracia é boa sempre que consagra meu candidato e minha visão de mundo. A democracia é ruim, deformada ou manipulada quando diz o contrário. Todo instituto de pesquisa é comprado quando revela algo diferente do meu desejo". (32)

11. NOCIVA INTERFERÊNCIA DAS *FAKE NEWS*

A desinformação é uma realidade das sociedades contemporâneas:

"Léon Paliakof, no seu ***Ensaio sobre a desinformação****, assim a define: 'A desinformação não é somente a mentira, a propaganda, a lavagem do cérebro, o fabrico de notícias falsas, a censura, a omissão. Ela engloba, certamente, todas essas técnicas, e a elas acrescenta um refinamento: fazer aparecer como emanado do próprio adversário a informação falsa em prejuízo da sua causa"*. (33)

O desenvolvimento das novas tecnologias agrava a ameaça de desinformação:

"As recentes e poderosas técnicas a serviço da informação, ao lado do progresso científico e as esperanças do desenvolvimento da cultura,

representavam um perigo dos maiores, ante esta força excepcional que manipula e manobra as informações, que difunde as opiniões e as ideias, mas que pode oficializar a mentira, fabricar notícias falsas, construir e destruir personalidades, sociedades e Estados". (34)

No mundo ficcional, o livro ***1984***, de George Orwell, publicado em 1949, mostra uma sociedade dominada pelo partido único, com manipulação da informação, negação da realidade e divulgação deliberada de mentiras:

"O partido controla todas as fontes de informação, reescrevendo jornais e livros, de modo que os cidadãos não tenham nenhum registro da história, a qual pode, assim, ser livremente modificada. (...)

"O controle da informação, concebido pela imaginação de Orwell, remete às chamadas ***fake news****, expressão que se popularizou após eleições presidenciais de 2016 nos Estados Unidos, representativa de um dos mais sérios abusos da liberdade de expressão, constituindo uma séria ameaça para a própria democracia".* (35)

A propagação de informação falsa, deturpada ou enganadora não é um fenômeno novo, mas atingiu um nível de virulência que o transforma numa das mais prementes ameaças às sociedades livres, plurais e democráticas:

"Ao longo da História encontram-se inúmeros exemplos de ***fake news*** *('notícias falsas') com amplitude mundial, sobretudo em período de guerras e no âmbito de regimes ditatoriais ou totalitários. A novidade reside essencialmente na forma de difusão: mais fácil, mais veloz, mais incontrolável. Acresce a exponenciação da capacidade de dissimular a respectiva autoria ou origem, além da propagação instantânea à escala global. (...)*

"Retrocedendo até à época do Império Romano, por exemplo, deparamos com uma campanha de propaganda e desinformação movida por Caio Otávio contra Marco Antônio, em luta pelo poder na sequência do assassínio de Júlio César. O objetivo de Caio Otávio consistia

em manchar a reputação de Marco Antônio, 'utilizando frases curtas e incisivas escritas em moedas, uma espécie de ***tweets*** *arcaicos. Segundo a sua tese, Marco Antônio era um soldado romano que tinha enveredado por maus caminhos: um mulherengo e um bêbado que não era feito para liderar e muito menos para dirigir a nação. Mais importante, afirmou que Marco Antônio havia sido corrompido pelo seu caso amoroso com Cleópatra, líder de um país estrangeiro' (Izabela Kaminska, 'A lesson in* ***fake news*** *from the info-wars of ancient Rome',* ***Financial Times****, 17/01/2017).*

*"Ora, 'como fantoche de Cleópatra, ninguém podia ter a certeza sobre se Marco Antônio era verdadeiramente leal a Roma ou se a sua lealdade estava com o Egito, uma nação que desde há muito resistia à romanização'. Caio Otávio provou ser o mais hábil propagandista e assim se abriu o caminho 'para sua reinvenção como Augusto, o primeiro Imperador de Roma. As notícias falsas tinham permitido a Caio Otávio subverter o sistema republicano de uma vez por todas' (****Ibidem****)".* (36)

Na época de Nero (37-68 d.C.), tresloucado imperador romano, Roma foi devastada por um grande incêndio (64 d.C.). O imperador atribuiu aos cristãos a responsabilidade pela catástrofe e deu início à perseguição aos primeiros seguidores de Cristo, os quais passaram a ver em Nero o Anticristo. (37)

Bem antes do advento das redes sociais, *as fake news* já eram utilizadas de forma profissional pela KGB, a polícia secreta da antiga União Soviética, para enfraquecer inimigos:

"Um documentário realizado pelo jornal ***The New York Times*** *(NYT) desvendou os bastidores da produção de desinformação em plena Guerra Fria. Intitulado* ***Operation Infektion****, narra os esforços da secreta russa para espalhar pelo mundo a primeira* ***fake news*** *à escala global: a de que a aids foi inventada pelos Estados Unidos em um laboratório. (...)*

"A máquina de propaganda soviética mobilizou-se em bloco para disseminar a informação. Valeu tudo: cartazes, folhetos, programas de rádio, jornais. Tudo. Até que a notícia chegou aos ***media*** *acidentais: os britânicos* ***Sunday Express*** *e o* ***Daily Telegraph*** *atribuíram-lhe credibilidade. E nos Estados Unidos, o principal alvo soviético, a cadeia televisiva CBS também debateu o tema, no que foi secundada por críticos do governo e da CIA".* (38)

12. MODERNIDADE LÍQUIDA E PÓS-VERDADE

O sociólogo polonês Zygmunt Bauman criou o conceito de "modernidade líquida":

"É assim que ele se refere ao momento da História em que vivemos. Os tempos são 'líquidos' porque tudo muda tão rapidamente. Nada é feito para durar, para ser 'sólido'. Disso resultariam, entre outras questões, a obsessão pelo corpo ideal, o culto às celebridades, o endividamento geral, a paranoia com segurança e até a instabilidade dos relacionamentos amorosos. É um mundo de incertezas. E cada um por si. 'Nossos ancestrais eram esperançosos: quando falavam de 'progresso', se referiam à perspectiva de cada dia ser melhor do que o anterior. Nós estamos assustados: 'progresso', para nós, significa uma constante ameaça de ser chutado para fora de um carro em aceleração'. (39)

Conforme o filósofo espanhol José Carlos Ruiz, somos bombardeados diariamente por um excesso de informações. Repentinamente, atingem-nos milhares de manchetes, notificações, acontecimentos e de opiniões que parecem verdades. Estamos na era da ***"pós-verdade"***. Nessa conjuntura, os fatos objetivos influem menos nas convicções do que os apelos às emoções e as crenças pessoais. É o melhor instrumento que a mentira tem a seu serviço:

"Son las nuevas técnicas para mentir que *han llegado a perfeccionarse, sobretodo por médio del uso de las redes sociales. (...)*

"La posverdad, es decir, una mentira bien contada, que aporte sensación de verdad y que acuda diretamente a movilizar el lado emocional del ser humano, es más rentable que cualquier verdad de cara a forjar opiniones. Y para esta porsverdad se están fabricando una serie de mecanismos y de instrumentos que están facilitando la expansión de la misma por todas as partes". (40)

Post-truth (pós-verdade) é uma expressão *"referente a circunstâncias nas quais os fatos objetivos são menos influentes na opinião pública* do que as emoções e as crenças pessoais". Em 2016, foi considerada a palavra do ano para o *Dicionário Oxford*, que constatou que o seu uso cresceu no "contexto do referendo britânico sobre a União Europeia e nas eleições presidenciais dos Estados Unidos", até converter-se em um termo comum nas análises políticas:

*"Segundo o **Oxford**, o termo foi utilizado pela primeira vez em um artigo de Steve Tsich, publicado em 1992 na revista **The Nation**, no qual ele falava sobre a primeira Guerra do Golfo. Tsich lamentava que 'nós, como povo livre, decidimos livremente que queremos viver em uma espécie de mundo da pós-verdade', ou seja, um mundo no qual a verdade não é mais tão importante ou relevante.*

*"O **Oxford** cita um artigo do **Independent**, publicado antes das eleições americanas, que afirma que, depois das eleições, passamos a viver na sociedade da pós-verdade: 'A verdade desvalorizou-se tanto que passou de ideal ao debate político a uma moeda sem valor'. Outro texto, do **The Economist**, com o título 'A arte da mentira', diz que 'Trump é o principal expoente da política da pós-verdade, que se baseia em frases que 'passam a sensação de serem verdadeiras', mas que não têm nenhuma base real'"*. (41)

13. HABERMAS, ESFERA PÚBLICA E AÇÃO COMUNICATIVA

O filósofo alemão Jürgen Habermas considera a **esfera pública** essencial para a tomada de decisões políticas. Nela se processa uma **ação comunicativa** entre o Estado, agentes políticos, agentes econômicos e outros setores da sociedade civil. (42)

Conforme Habermas, o uso da linguagem é capaz de promover o entendimento entre os participantes de discussões a respeito do assunto a ser discutido, validade e legitimidade da participação de cada um e outros aspectos.

Assim, não é qualquer discussão que se transforma em uma ação comunicativa, na esfera pública. Há uma série de condições a ser respeitadas para que isso aconteça, por exemplo: todos podem falar livremente, sem constrangimento e coerção; cada pessoa deve respeitar o outro e seu direito de ter uma opinião diferente; e cada um deve, de antemão, mostrar-se disposto a ouvir o outro e a mudar de opinião. (43)

Lamenta Jürgen Habermas, todavia, porque atualmente a esfera pública, onde se destacaram grandes intelectuais, experimenta um acelerado processo de deterioração:

"(Os intelectuais) não podem existir, se já não há mais leitores aos quais continuar alcançando com seus argumentos. (...)

"Desde Heinrich Heine, a figura histórica do intelectual ganhou importância junto com a esfera pública liberal, em sua configuração clássica. No entanto, esta vive de certos pressupostos culturais e sociais inverossímeis, principalmente da existência de um jornalismo desperto, com meios de referência e uma imprensa de massa capaz de despertar o interesse da grande maioria da população para temas relevantes na formação da opinião pública. E também da existência de uma população leitora que se interessa por política e tem um bom nível educacional,

acostumada ao processo conflitivo de formação de opinião, que reserva um tempo para ler a imprensa independente de qualidade. Hoje em dia, essa infraestrutura não está mais intacta. Talvez, que eu saiba, se mantenha em países como Espanha, França e Alemanha. Mas também neles o efeito fragmentador da Internet deslocou o papel dos meios de comunicação tradicionais, pelo menos entre as novas gerações. Antes que entrassem em jogo essas tendências centrífugas e atomizadoras das novas mídias, a desintegração da esfera populacional já tinha começado com a mercantilização da atenção pública. Os Estados Unidos com o domínio exclusivo da televisão privada é um exemplo chocante disso. Hoje os novos meios de comunicação praticam uma modalidade muito mais insidiosa de mercantilização. Nela, o objetivo não é diretamente a atenção dos consumidores, mas a exploração econômica do perfil privado dos usuários. Roubam-se os dados dos clientes sem seu conhecimento para poder manipulá-los melhor, às vezes até com fins políticos perversos, como acabamos de saber pelo escândalo do Facebook". (44)

A desinformação - especialmente as *fake news* - contamina a racionalidade do discurso na esfera pública.

14. *FAKE NEWS* NAS ELEIÇÕES

Com o advento da *internet*, são disseminadas facilmente *fake news* nas campanhas eleitorais. (45)

O escritor colombiano Gabriel García Márquez escreveu o famoso romance ***Cem anos de solidão*** e foi laureado com o prêmio Nobel de Literatura.

Publicou ***O veneno da madrugada***, livro no qual descreveu a circulação de panfletos anônimos, durante a madrugada, em um fictício povoado colombiano. Os impressos atacavam a reputação de autoridades, religiosos, casais e outros habitantes da comunidade. (46)

Quando eu atuava como juiz eleitoral em pequenas cidades do interior de Minas Gerais, havia distribuição de panfletos semelhantes nas madrugadas antecedentes às eleições municipais.

Ofendiam a honra de candidatos a prefeito e – não raramente – interferiam de maneira ilícita nos resultados dos pleitos.

Era difícil identificar os autores da panfletagem.

Chamaríamos isso de "crime perfeito".

Portanto, sempre foram veiculadas inverdades para influenciar no resultado das eleições.

No pleito presidencial de 1945, atribuiu-se falsamente ao Brigadeiro Eduardo Gomes – até então candidato favorito – a declaração de que não precisava dos votos dos "marmiteiros" para ser eleito. Gomes perdeu a eleição para o General Eurico Dutra. (47)

Em 1989, o candidato Fernando Collor declarou enganosamente que o rival Luiz Inácio Lula da Silva, se vitorioso na eleição presidencial, "daria calote" nas cadernetas de poupança. Após vencer o pleito, o próprio Collor promoveu, de surpresa, o bloqueio dos depósitos bancários. (48)

Em 2006, foi a vez de Lula da Silva imputar inveridicamente ao concorrente Geraldo Alckmin a intenção de "privatizar a Petrobrás". A repercussão do falso projeto muito contribuiu para facilitar a reeleição do presidente Lula. (49)

Com muita perspicácia, o ministro Luiz Fux, presidente do Tribunal Superior Eleitoral, convocou a imprensa brasileira a colaborar na contraofensiva às *fake news*. (50)

Triste ironia: o sistema eletrônico de votação foi alvo de *fake news* – sobretudo no primeiro turno das eleições de 2018.

Houve muita tensão, inclusive ameaças e desacato a mesários e servidores da Justiça Eleitoral.

Como corregedor do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, concedi várias entrevistas para esclarecer a população. Pedi

que desconfiassem de quem manifesta nostalgia dos votos em cédulas impressas, sistema muito mais propício a fraudes; e confiassem na Justiça Eleitoral, pois ela busca garantir o voto secreto dos eleitores e apurar o resultado das eleições com lisura.

Fiz um duro pronunciamento em sessão da Corte Eleitoral, conforme noticiado:

"*O vice-presidente e corregedor do TRE, desembargador Rogério Medeiros, exaltou o trabalho dos juízes, servidores e colaboradores da Justiça Eleitoral, e energicamente reiterou todas as orientações já encaminhadas* aos juízes eleitorais para garantir um segundo turno mais tranquilo. Dentre as orientações, a recomendação de que os mesários, especialmente o presidente de mesa, usem de suas prerrogativas garantidas pelo Código Eleitoral para assegurar o cumprimento da lei nas seções eleitorais, ressaltando que aqueles eleitores, candidatos ou terceiros que desrespeitarem as regras deverão ser conduzidos às instituições de segurança. O desembargador garantiu que não admitirá os 'tumultos que verificamos no dia *7' e finalizou dizendo: 'não admito falta de respeito contra servidores honestos e dedicados*'". (51)

15. *FAKE NEWS*: COMO ENFRENTÁ-LAS

O grande desafio imposto pelas *fake news* é a velocidade e intensidade de sua propagação nas redes sociais e congêneres.

A Justiça Eleitoral não tem como prevenir de modo eficaz esse tipo de veiculação, durante as campanhas eleitorais. Coibi-la implica o risco de censurar a liberdade de expressão. Qual o remédio?

A contrainformação imediata e esclarecedora é excelente antídoto:

*"Se 'o remédio contra a mentira é a verdade', na expressão sintética de Rui Barbosa (**A Imprensa e Dever da Verdade**. S. Salvador,*

Bahia, 1929), é preciso utilizar este remédio, cada vez mais intensamente, criando condições para que ele seja geral e real". (52)

Jornalismo confiável e de qualidade é outra excelente arma contra a disseminação de notícias falsas.

Todavia, a imprensa brasileira falhou na cobertura do pleito de 2018, como apontou o jornalista J. R. Guzzo:

"A diminuição do público interessado em acompanhar o que a mídia lhe diz não começou agora, é claro. Há dez ou quinze anos a migração passou a ganhar volume — e não parou mais, por motivos que já foram explicados em milhões de palavras, a maioria delas, aliás, lida por bem pouca gente. Mas, pelo menos no caso do Brasil, provavelmente não tinha havido até esta última campanha eleitoral uma oportunidade tão clara de medir o tamanho da distância, a cada dia maior, que separa hoje o que a imprensa imprime ou põe no ar daquilo que existe nos corações, mentes e sentimentos da audiência. É um abismo. A mídia diz uma coisa. O público acha o contrário. A mídia anuncia que vão acontecer os fatos A, B e C. Não acontece nenhum dos três. A mídia quer que as pessoas façam isso ou aquilo. As pessoas fazem exatamente o oposto.

"Para que ficar tentando esconder a realidade? O que acaba de acontecer na eleição, muito simplesmente, foi o maior fiasco que os meios de comunicação brasileiros já viveram em sua história recente. É melhor assinar logo o boletim de ocorrência, admitir que alguma coisa deu horrivelmente errado e pensar, talvez, se não seria o caso de averiguar quais falhas foram cometidas. Por que a mídia ignorou a lista de desejos, claríssima, que a maioria da população estava apresentando aos candidatos? Por que não tentou, em nenhum momento, entender por que um número cada vez maior de eleitores se inclinava a votar em Jair Bolsonaro? Durante meses seguidos, os comunicadores brasileiros tentaram provar no noticiário que coisas trágicas iriam acontecer para todos se Bolsonaro continuasse indo adiante — mas nunca pensaram na possibilidade de que milhões de brasileiros estivessem achando que essas coisas trágicas, justamente essas, eram as que consideravam as mais certas para

o país. A mídia, na verdade, convenceu a si própria de que não estava numa cobertura jornalística, e sim numa luta do bem contra o mal. Em vez de reportar, passou a torcer e a trabalhar por um lado na campanha, convencida de ter consigo a 'superioridade moral'. Resultado: disputou uma eleição contra Jair Bolsonaro e perdeu, por mais de 10 milhões de votos de diferença". (53)

Alguns jornalistas permanecem insensíveis à desconfiança que passaram a despertar na opinião pública e mantêm visão distorcida da sua atividade:

"A imprensa não está contra esse ou aquele presidente. 'Imprensa é oposição. O resto é armazém de secos e molhados', já dizia Millôr Fernandes. Ao menos é assim que deveria ser. E, ao fazer oposição, vamos apanhar sempre". (54)

Precisamos remodelar urgentemente a maneira de produzir propaganda eleitoral. Foram quebrados paradigmas do *marketing* político na eleição passada:

"A propaganda eleitoral pela TV e rádio já não elege candidato. Sem receptor, inexiste comunicação. Marqueteiros terão de reaprender seu ofício. (...) Constata-se a força das redes sociais, não no sentido de puxar votos, mas para animar as militâncias com versões para os fatos. Quem lidou bem com as ferramentas digitais ganhou pontos. O impacto na produção de ***fake news*** *exigirá doravante controles rígidos"*. (55)

Consequentemente, o dinheiro perdeu influência:

"Os caciques e dirigentes das maiores siglas, repartindo recursos partidários entre os agraciados de sempre, tomaram um susto. Tradicionais figuras saíram de cena em quase todo o país, e poucos sobreviveram". (56)

Necessitamos de uma reforma legislativa que suprima o fundo eleitoral e o chamado "horário eleitoral gratuito" em redes de rádio e televisão, eis que oneram pesadamente os combalidos cofres da União sem resultado político útil.

Deve ser liberado o financiamento de campanhas eleitorais por empresas da iniciativa privada.

São relevantes as ações estratégicas do Tribunal Superior Eleitoral para combater a desinformação:

"Em maio (de 2019), o TSE realizou o Seminário Internacional Eleições e Fake News, com o apoio da União Europeia, que reuniu alguns dos maiores especialistas no tema para debater estratégias de combate à proliferação de notícias falsas no processo eleitoral.

"O evento contou com a participação de dirigentes do Facebook, do Google, do Twitter e do WhatsApp e de especialistas do FBI (Departamento Federal de Investigação dos EUA), da Polícia Federal, da Organização dos Estados Americanos (OEA) e do Poder Judiciário, além de representantes da imprensa, de universidades e de institutos de checagem nacionais e internacionais, entre outros convidados.

"No segundo semestre de 2019, a Corte lançou o Programa de Enfrentamento à Desinformação com Foco nas Eleições 2020, que conta hoje com 47 instituições parceiras, entre partidos políticos e entidades públicas e privadas. A iniciativa tem a finalidade de enfrentar os efeitos negativos provocados pela desinformação à imagem e à credibilidade da Justiça Eleitoral, à realização das eleições e aos atores envolvidos no pleito.

"Na ocasião do lançamento do programa, a presidente do TSE, ministra Rosa Weber, anunciou a veiculação de uma página na internet que reúne dados sobre a desinformação e, também, de um livro que é fruto dos debates ocorridos no Seminário Internacional. A *obra está disponível no Portal do Tribunal* na internet.

"Para 2020, serão priorizadas ações de educação midiática e informacional, com a finalidade de conscientizar os cidadãos acerca da desinformação, bem como de informar os eleitores sobre pontos importantes do processo eleitoral.

"Também serão priorizadas ações de identificação e checagem de práticas de desinformação e, se for o caso, de divulgação da informação

correta, tanto pela própria Justiça Eleitoral como pelos parceiros do programa. (...)

"Em outubro de 2019, o TSE lançou a página 'Fato ou Boato?', que reúne, em um só espaço, todos os conteúdos produzidos para rebater as informações falsas sobre a Justiça Eleitoral.

"O site é uma evolução da ferramenta disponibilizada em 2018, dentro do rol de ações da campanha de esclarecimento ao eleitor daquele ano, intitulada 'TSE contra Fake News'. (...)

"O espaço conta também com materiais produzidos pelas instituições parceiras que aderiram ao Programa de Enfrentamento à Desinformação com Foco nas Eleições 2020.

"Com um layout mais moderno, no formato *onepage* (todo o conteúdo é disposto na mesma página), o novo espaço foi dividido em oito áreas: Passo a Passo, Esclarecimentos, Quiz, Mitos Eleitorais, Agências, Posts, Candidatos e *Fake News.*

"Para visitar o site, basta digitar o endereço ***www.justicaeleitoral.jus.br/fato-ou-boato*** ou acessar o Portal do TSE, no centro da página, e clicar no *banner* ***'Fato ou Boato?'****.*

"O Núcleo de Rádio e TV do TSE também produziu diversos vídeos e spots de rádio sobre o tema. Veiculou ainda, ***no canal da Justiça Eleitoral no YouTube****, uma série de vídeos com depoimentos de especialistas nacionais e internacionais que participaram do Seminário Internacional Fake News e Eleições.*

"Além disso, o Núcleo produziu a ***série Minuto da Checagem****, com o objetivo de mostrar ao eleitor a importância de checar as informações antes de compartilhá-las".* (57)

No início de 2020, emergiu na China a epidemia de síndrome respiratória. Foi declarada emergência de saúde pública, de interesse internacional. Inclusive no Brasil, onde o primeiro caso foi confirmado no dia 26 de fevereiro. A síndrome é causada por um novo coronavírus (COVID-19), com origem provável em animais hospedeiros. (58)

As *fake news* também configuram uma epidemia. A cada notícia falsa criada e veiculada, a epidemia se espalha pelo Brasil e mundo afora. Ninguém se beneficia das *fake news*. Os infectados somos todos nós. Se não combatermos o "vírus" das notícias falsas, morreremos todos. Morrerão as democracias e as sociedades civilizadas.

16. VULNERABILIDADE DOS ELEITORES BRASILEIROS

Em 2017, recebi honroso convite da juíza de direito de Mato Grosso **Amini Haddad Campos para ser coautor d**o livro ***Vulnerabilidades & Direito***, que ela coordenaria.

Na nossa conversa preliminar, eu indagava sobre os temas eventualmente disponíveis: vulnerabilidade dos idosos, deficientes físicos, doentes, crianças, adolescentes, mulheres, minorias étnicas, homossexuais, consumidores etc.

Todos, no entanto, já seriam abordados por outros coautores.

Pedi à coordenadora mais uns dias para meditar.

Como assumiria a vice-presidência do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais em 2018, ocorreu-me escrever sobre a vulnerabilidade dos eleitores brasileiros.

Assunto, aliás, de rara análise entre doutrinadores jurídicos do nosso país.

O livro foi editado em 2019. No meu ensaio – intitulado ***Eleitores vulneráveis e a importância da educação*** – enfoquei a vulnerabilidade do eleitorado brasileiro. Influenciados pela supremacia do poder econômico e induzidos por propaganda enganosa, os cidadãos votam mal. É um círculo vicioso: mal representados nos governos e parlamentos, os eleitores têm a sua vulnerabilidade perpetuada.

Ao fazer analogia com a proteção legal dos consumidores (Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor), assinalei:

"*Precisamos, como ocorreu na proteção consumerista, fortalecer a cidadania em um dos seus pilares: o direito de votar.*

"Há analogias entre a vulnerabilidade dos consumidores e dos eleitores. Por exemplo: informação inadequada por parte de candidatos e partidos políticos; propaganda enganosa; e práticas abusivas ('compra' de votos, arrecadação ilícita de recursos financeiros pelo 'caixa dois', abuso de poder político pelo 'uso da máquina pública', vinculação das políticas públicas a interesses eleitoreiros etc.).

"Eleitores, em sua imensa maioria, têm a consciência deturpada por essas práticas ilícitas. Tais procedimentos, em última análise, conspurcam a soberania popular e tornam as eleições ilegítimas". (59)

17. A EDUCAÇÃO SALVARÁ O BRASIL

Maquiavel, no século XVI, já vislumbrava a importância da educação para conter a propensão dos homens para o mal e redirecionar suas tendências egoístas e ambiciosas. Dessa forma, criam-se condições para a convivência de desejos conflitantes. (60)

O sociólogo francês Gaston Bouthoul escrevia:

"O funcionamento da democracia está vinculado à educação política das massas, à sua informação e ao seu grau de bem-estar econômico. Ela vinga à medida em que se forme uma opinião livre e bem informada". (61)

No Brasil, dois grandes vultos, em diferentes épocas, proclamaram:

"Eu não tenho confiança senão na educação do povo. (...) Sem bastante educação popular não haverá eleições como todos devemos querer. (...) A instrução primária deve ser obrigatória e generalizada por todos os modos" (**D. Pedro II**). (62)

"O desenvolvimento não é um processo econômico, mas um processo econômico-cultural" (**San Tiago Dantas**). (63)

18. CONCLUSÕES

1) A pessoa humana, na lição de Aristóteles, é um animal racional e político.

2) O regime democrático, mais adequado à vida em sociedade, tem um aspecto procedimental para a tomada de decisões.

3) O Estado Democrático de Direito é aquele: a) criado e regulado por uma Constituição; b) onde os agentes públicos fundamentais são eleitos periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de deus deveres; c) onde o poder político é exercido, em parte diretamente pelo povo, em parte por órgãos estatais independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros; d) onde a lei produzida pelo Legislativo é necessariamente observada pelos demais Poderes; e e) onde os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos, podem opô-los ao próprio Estado (Carlos Ari Sundfeld).

4) Em 1989, com a derrubada do Muro de Berlim, a ruína da União Soviética e dos demais regimes comunistas do Leste Europeu, Francis Fukuyama escreveu sobre o "fim da história". Triunfariam a democracia e o livre-mercado.

5) Todavia, no início do século 21 a democracia dá sinais de colapso. Até um passado recente – lembram Steven Levitsky e Daniel Ziblatt - golpes de Estado militares derrubavam governos. Hoje, democracias morrem nas mãos de líderes eleitos.

6) Em 2018, o Brasil teve eleições disruptivas. A escolha do presidente Jair Bolsonaro mudou radicalmente o método para se eleger um político, com a preponderância da mobilização do eleitorado nas redes sociais.

7) As eleições brasileiras de 2018 foram marcadas pela violência, cujo ápice se deu com o esfaqueamento sofrido por Jair Bolsonaro, durante caminhada com os seus apoiadores.

8) Conforme Manuel Castells, o poder está baseado no controle da informação e da comunicação. Pode ser exercido pelo Estado, mídia, corporações e outras organizações sociais.

9) A desinformação é uma realidade das sociedades contemporâneas, cuja letalidade é agravada pelo desenvolvimento das novas tecnologias de comunicação.

10) A "modernidade líquida", segundo Zygmunt Bauman, faz com que tudo mude rapidamente. Nada é feito para durar.

11) Vivemos a era da "pós-verdade". Nessa conjuntura, os fatos objetivos influem menos nas convicções do que os apelos às emoções e as crenças pessoais. É o melhor instrumento que a mentira tem a seu serviço.

12) Para o filósofo alemão Jürgen Habermas, a esfera pública é essencial para a tomada de decisões políticas. Nela se processa uma ação comunicativa entre o Estado, agentes políticos, agentes econômicos e outros setores da sociedade civil.

13) A desinformação - especialmente as *fake news* - contamina a racionalidade do discurso na esfera pública.

14) Com o advento da *internet*, passaram a ser facilmente disseminadas *fake news* nas campanhas eleitorais.

15) Para o enfrentamento das *fake news* sugere-se: a) divulgação imediata da contrainformação esclarecedora; b) jornalismo confiável e de qualidade; c) remodelagem urgente da maneira de produzir e financiar a propaganda eleitoral; e d) ações estratégicas da Justiça Eleitoral para a educação digital do eleitorado.

16) Os eleitores brasileiros são vulneráveis. Influenciados pela supremacia do poder econômico e induzidos por propaganda enga-

nosa, os cidadãos votam mal. É um círculo vicioso: mal representados nos governos e parlamentos, os eleitores têm a sua vulnerabilidade perpetuada.

17) Somente cidadãos instruídos e bem informados votarão conscientemente, o que legitimará governantes e legisladores comprometidos com a **dignidade da pessoa humana**, fundamento maior da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III, da Constituição de 1988).

18) As *fake news* configuram uma epidemia. Os infectados somos todos nós. Se não combatermos o "vírus" das notícias falsas, morreremos todos. Morrerão as democracias e as sociedades civilizadas.

19. AGRADECIMENTO

Agradeço aos organizadores a oportunidade de ser um dos colaboradores deste auspicioso livro.

Oportunidade de homenagear um estimado colega e amigo, o desembargador Cleones Carvalho Cunha: magistrado exemplar, homem de cultura e cidadão íntegro.

Oportunidade, enfim, de ser publicado no Estado do Maranhão, prenhe de tradições históricas, religiosas, culturais e literárias.

Terra onde viveu o célebre Padre Antônio Vieira e se operou a sua conversão de homem de Estado em incansável missionário e pregador. (64)

De Vieira, recolho uma frase que bem fala de si próprio e – hoje - do desembargador Cleones:

"Para falar ao vento bastam palavras, para falar ao coração são necessárias obras" (***Sermão da Sexagésima***, 1655). (65)

REFERÊNCIAS

1 - LEVITSKY, Steven e ZIBLATT, Daniel. *Cómo mueren las democracias*. Buenos Aires: Ariel, trad. Gemma Deza Guill, 2018.

2 - AMARAL, Diogo Freitas do. *História das ideias políticas*. Coimbra: Almedina, vol. I, 1999, p. 207.

3 - SAVATER, Fernando. *La aventura del pensamiento*. Buenos Aires: Debolsillo, 2ª ed., 2012, p. 38.

4 - SCHROEDER, Richard C. *Panorama do Governo dos Estados Unidos*. Brasília/DF: Departamento Cultural da Embaixada dos Estados Unidos da América, sem data.

5 - BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Rio de Janeiro: Forense, 5ª edição, 1983, p. 319 e 320.

6 - CHAGAS, Carlos. *Uma plantinha tenra*. Portal *Tribuna da Internet*, disponível em http://tribunadainternet.com.br/um-plantinha-tenra/, acesso em 29.11.2016.

7 - SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 13ª ed., 1997, p. 126-127.

8 - GAUCHET, Marcel. *La democracia. De una crisis a otra*. Buenos Aires: Nueva Visión, trad. Heber Cardoso, 2008, p. 11.

9 - BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade; por uma teoria geral da política.* Rio de Janeiro: Paz e Terra, trad. Marco Aurélio Nogueira, 1999, p. 155-156.

10 - BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo.* Rio de Janeiro: Paz e Terra, trad. Marco Aurélio Nogueira, 1989, p. 86-87.

11 - SARAIVA, Paulo Lopo. *Garantia constitucional dos direitos sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 8.

12 - SARAIVA, Paulo Lopo, ob. cit., p. 11.

13 - SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público.* São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 50-54.

14 - SUNDFELD, Carlos Ari, *Fundamentos de Direito Público* cit., p. 50-53.

15 - TROYJO, Marcos. *O redesenho do mundo*, jornal *Folha de S. Paulo*, edição de 31.07.2016, caderno *Ilustríssima*.

16 - PAZ, Octavio. *1970-79: Tempo encoberto*, ***in*** *A conquista do espaço político*. São Paulo: *Jornal da Tarde*, coletânea de ensaios, 1983, p. 23-47.

17 - GARICANO, Luis. *El contrataque liberal: entre el vértigo tecnológico y el caos populista*. Barcelona, Espanha: Península, 2019, p. 29-30.

18 - LEVITSKY, Steven e ZIBLATT, Daniel. *Cómo mueren las democracias*. Buenos Aires: Ariel, 2018, p. 11 a 14.

19 - LAMOUNIER, Bolívar. *Elogio do comedimento*, jornal *O Estado de S. Paulo*, edição de 18.03.2017, seção *Opinião*.

20 - *Nível de satisfação com democracia no mundo é o menor das últimas décadas*, aponta pesquisa, jornal *O Globo*, disponível em https://oglobo.globo.com/mundo/nivel-de-satisfacao-com-democracia-no-mundo-o-menor-das-ultimas-decadas-aponta-pesquisa-24218105, acesso em 29.01.2020.

21 - *Esquerda latina errou ao achar que corrupção é alheia a ela, diz mexicano*, jornal *Folha de S. Paulo*, edição de 04.04.2016, caderno *Mundo*.

22 - GARCIA DE LIMA, Rogério Medeiros. *Eleições de 2018: algumas reflexões*; palestra proferida durante o 45º Encontro do Colégio de Corregedores Eleitorais, Belo Horizonte-MG, 22 de fevereiro de 2019.

23 - DORIA, Pedro. *Uma eleição disruptiva*, jornal *O Globo*, Rio de Janeiro, edição de 03.11.2018, p. 18.

24 - DAMATTA, Roberto. *O mal-estar eleitoral*, jornal *O Estado de S. Paulo*, edição de 17.10.2018, caderno *Cultura*.

25 - *Bolsonaro leva facada durante ato de campanha em Juiz de Fora*, jornal *Folha de S. Paulo*, disponível em https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/09/bolsonaro-leva-facada-durante-ato-de-campanha-em-juiz-de-fora.shtml, acesso em 06.09.2019.

26 - CASTELLS, Manuel. *O poder da comunicação*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, trad. Vera Lúcia Mello Joscelyne, 2015.

27 - *La manifestación de 'indignados' reúne a varios miles de personas en toda España*, jornal *El País*, Madri, Espanha, disponível em https://elpais.com/elpais/2011/05/15/actualidad/1305447428_850215.html, acesso em 15.05.2011.

28 - CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança*. Rio de Janeiro: Zahar, trad. Carlos Alberto Medeiros, 2013; TRIGO, Luciano. *Redes de indignação e esperança: um guia para o presente*, Portal *G1*, http://g1.globo.com/platb/maquinadeescrever/2013/06/23/1551/, 23.06.2013.

29 - *Dilma considera manifestações 'legítimas', diz ministra*, Portal *G1-Brasília*, disponível em http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/06/dilma-considera-manifestacoes-legitimas-afirma-ministra.html, acesso em 17.06.2013.

30 - SCHWARTSMAN, Hélio. *Uma eleição anormal*, jornal *Folha de S. Paulo*, edição de 28.09.2018, p. A-2.

31 - ROJAS, Antonio Viedma e CID, Consuelo del Val (dirección e coordinación). *Odio vs. derechos humanos: sociodiversidad, delitos y derechos*. Madrid: Editorial Tecnos, 2019, p. 13, apresentação.

32 - KARNAL, Leandro. ***O ódio nosso de cada dia***. Rio de Janeiro: LeYa, 2017, p. 12-13.

33 - NOBRE, Freitas. *Comentários à Lei de Imprensa: Lei nº 5.250, de 9-2-1967*. São Paulo: Saraiva, 4ª ed., 1989, p. XIII.

34 - NOBRE, Freitas. *Comentários à Lei de Imprensa: Lei nº 5.250, de 9-2-1967* cit., p. 4.

35 - ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *1984*, ***in*** NEVES, José Roberto de Castro (organizador). *O que os grandes livros ensinam sobre justiça*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019, p. 145-162.

36 - ESTEVES, Fernando e SAMPAIO, Gustavo. *Viral: a epidemia de fake news e a guerra da desinformação*. Porto Salvo, Portugal: Edições Desassossego, 2019, p. 11-12.

37 - *Nero – Roma Emperor*. Encyclopaedia Britannica, disponível em https://www.britannica.com/biography/Nero-Roman-emperor, acesso em 25.02.2019.

38 - ESTEVES, Fernando e SAMPAIO, Gustavo. *Viral: a epidemia de fake news e a guerra da desinformação* cit., p. 173-175.

39 - PRADO, Adriana. *Vivemos tempos líquidos. Nada é para durar*, 2010, Revista *Isto É*, disponível em https://istoe.com.br/102755, acesso em 30.09.2019.

40 - RUIZ, José Carlos. ***El arte de pensar: cómo los grandes filósofos pueden estimular nuestro pensamiento crítico***. Córdoba, España: Editorial Almuzara, 2019, p 105-108.

41 - *Dicionário Oxford dedica sua palavra do ano, 'pós-verdade', a Trump e Brexit*, jornal *El País*, Brasil, disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2016/11/16/internacional/1479308638_931299.html, acesso em 17.11.2016.

42 - HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vol. II, trad. Flávio Beno Siebeneichler, 1997, p. 92.

43 - MARTINO, Luís Mauro Sá e MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro. **Ética, mídia e comunicação: relações sociais em um mundo conectado**. São Paulo: Summus Editorial, 2018, p. 83-84.

44 - HERMOSO, Borja. *Jürgen Habermas: "Não pode haver intelectuais se não há leitores"*, jornal *El País*, disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2018/04/25/eps/1524679056_056165.html, acesso em 25.04.2018.

45 – GARCIA DE LIMA, Rogério Medeiros. *O veneno das eleições*, jornal *O Tempo*, Belo Horizonte/MG, edição de 26.06.2018, seção *Opinião*.

46 - MÁRQUEZ, Gabriel García. *O veneno da madrugada*. Rio de Janeiro: Record, trad. Joel Silveira, 1994.

47 - *Marmiteiros*, Portal FGV CPDOC, disponível em http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/marmiteiros, acesso em 23.06.2018.

48 - *PSDB repete tática de Collor e divulga que Lula dará um calote na poupança*, jornal *Folha de S. Paulo*, edição de 20.08.1994, caderno *Especial*.

49 - *Alckmin diz que não vai privatizar e investirá em parcerias com o setor privado*, *Valor OnLine*, 17.10.2006, disponível em http://g1.globo.com/Noticias/Eleicoes/, acesso em 23.06.2018.

50 - *Lei da Ficha Limpa e combate às fake news serão pilares da gestão do ministro Luiz Fux*, Notícias do TSE, disponível em http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Fevereiro/lei-da-ficha-limpa-e-combate-as-fake-news-serao-pilares-da-gestao-do-ministro-luiz-fux, acesso em 06.02.2018.

51 - *Corte Eleitoral se manifesta a favor de servidores, mesários e do processo eletrônico de votação*, Portal TRE-MG, disponível em http://www.tre-mg.jus.br/imprensa/noticias-tre-mg/2018/Outubro/corte-eleitoral-se-manifesta-a-favor-de-servidores-mesarios-e-do-processo-eletronico-de-votacao, acesso em 17.10.2018.

52 - NOBRE, Freitas. *Comentários à Lei de Imprensa: Lei nº 5.250, de 9-2-1967* cit., p. 5.

53 - GUZZO, J. R. *A mídia diante do público*, revista *Veja*, São Paulo, Editora Abril, edição nº 2.612, 12.12.2018, p. 58-60.

54 - JORGE, Mariliz Pereira. *Imprensa é oposição*, jornal *Folha de S. Paulo*, edição de 03.01.2018, p. A-2.

55 - TORQUATO, Gaudêncio. *Pontos fora da curva*, jornal *O Tempo*, Belo Horizonte-MG, edição de 21.10.2018, p. 17.

56 - Idem.

57 - *TSE promoveu diversas ações em 2019 para enfrentar o fenômeno da desinformação*, Notícias do TSE, disponível em http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Janeiro/tse-realizou-diversas-acoes-em-2019-para-enfrentar-o-fenomeno-da-desinformacao, acesso em 14.01.2020.

58 – *Covid-19 – O novo coronavírus*, jornal *O Globo*, disponível em https://infograficos.oglobo.globo.com/sociedade/2019-ncov-o-novo-coronavirus.html, acesso em 06.03.2020.

59 - GARCIA DE LIMA, Rogério Medeiros. *Eleitores vulneráveis e a importância da educação*, ***in*** *Vulnerabilidades & Direito*. Curitiba: Juruá, coord. **Amini Haddad Campos,** 2019, p. 75-91.

60 - RODRIGO, Lídia Maria. *Maquiavel - Educação e Cidadania*. Petrópolis: Vozes, 2002.

61 - BOUTHOUL, Gaston. *Sociologia da política*. Lisboa: Livraria Bertrand, trad. Djalma Forjaz Neto, 1976, p. 97.

62 - CARVALHO, José Murilo de. *D. Pedro II*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 184-185.

63 - DUTRA, Pedro. *A razão vencida*, ***in*** MOREIRA, Marcílio Marques, NISKIER, Arnaldo e REIS, Adacir (coordenadores). *Atualidade de San Tiago Dantas*. São Paulo: Lettera.doc, 2ª ed., 2007, p. 19.

64 - MORAES, Jomar. *Padre Antônio Vieira e o Maranhão colonial*, jornal *O Estado do Maranhão*, 17.07.2013.

65 - VIEIRA, Padre Antônio. *Sermão da Sexagésima*, ***in*** *Sermões Escolhidos*. São Paulo: Edameris, v.2, 1965.

ELEIÇÕES E *FAKE NEWS*

Waldir Sebastião de Nuevo Campos Júnior[1]

I. INTRODUÇÃO

"Fake news", atualmente, constitui tema essencial para a adequada compreensão das relações sociais, em todas as suas instâncias, públicas e privadas, e, em especial, na atividade político-eleitoral.

O termo "fake news" talvez não seja o mais adequado, pois, em sua tradução literal, revela a noção bastante restrita de falsidade e, considerados os contextos em que tem sido empregado na atualidade, muito mais abrangentes, acaba por apresentar noção mais próxima do termo desinformação.

A noção de desinformação, mais abrangente, é mais apropriada, pois compreende situações em que, apesar da veracidade formal da informação veiculada, em determinadas circunstâncias e contextos diversos, propositadamente, produz ou induz conhecimento distorcido ou equivocado sobre determinado fato ou pessoa, ou seja, produz uma falsidade substancial, com razoável potencial de produzir dano.

É o caso, por exemplo, da dissonância entre o título da notícia e seu conteúdo, ou, ainda, de notícias verdadeiras descontextualizadas, inclusive, no que se refere à época de sua publicação original.

A desinformação, é preciso assinalar, historicamente, sempre consistiu em fator de distorção das relações sociais, quer nas relações

1 Desembargador lotado na 10ª Câmara Criminal do TJSP. Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo.

pessoais, quer nas competitivas relações comerciais e empresariais, ou mesmo nas atividades públicas e político-eleitorais.

Entretanto, a grande novidade é a forma como está sendo veiculada após a fantástica revolução tecnológica, que produziu a *internet*, importante fator de incremento da aldeia global, e as redes sociais, que modificaram definitivamente a forma de comunicação entre as pessoas e, consequentemente, de veiculação da desinformação, qual seja, em tempo real e sem suficientes filtros éticos e morais[2].

Nesse novo contexto, a desinformação passou a consistir, não só em fator de distorções sociais e político-eleitorais, mas em grave fator de desagregação social e, na esfera político-eleitoral, dado seu grau de insidiosidade, em severo e concreto risco para a legitimidade das eleições, para a integridade da própria democracia.

Estas circunstâncias, sem dúvida, revelam a importância da abordagem do tema "fake news", desinformação.

II. PROCESSO POLÍTICO-ELEITORAL DEMOCRÁTICO. COMPLEXIDADE E FATORES QUE COMPROMETEM SUA LEGITIMIDADE. DEMOCRACIA E VOTO LIVRE E ESCLARECIDO

A legitimidade do sistema eleitoral tem como pressuposto um sólido e estável ambiente democrático, o que é essencial para que se possa reduzir substancialmente suas naturais vulnerabilidades.

Entretanto, o respeito à pluralidade, característica inerente à democracia, faz presente, perenemente, a possibilidade de desestabi-

2 Yacha Mounk, *O povo contra a democracia*, p. 281: "A ascensão da tecnologia digital impulsionou o crescimento econômico e facilitou a conexão das pessoas através das fronteiras. Também favoreceu a propagação de discursos de ódio e de teorias da conspiração".

lização social e, em consequência, do sistema eleitoral e da higidez democrática[3].

Democracia, como sistema político de organização social, por sua complexidade, demanda adequada compreensão, para que se possa alcançar uma razoável aproximação de sua dinâmica noção, de modo a abordar com suficiência a questão da legitimidade do sistema eleitoral.

A noção de democracia, como sistema de governo em que deve ser respeitada a soberania da vontade popular na constituição do poder político, ou seja, na escolha daqueles que serão os encarregados da gestão social, sempre possuiu, na essência de sua noção, um valor positivo, extremamente simbólico, qual seja, o de legitimação do poder político.

Nesse sentido, Norberto Bobbio, ao tratar dos fundamentos da democracia, faz expressivas considerações:

> *Hoje "democracia" 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*[4].

3 Maria Tereza Sadek, apresentando e comentando obras de Nicolau Maquiavel, assinala: *"A ordem, produto da necessária política, não é natural, nem a materialização de uma vontade extraterrena, e tampouco resulta do jogo de dados do acaso.* ***Ao contrário, a ordem tem um imperativo: deve ser construída pelos homens para se evitar o caos e a barbárie, e, uma vez alcançada, ela não será definitiva, pois há sempre, em germe, o seu trabalho negativo, isto é, a ameaça de que seja desfeita*** (grifei)*", Os clássicos da política*, Francisco C. Weffort, organizador, p. 18, 5ª impressão, 14ª edição, Editora Ática, 2010

4 *Teoria Geral da Política* - A Filosofia Política e a lição dos Clássicos, Ed. Campus, trad. Daniela Beccaccia Versiani, 9a tiragem, p. 375, Rio de Janeiro: Elsevier, 2000

Não é demais referir, a propósito, Fávila Ribeiro[5], que noticia inquérito realizado pela UNESCO em 1949 para investigar os regimes políticos vigentes, com consultas a diversas nações, tanto do Oriente, como do Ocidente, cujas respostas, surpreendentemente, não apresentaram nenhuma discrepância, *"todas proclamando, enfaticamente, o caráter democrático de suas instituições"*.

Democracia, evidentemente, não possui uma noção tão abrangente, de modo a abarcar sistemas tão díspares e em circunstâncias tão diversas, como, com certeza, são as circunstâncias das nações consultadas.

A essência do ambiente democrático, é preciso ressaltar, é a legitimidade da representação popular na constituição do poder político pelo voto popular, o que se traduz por um ambiente social e um sistema eleitoral em que o voto popular seja, efetivamente, livre e esclarecido.

O voto livre e esclarecido, pressuposto maior da legitimidade do processo eleitoral democrático tem seus pressupostos.

O reconhecimento de um regime político como democrático demanda, por um lado, razoável grau de consciência social e política dos eleitores e, por outro, um regramento, tanto em sede constitucional, como infraconstitucional, que seja eficiente no controle razoável dos recorrentes fatores de distorção do processo eleitoral, particularmente, o abuso do poder econômico, do poder de autoridade, ou do uso dos meios de comunicação social, considerado o novo paradigma das relações sociais, qual seja, o da comunicação instantânea, em tempo real, por meio da internet, das redes sociais.

É oportuno referir, neste aspecto, a abordagem da Profª Dra. Maria Thereza Sadek[6] a respeito do regime democrático, segundo a

5 *Direito Eleitoral*, 2ª edição, p. 9, Forense, Rio de Janeiro, 1986.

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

qual o equilíbrio deste sistema, indispensável à apuração, com razoável grau de legitimidade, da vontade popular, demanda sejam implementadas as vertentes essenciais do sistema democrático, quais sejam, a política (estrutura e normatização) e a social (acesso dos eleitores aos bens sociais).

Não basta, portanto, ao reconhecimento de um regime político como legitimamente democrático a existência de uma razoável estruturação política (democracia política ou formal) do processo político-eleitoral, estrutura material e normativa, pois, para que seja reconhecido como legítimo, é indispensável que os principais atores do processo, quais sejam, os eleitores, tenham, de forma mais simétrica, adequado acesso aos bens sociais, para que possuam condições de implementar com eficiência seus filtros éticos e morais e, assim, exercer seu direito ao voto de forma livre e esclarecida (democracia social ou substancial).

É preciso, portanto, uma adequada estruturação formal (política) e substancial (social) do processo político-eleitoral, para que se possa concretizar razoável equilíbrio entre os pilares da democracia, quais sejam, a soberania da vontade popular e a legitimidade do processo político-eleitoral, pressupostos constitucionais[7].

Esse equilíbrio é essencial ao reconhecimento do sistema político-eleitoral, efetivamente, como democrático, em conformidade com os pressupostos delineados pela nossa Carta Magna, ou seja, esse equilíbrio é que permite uma real aproximação do ideal democrático que é o voto livre e esclarecido.

7 Constituição Federal: *caput* e § 9º do art. 14.

III. RELAÇÕES SOCIAIS. NOVO PARADIGMA DA COMUNICAÇÃO ENTRE AS PESSOAS. INFORMAÇÕES EM TEMPO REAL. FILTROS ÉTICOS E MORAIS

É inquestionável que as relações sociais, até alguns anos atrás, desenvolviam-se, predominantemente, ainda que com a utilização de recursos tecnológicos, a partir de relações interpessoais diretas, ou no âmbito de grupos relativamente restritos.

Os meios tradicionais de comunicação social, em que pese estar sujeitos a vulnerabilidades, quer perante o poder econômico, quer frente ao poder político, eram os principais veículos para circulação de informações e desenvolviam essa atividade com razoáveis filtros, os quais sempre foram importantes, na medida em que o grau de credibilidade do meio de comunicação social tem influência determinante em sua penetração social e em sua gestão.

Aliás, na era da desinformação digital, os tradicionais meios de comunicação social, em que pese o descompasso com as redes sociais, no que concerne à velocidade da veiculação das informações, ainda continuam sendo razoáveis e importantes referências para auxiliar as pessoas em geral na checagem, na filtragem das informações massificadas em tempo real.

No entanto, com o advento das redes sociais, essa lógica sofreu profunda alteração.

As redes sociais, de forma paradoxal, aproximaram, definitivamente, as pessoas, a despeito de fronteiras e das dimensões globais, mas, ao mesmo tempo, de forma significativa, afastaram as pessoas das relações interpessoais diretas, o que ensejou a criação de significativo espaço para distorções nas relações sociais, em particular, no âmbito da desinformação.

Essa nova forma de comunicação social, de viés marcadamente impessoal, dada a predominância das mensagens escritas e postagens de

textos, imagens e vídeos, incrementou de forma significativa a dificuldade de atuação de filtros éticos e morais na circulação das informações.

Em virtude da força de penetração e da capilaridade alcançadas pelas redes sociais, vivemos numa verdadeira *praça digital*, em que há significativa complexidade em se determinar a distinção entre público e o privado, ou mesmo para identificação dos limites da privacidade e da intimidade das pessoas pelos usuários das redes sociais.

Essa nova forma de comunicação, é notório, possui característica altamente positiva, qual seja, a enorme capacidade de informar, mas, não se pode negar, também de desinformar e de causar ou potencializar conflitos, o que, em determinados contextos, pode ser um complicador para a estabilidade política e social

Manifestações sociais podem ser rapidamente organizadas[8,9], sem que os responsáveis pela manutenção da ordem pública possam, por vezes, sequer ter conhecimento desses eventos, ou, ao menos, ter conhecimento com a antecedência necessária para antecipar medidas para minimizar possíveis consequências negativas para a sociedade[10].

Reputações construídas ao longo de uma vida, com muito trabalho e observância da ética, podem ser destruídas em segundos, minutos, horas, e, como já aconteceu em algumas oportunidades, a

8 Título da notícia: *A era dos protestos conectados. O "manifestante de sofá" sai de cena. Com o tempo, os cidadãos descobriram a verdadeira utilidade das redes sociais: levar mais gente para a rua.*
https://epoca.globo.com/ideias/noticia/2015/03/era-dos-protestos-conectados.html

9 Título da notícia: Entenda os protestos que sacodem o mundo. Organizadas pelas redes sociais, manifestações sociais levam milhares de pessoas às ruas do Chile a Hong Kong.
https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2019/11/entenda-os-protestos-que-sacodem-o-mundo.shtml

10 Título da notícia: *Manifestações e protestos populares articulados pelas redes sociais, na internet, preocupam a segurança nacional. Uso das redes sociais para mobilizações populares ou ataques externos começa a preocupar especialistas em defesa.*
https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/defesa-nacional/razoes-para-a-implementaao-da-estrategia-nacional-de-defesa/manifestaoes-e-protestos-populares-articulados-pelas-redes-sociais-na-internet-preocupam-a-segurana-nacional.aspx

desinformação pode gerar importantes distúrbios sociais ou atos de violência, que podem colocar em sério risco a incolumidade pública, com a possibilidade de depredações, agressões e mortes[11].

Por outro lado, a principal característica das redes sociais, consistente em veiculação de informações em tempo real, sem a possibilidade de que se opere qualquer espécie de filtro, não se pode negar, em razoável medida, tem seu valor positivo social e político-eleitoral.

As redes sociais, é preciso reconhecer, como se costuma sustentar, democratizaram as informações, no sentido de que, em tempo real e de forma plural, permeiam todos os segmentos sociais, veiculando informações, praticamente, sem possibilidade de qualquer espécie de controle, resguardando, de forma significativa, o direito da sociedade de ser informada.

Não há quem, atualmente, não tenha preocupação com alguma espécie de postagem, que, por meio de texto, imagem ou vídeo, pode viralizar e comprometer, em breve espaço de tempo, uma carreira pública ou privada, uma reputação funcional ou profissional.

É preciso assinalar, a respeito desta característica das redes sociais, que se constituem, também, em fator inibidor de práticas indesejadas nas relações sociais.

No que tange à desinformação, cuja veiculação encontra importante incremento nas redes sociais, preciso anotar, a propósito, que, atualmente, há uma expressiva e plural preocupação com a desinformação e um enorme esforço para fornecer instrumentos às pessoas em geral para combatê-la, com a participação de entidades públicas e privadas, assim como dos tradicionais meios de comunicação social e, é preciso ressaltar, das próprias plataformas sociais.

---

11 Título da matéria: *Mulher espancada após boatos em rede social morre em Guarujá, SP Ela foi agredida após ser acusada de praticar magia negra com crianças. Moradores registraram vídeos mostrando a agressão e postaram na web.* http://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2014/05/mulher-espancada-apos-boatos-em-rede-social-morre-em-guaruja-sp.html

Pesquisas referidas por Ricardo Gutiérrez, Secretário Geral da Federação Européia de Jornalistas, no Seminário Internacional - *Fake News* e Eleições, TSE, 2019, revelam importante preocupação de grande parcela da sociedade com a desinformação, dada sua notória e quase que implacável insidiosidade. Na União Européia, 83% da população está preocupada ou muito preocupada com o impacto negativo da desinformação na democracia. Segundo o Instituto Reuters, em âmbito global, 54% demonstra a mesma preocupação, enquanto no Brasil a preocupação é da ordem de 85%. Em países como Alemanha e Holanda a preocupação é menor, pois a baixa polarização impacta positivamente na contenção da insidiosidade da desinformação[12].

O Tribunal Superior Eleitoral, que tem desenvolvido eficientes ações para o enfrentamento da desinformação, celebrou parcerias com redes sociais[13], com partidos políticos e com entidades públicas e privadas[14], assim como instituiu um Grupo Gestor do Programa de Enfrentamento à Desinformação, por meio da Portaria TSE nº 664/19[15].

A nova realidade da comunicação social pelas redes sociais, por outro lado, tem causado preocupação, em razão dos efeitos que estão produzindo naqueles que não nasceram conectados e estão sen-

12 Fonte: Palestra Magna do Senhor Ricardo Gutiérrez, Secretário Geral da Federação Européia de Jornalistas no Seminário Internacional- *Fake News* e Eleições, TSE, 2019. Livro *on line* sobre o Seminário Internacional Fake News e Eleições (2019: Brasília, DF). Seminário Internacional Fake News e Eleições [recurso eletrônico]: anais, p. 28-31. – Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2019.

13 http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Outubro/google-facebook-twitter-e-whatsapp-aderem-ao-programa-de-enfrentamento-a-desinformacao-do-tse

14 http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Junho/tse-firma-novas-parcerias-com-entidades-e-empresas-para-combater-noticias-falsas

15 http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Agosto/tse-institui-grupo-gestor-do-programa-de-enfrentamento-a-desinformacao

do obrigados a fazer a gestão dessa praça digital em que vivemos[16], como também estão produzindo efeitos naqueles que já nasceram conectados[17].

A falta de capacidade de gestão dessa nova realidade, principalmente para aqueles que não nasceram conectados, pode ser causa de surtos, de problemas de ordem psicológica.[18]

IV. MUDANÇA DA POSTURA DAS PESSOAS EM RELAÇÃO AO PROCESSO POLÍTICO-ELEITORAL. POLARIZAÇÃO: INCREMENTO E MIGRAÇÃO PARA A SOCIEDADE CIVIL

As redes sociais, como assinalado, promoveram o surgimento de uma verdadeira praça digital, da qual quase ninguém consegue evitar que, em algum momento, esteja exposto, quer por uma imagem, quer por um comentário, ou qualquer outra espécie de postagem.

O ingresso nessa praça digital, aliás, independe da condição de usuário de qualquer plataforma digital[19].

16 Título da notícia: *Fomo, a angústia das redes sociais*. (FOMO é sigla em inglês *fear of missng out*)
http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI233265-15228,00-FOMO+A+ANGUSTIA+DAS+REDES+SOCIAIS.html

17 Título da notícia: *Estudos ligam uso inadequado das redes sociais a depressão entre adolescentes. Multiplicação de imagens que sugerem vidas perfeitas pode criar ansiedade e sensação de fracasso; pesquisa mostra que aumento de tempo de tela de adolescente está associado ao surgimento de sintomas.*
https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,estudos-ligam-uso-inadequado-de-redes-sociais-a-depressao-entre-adolescentes,70002942161

18 Título da notícia: *Tecnologia e ciência – Cientistas alertam que redes sociais podem causar surto de depressão em uma década.*
https://noticias.r7.com/tecnologia-e-ciencia/fotos/cientistas-alertam-que-redes-sociais-podem-causar-surto-de-depressao-em-uma-decada-30032016#!/foto/1

19 Edição disponível *on line* (CGI – Comitê Gestor da Internet no Brasil – CGI.br): *Relatório: Internet, Desinformação e Democracia*. Coordenação: Grupo de Trabalho Internet e Democracia do CGI.br: Eduardo Parajo, Flávia Lefèvre, Franselmo Costa, Henrique Faulhaber, Marcos Dantas, Maximiliano Martinhão, Sérgio Amadeu, Thiago

As redes sociais, em vista da impressionante capacidade de penetração social e capilaridade, adquiriram grande relevância em todas as instâncias das relações sociais e, naturalmente, passaram a ter influência determinante também nos pleitos eleitorais[20].

Nesse contexto, a desinformação, infelizmente, passou a ser um produto importante[21].

A complexidade do momento atual, decorrente da pandemia do *coronavírus*, também tem produzido reflexos negativos no enfrentamento da desinformação.

No dia 1º de abril próximo passado, no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, ao ser lançada campanha contra as *fake news* nas redes sociais, houve necessidade de esclarecimento que, até então, nada havia a respeito do adiamento das eleições em decorrência da pandemia do *coronavírus*[22], pois circulava desinformação a este respeito, possivelmente, com propósito de ordem política, a partir do entendimento de que as medidas restritivas atuais podem causar prejuízos aos pleitos eleitorais, caso a data de sua realização seja mantida.

Houve uma exponencial sofisticação na produção da desinformação, por meio do desenvolvimento de grande capacidade de elaboração e classificação de detalhados perfis dos usuários das redes

---

Tavares. 1.2 Novas perspectivas para o desafio da informação. Pág. 21: *"O pesquisador Marcos Dantas sugere que apesar de em sua origem a Internet parecer distante de instituições estatais, evoluindo apenas conforme regras técnicas e supostamente neutras, a relevância econômica, política e cultural das plataformas digitais alterou profundamente essa concepção. Hoje em dia a Internet é pervasiva, está em todos os lugares. De acordo com Dantas (2018), "Nós não entramos e saímos da Internet. Nós estamos na internet o tempo todo (grifei)"*

20 Título da matéria: *Redes sociais influenciam voto de 45% da população, indica pesquisa do DataSenado*. Fonte: Agência Senado – 12/12/2019). https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/12/12/redes-sociais-influenciam-voto-de-45-da-populacao-indica-pesquisa-do-datasenado

21 O Estado de São Paulo, 22 de março de 2020, p. A3: "O dinheiro das 'fake news'".

22 https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/04/01/tse-faz-campanha-contra-fake-news-nao-ha-adiamento-das-eleicoes-ate-agora.htm?cmpid=copiaecola

sociais, a partir de dados selecionados com base em eficientes algoritmos, o que permite a definição de estratégias de disseminação, tanto da informação como da desinformação, de modo a atingir e, eventualmente, vulnerar a todas as classes sociais, independentemente, do grau de experiência, de cultura ou da capacidade de percepção social das pessoas.

Pesquisadores têm identificado diversas formas de utilização das mídias sociais, inclusive para disseminação da desinformação, com objetivos distintos[23].

Nos EUA, em estudo desenvolvido por Rebeca Lewis em 2018, foi identificada *a emergência de um* ***sistema alternativo de mídia*** *composto por um grupo diversificado de pessoas que tem elevada audiência em redes sociais e na mídia tradicional*, constituindo o que recebeu a denominação de *sistema alternativo de mídia*, que resulta em *um sistema midiático altamente funcional*[24], *para promover ideologias políticas*.

No Brasil, Fabrício Benevenuto, da Universidade Federal de Minas Gerais, em 2018, durante a greve dos caminhoneiros, identificou, na circulação das informações, interações entre grupos de WhatsApp, que, em princípio, não eram conexos, o que ocorria por meio de perfis, que formavam uma *estrutura paralela articulada* e participavam desses diversos grupos, sem que fossem percebidos pelos integrantes de cada grupo[25].

Estudo do *Oxford Internet Institute*, a respeito do *papel da propaganda computacional no avanço da desinformação e nas amea-*

23 Edição disponível *on line*: *Relatório: Internet, Desinformação e Democracia*. Coordenação: Grupo de Trabalho Internet e Democracia do CGI.br: Eduardo Parajo, Flávia Lefèvre, Franselmo Costa, Henrique Faulhaber, Marcos Dantas, Maximiliano Martinhão, Sérgio Amadeu, Thiago Tavares. Pág. 23 e seguintes: *"1.3 A Indústria da Desinformação"*.

24 Idem, p. 23.

25 Idem, p. 24.

ças a regimes democráticos, desenvolveu o conceito de *Computational Propaganda*, que *descreve o uso de algoritmos, automação e curadoria humana para propositalmente gerenciar e distribuir informações enganosas através das redes de mídias sociais"*. Os estudos abrangeram nove países, a saber, Ucrânia, Rússia, Brasil, Canadá, Polônia, Tailândia, Estados Unidos e China[26]

No âmbito da doutrina militar nos EUA, foi desenvolvida pesquisa sobre manipulação social hostil (*hosltile social manipulation – RAND Corporation, instituição sem fins lucrativos criada para conectar o planejamento militar com decisões de pesquisa e desenvolvimento (P&D), desenvolveu extenso trabalho sobre manipulação social hostil)*[27]. O objetivo da manipulação social, segundo o estudo produzido pela RAND Corporation, é comprometer a *"percepção de um grupo social sobre seu governo, sobre a realidade que os cerca e a capacidade desse grupo social de distinguir entre fatos e ficção. Como resultado o ambiente informacional de uma determinada região é corrompido (corrupted infosphere). Um dos desdobramentos tratados pela organização é a idéia de decadência da verdade"*.

Por outro lado, as redes sociais, por produzirem uma forma de comunicação social de viés, aparentemente, impessoal, pois as informações e postagem, em grande medida, são veiculadas a grupos de pessoas (um para muitos, ou muitos para muitos), ou, ainda, são tornadas públicas, sem que se tenha a exata noção de quem iniciou originariamente o compartilhamento, propiciaram uma falsa percepção de anonimato, de privacidade, que, na realidade, não existe e acaba produzindo verdadeiras *armadilhas* geradoras de constrangi-

26 Idem, p. 24.

27 Idem, p. 25. RAND Corporation: *O texto apresenta a seguinte definição para manipulação social hostil: Hostile social manipulation is the purposeful, systematic generation and dissemination of information to produce harmful social, political, and economic outcomes in a target area by affecting belifiels, attitudes and behavior*.

mentos[28] e, em alguns casos, até mesmo, práticas ilícitas[29].

Esse novo panorama das relações sociais promoveu, também, uma mudança de postura das pessoas no que concerne ao processo político-eleitoral.

No passado, não era raro constatar que, em razoável medida, as pessoas envolviam-se com a política apenas em ano eleitoral e após o início da campanha eleitoral, no entanto, acompanhando os debates, por vezes significativamente polarizados, a uma certa distância, através dos meios tradicionais de comunicação social, ou, ainda, por meio de atos públicos de campanha eleitoral.

No âmbito das redes sociais, os eleitores mudaram sua postura, pois, agora, possuem meios de emitir suas opiniões, de debater as questões político-eleitorais, do que decorreu um interessante fenômeno, qual seja, a polarização, que se desenvolvia, predominantemente, entre os atores da disputa eleitoral e seus correligionários e simpatizantes, migrou para a sociedade, com todas as características que lhe são inerentes, em particular, seu potencial de causar constrangimentos e conflitos.

Essa mudança de postura dos eleitores, por conta da relevância econômica, política e social que as redes sociais passaram a ter nas relações sociais[30], teve um impacto determinante no processo políti-

---

28 https://www12.senado.leg.br/institucional/presidencia/noticia/davi-alcolumbre/artigo-precisamos-falar-sobre-fake-news

29 https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/12/1944198-producao-de-fake-news-pode-ser-classificada-de-crime-contra-honra-diz-gilmar.shtml

30 Edição disponível *on line* (CGI – Comitê Gestor da Internet no Brasil – CGI.br): *Relatório: Internet, Desinformação e Democracia*. Coordenação: Grupo de Trabalho Internet e Democracia do CGI.br: Eduardo Parajo, Flávia Lefèvre, Franselmo Costa, Henrique Faulhaber, Marcos Dantas, Maximiliano Martinhão, Sérgio Amadeu, Thiago Tavares. Pág. 21: *"O pesquisador Marcos Dantas sugere que apesar de em sua origem a Internet parecer distante de instituições estatais, evoluindo apenas conforme regras técnicas e supostamente neutras, a relevância econômica, política e cultural das plataformas digitais alterou profundamente essa concepção. Hoje em dia a Internet é pervasiva, está em todos os lugares. De acordo com Dantas (2018), "Nós não entramos e saímos da Internet. Nós estamos na internet o tempo todo"*.

co-eleitoral, pois a campanha eleitoral, em grande medida, migrou para as redes sociais.

Essa migração da campanha eleitoral para as novas plataformas sociais teve aspectos positivos e negativos[31].

A utilização das plataformas sociais na campanha eleitoral acabou por promover salutar postura proativa dos eleitores[32,33], barateara sobremaneira os gastos com a campanha eleitoral, e tornaram a disputa mais plural e menos assimétrica, circunstâncias que, sem dúvida, elevaram o grau de legitimidade dos resultados dos pleitos eleitorais.

No entanto, tornou extremamente complexa a fiscalização da propaganda eleitoral, quer para a Justiça Eleitoral e o Ministério Público, quer para os participantes da disputa eleitoral e seus correligionários, como também para os principais atores do processo político-eleitoral, quais sejam, os eleitores[34].

A fiscalização do processo político-eleitoral, em particular, da propaganda eleitoral, é essencial para que se possa promover o maior grau possível de legitimidade da disputa eleitoral.

---

https://cgi.br/media/docs/publicacoes/4/20200327181716/relatorio_internet_desinformacao_e_democracia.pdf

31 Redes sociais e eleições. As (novas) redes sociais. https://www.itauassetmanagement.com.br/content/dam/itau-asset-management/content/pdf/white-papers/Redes%20Sociais%20e%20Eleicoes%20-%20White%20Paper.pdf

32 Título da notícia: *A era dos protestos conectados. O "manifestante de sofá" sai de cena. Com o tempo, os cidadãos descobriram a verdadeira utilidade das redes sociais: levar mais gente para a rua.* https://epoca.globo.com/ideias/noticia/2015/03/era-dos-protestos-conectados.html

33 Título da notícia: *Redes sociais mudam completamente a relação dos eleitores com seus representantes.* https://g1.globo.com/politica/blog/cristiana-lobo/post/2018/12/31/redes-sociais-mudam-completamente-a-relacao-dos-eleitores-com-seus-representantes.ghtml

34 Título da notícia: *O custo da propaganda eleitoral paga na internet em 2018.* https://www.internetlab.org.br/pt/informacao-e-politica/o-custo-da-propaganda-eleitoral-paga-na-internet-em-2018/

Outro aspecto interessante dos reflexos das redes sociais na disputa eleitoral foi a migração da polarização, que é natural entre os participantes diretos do processo político-eleitoral, para a sociedade civil.

A polarização, na visão de Pablo Ortellado, por um lado, recebe crítica negativa, pois compromete o diálogo e as soluções de consenso, na medida em que exacerba o radicalismo político. No entanto, sob a perspectiva, principalmente, dos envolvidos na disputa eleitoral, a visão é diversa. Numa abordagem mais acadêmica, há quem vislumbre *virtudes sistêmicas*, pois incrementa a participação política e organiza o contexto da disputa, sob o ponto de vista ideológico. Outra abordagem é no sentido de que define as posições entre justas e injustas, éticas e antiéticas. Salienta, finalmente, que no Brasil, *cada lado só consegue projetar no outro o avesso de si mesmo*, ou seja, *é o desencontro entre como cada lado se vê e como vê o adversário*[35].

É interessante anotar que a polarização exacerbada constitui ambiente propício à insidiosidade da desinformação, tanto que, em países como a Alemanha e a Holanda, também em razão da reduzida polarização, a desinformação não encontra ambiente altamente propício à sua circulação[36].

35 Pablo Ortellado, Professor do Curso de Gestão Pública da USP, Doutor em Filosofia, Articulista da Folha de São Paulo. Fonte: Jornal Folha de São Paulo, *Polarização assimétrica*, p. A2, 3 de setembro de 2019.

36 Fonte: Palestra Magna do Senhor Ricardo Gutiérrez, Secretário Geral da Federação Européia de Jornalistas no Seminário Internacional- *Fake News* e Eleições, TSE, 2019. Livro *on line* sobre o Seminário Internacional Fake News e Eleições (2019: Brasília, DF). Seminário Internacional Fake News e Eleições [recurso eletrônico]: anais, p. 28-31. – Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2019

V. CONCLUSÃO: DESINFORMAÇÃO COMO FATOR DE DESLEGITIMAÇÃO DO PROCESSO POLÍTICO-ELEITORAL

Inquestionável, portanto, que, na era digital, a desinformação tem reflexos importantes no grau de legitimidade da disputa eleitoral[37], na busca do voto livre e esclarecido.

É certo que, atualmente, dado um engajamento plural, do qual participam inclusive as novas mídias sociais, no enfrentamento da desinformação veiculada, em especial, pelas redes sociais, a grande maioria das pessoas está razoavelmente informada e tem demonstrado preocupação a respeito.

No entanto, a sofisticação da produção da desinformação continua a constituir sério risco para o processo político-eleitoral.

O eleitor, qualquer que seja seu segmento social, é alcançado de forma importante pelas novas mídias sociais e não é mais apenas um receptor ou transmissor de informações, mas, nesse contexto, também é, em alguma medida, um produtor de informações, que podem estar distorcidas por um complexo de desinformações.

O eleitor, como já assinalado, usuário ou não das redes sociais, está permanentemente na *praça digital*.

É preciso ter presente, ainda, que, em ambientes sociais como o do Brasil, que se trata, no espectro mundial, de um país mui-

37 Edição disponível *on line* (CGI – Comitê Gestor da Internet no Brasil – CGI.br): *Relatório: Internet, Desinformação e Democracia*. Coordenação: Grupo de Trabalho Internet e Democracia do CGI.br: Eduardo Parajo, Flávia Lefèvre, Franselmo Costa, Henrique Faulhaber, Marcos Dantas, Maximiliano Martinhão, Sérgio Amadeu, Thiago Tavares. 1. O Fenômeno da desinformação na era digital: conceito e impactos na sociedade, Pág. 21: *"O fenômeno da desinformação vem sendo apontado [2], na era digital, como uma das principais ameaças a processos eleitorais"*.
(2) Não são poucos os estudos e pesquisas que vem sendo realizadas sobre os efeitos nocivos da desinformação. Particularmente relatório da Unesco "Journalism, 'Fake News' and Disinformation (disponível em https://unesdoc. unesco.org/ark:/48223/pf0000265552), expõe o papel do jornalismo para a democracia, e o risco da desinformação.

to jovem, com população constituída de forma bastante plural, dimensões continentais e com geografia e características regionais tão diversificadas, ou seja, um ambiente marcadamente assimétrico, considerada a sofisticação da produção da desinformação, o eleitor, em que pese seus esclarecimentos e preocupações, ou seu segmento social, é vulnerável à desinformação.

Os ambientes assimétricos, a propósito, são mais vulneráveis à desinformação, principalmente, em razão do fenômeno da migração da polarização da política para a sociedade em geral, com seus naturais reflexos, que têm razoável potencial negativo.

Nas últimas eleições de 2018, esse ambiente, além do impacto negativo no processo político-eleitoral, que incluíram indevidos e despropositados ataques ao sistema eletrônico de votação e de apuração, produziu inúmeros constrangimentos e conflitos entre os usuários das redes sociais.

Por outro lado, não se apresenta como legítimo, quer à Justiça Eleitoral, quer às mídias sociais, assumir a mediação da verdade no debate eleitoral, sob pena de significativos prejuízos para a liberdade de expressão e de imprensa.

O legítimo mediador é o eleitor.

Cabe à Justiça Eleitoral exercer a fiscalização da propaganda eleitoral, coibindo, inclusive através do poder de polícia, os excessos ilegais, ilícitos eleitorais criminais ou não.

As redes sociais, a seu turno, têm o dever, a partir da responsabilidade decorrente do serviço de comunicação que disponibiliza para a sociedade, de adotar medidas para evitar que sejam utilizadas para fins ilícitos.

De qualquer forma, tanto a atuação fiscalizadora da Justiça Eleitoral, assim como a das mídias sociais, não pode se constituir em indevida interferência nas liberdades de imprensa e de expressão[38].

38 Edição disponível *on line* (CGI – Comitê Gestor da Internet no Brasil – CGI.br): *Relatório: Internet, Desinformação e Democracia*. Coordenação: Grupo de Trabalho

E cabe a todos, Justiça Eleitoral, Mídias Sociais, incluídas as importantíssimas mídias tradicionais (inclusive como fonte de checagem da desinformação), e entidades públicas e privadas, continuar incrementando a educação midiática da sociedade, promovendo ações que possam, cada vez mais, promover o conhecimento da essência dessa nova era, a era digital, tão importante quanto perigosa para o ambiente democrático.

É preciso, portanto, que as vulnerabilidades da democracia sejam minimizadas por ações que robusteçam suas vertentes política (formal) e social (substancial).

O eleitor, sem dúvidas, precisa de instrumentos ou recursos pessoais para enfrentar a desinformação, mas, é preciso ressaltar, a normatização é indispensável, tanto por parte do Estado, como pelas próprias mídias sociais (autorregulação), em paralelo, mas de forma congruente.

A determinação dos parâmetros dessa normatização é extremamente complexa e depende, diretamente, do grau de conhecimento da essência do ambiente digital, o que será alcançado somente com um contínuo e indispensável diálogo plural, como atualmente tem ocorrido, de forma importante, nas esferas pública e privada, merecendo especial destaque as ações promovidas no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral.

De outra parte, no âmbito da responsabilização pela desinformação, como assinala Diogo Rais, deve ser observado o binômio dolo e dano efetivo ou potencial, qualquer que seja a esfera, pública ou privada, para que ostente razoável grau de legitimidade.

Internet e Democracia do CGI.br: Eduardo Parajo, Flávia Lefèvre, Franselmo Costa, Henrique Faulhaber, Marcos Dantas, Maximiliano Martinhão, Sérgio Amadeu, Thiago Tavares. 1.2 Novas perspectivas para o desafio da desinformação: Pág. 22: *"A preocupação com a liberdade de expressão está, portanto, no centro da proposta formulada pelo Obervacom (Intervozes et al. 2019), alinhada à importância de garantir, no país, o acesso à informação"*.

Este é o caminho, segunda minha perspectiva, para o incremento da legitimidade do processo político-eleitoral, para a busca do voto livre e esclarecido[39].

39 https://www.conjur.com.br/2018-jun-25/diogo-rais-fake-news-dominio-conteudo-estado

REFERÊNCIAS

André Ramos Tavares, *Curso de Direito Constitucional*, 13ª edição revista e atualizada, Editora Saraiva, 2015.

Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, 28ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2012.

Carlos Mario da Silva Velloso e Walber de Moura Agra, *Elementos de Direito Eleitoral*, Editoria Saraiva, 2ª edição revista e atualizada, São Paulo, 2010.

Fávila Ribeiro, *Direito Eleitoral*, 2ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1986.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 9ª edição, Editora Saraiva, 2014.

João Otávio Noronha e Richard Pae Kim, *Sistema Político e Direito Eleitoral Brasileiro - Estudos em homenagem ao Ministro Dias Tófoli*, Editora Atlas, São Paulo, 2016.

J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Editora Almedina, 7ª edição, 4ª reimpressão, Coimbra, Portugal, 2003.

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

Luís Roberto Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*, 5ª edição, 2015, 5ª tiragem 2016, Editora Saraiva, São Paulo.

Luís Roberto Barroso, *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*, Editora Renovar, Rio de Janeiro-São Paulo-Recife, 2007.

Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 6ª edição revista, atualizada e ampliada, 4ª tiragem, Editora Saraiva, São Paulo, 2008.

Maria Tereza Sadek. *Os clássicos da política*, Francisco C. Welffort, Organizador, vol 1, 14ª edição, 4ª reimpressão, 2009, Editora Ática, São Paulo.

Norberto Bobbio, *O Positivismo Jurídico - Lições de filosofia do direito*, Editora Ícone, São Paulo, 2006.

Norberto Bobbio, *Teoria Geral da Política - A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*, Editora Campus, São Paulo, 2000.

Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 30ª edição, Editora Malheiros, São Paulo, 2015.

Walter de Almeida Guilherme, Richard Pae Kim e Vladmir Oliveira Santos, Coordenadores, *Direito Eleitoral e Processual Eleitoral - Temas fundamentais*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo

Yacha Mounk. *O povo contra a democracia.* Tradução: Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg. Companhia das Letras. 2019.

Links e publicações disponíveis na internet

https://epoca.globo.com/ideias/noticia/2015/03/era-dos-protestos-conectados.html

https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2019/11/entenda-os-protestos--que-sacodem-o-mundo.shtml

https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/defesa-nacional/razoes-para-a-implementaao-da-estrategia-nacional-de-defesa/manifestaoes-e-protestos-populares-articulados-pelas-redes-sociais-na-internet-preocupam-a-segurana-nacional.aspx

http://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2014/05/mulher-espancada-apos-boatos-em-rede-social-morre-em-guaruja-sp.html

http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Outubro/google-facebook-twitter-e-whatsapp-aderem-ao-programa-de-enfrentamento-a-desinformacao-do-tse

http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Junho/tse-firma-novas-parcerias-com-entidades-e-empresas-para-combater-noticias-falsas

http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Agosto/tse-institui--grupo-gestor-do-programa-de-enfrentamento-a-desinformacao

http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI233265-15228,-00-FOMO+A+ANGUSTIA+DAS+REDES+SOCIAIS.html

https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,estudos-ligam-uso-inadequado-de-redes-sociais-a-depressao-entre-adolescentes,70002942161

https://noticias.r7.com/tecnologia-e-ciencia/fotos/cientistas-alertam-que-redes-sociais-podem-causar-surto-de-depressao-em-uma-deca-da-30032016#!/foto/1

Relatório: Internet, desinformação e democracia - CGI.br (CGI - Comitê Gestor de Internet no Brasil), 27/03/2020. Coordenação: Grupo de Trabalho Internet e Democracia do CGI.br: Eduardo Parajo, Flávia Lefèvre, Franselmo Costa, Henrique Faulhaber, Marcos Dantas, Maximiliano Martinhão, Sérgio Amadeu, Thiago Tavares

https://cgi.br/media/docs/publicacoes/4/20200327181716/relatorio_internet_desinformacao_e_democracia.pdf

https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/12/12/redes-sociais-influenciam-voto-de-45-da-populacao-indica-pesquisa-do-datasenado O Estado de São Paulo, 22 de março de 2020, p. A3: "O dinheiro das 'fake news'"

https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/04/01/tse-faz-campanha-contra-fake-news-nao-ha-adiamento-das-eleicoes-ate-agora.htm?cmpid=copiaecola

https://www12.senado.leg.br/institucional/presidencia/noticia/davi-alcolumbre/artigo-precisamos-falar-sobre-fake-news

https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/12/1944198-producao-de-fake-news-pode-ser-classificada-de-crime-contra-honra-diz-gilmar.shtml

https://www.itauassetmanagement.com.br/content/dam/itau-asset-management/content/pdf/white-papers/Redes%20Sociais%20e%20Eleicoes%20-%20White%20Paper.pdf

https://epoca.globo.com/ideias/noticia/2015/03/era-dos-protestos-conectados.html

https://g1.globo.com/politica/blog/cristiana-lobo/post/2018/12/31/redes-sociais-mudam-completamente-a-relacao-dos-eleitores-com-seus-representantes.ghtml

https://www.internetlab.org.br/pt/informacao-e-politica/o-custo-da-propaganda-eleitoral-paga-na-internet-em-2018/

Pablo Ortellado, Professor do Curso de Gestão Pública da USP, Doutor em Filosofia, Articulista da Folha de São Paulo. Fonte: Jornal Folha de São Paulo, Polarização assimétrica, p. A2, 3 de setembro de 2019

Diogo Rais: advogado e professor de Direito Eleitoral no Mackenzie e na FGV.

https://www.conjur.com.br/2018-jun-25/diogo-rais-fake-news-dominio-conteudo-estado

DA PUBLICIDADE INSTITUCIONAL, ELEIÇÕES E O PERÍODO DE EXCEPCIONALIDADE

Delmiro Dantas Campos Neto.[1]
Maria Stephany dos Santos.[2]

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar o contexto da pandemia declarada pela Organização Mundial de Saúde, no dia 11 de março de 2020, e suas implicações na publicidade institucional diante do ilícito eleitoral insculpido no art. 73, inciso VI, alínea "b" e VII, da Lei nº 9.504|97, tudo, tendo por foco o cenário anterior à promulgação da Emenda Constitucional n. 107 de 03.07.2020 que além de alterar o calendário eleitoral de 2020 trouxe nova roupagem ao disciplinamento dos gastos institucionais, em especial para o segundo semestre de 2020.

Para o alcance dos fins pretendidos, parte-se, inicialmente, da análise conceitual da publicidade institucional e sua correlação com os princípios republicanos e democráticos enaltecendo a sua importância para a concretização da preservação da *res* pública.

Após essa fase introdutória, o trabalho delineia o contexto da conduta vedada e a quebra da normalidade e lisura do pleito,

1 Advogado; Especialista em Direito Eleitoral pela EJE (TRE/PE) (2015); Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP); Membro das Comissões de Estudos Legislativos sobre a Reforma Política e Direito Eleitoral do Conselho Federal da Ordem dos Advogados Brasil; Membro do Conselho Consultivo da Escola Superior da Advocacia Nacional.

2 Advogada; Especialista em Direito Eleitoral pela EJE (TRE/PE) (2015); Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP), Membro da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/PERNAMBUCO; Professora Honorária da Escola Superior da Advocacia da OAB/PE (2018).

quando houver a adequação típica material. Propõe-se, ainda, nesse segundo tópico, aferimento e imbricações decorrentes da subsunção do art. 73, inciso VI, alínea "b" e VII, da Lei nº 9.504|97.

Análise sem prejuízo da regra vigente excepcionalmente nesse 2020, eis que, por força da EC n. 107, "*no segundo semestre de 2020, poderá ser realizada a publicidade institucional de atos e campanhas dos órgãos públicos municipais e de suas respectivas entidades da administração indireta destinados ao enfrentamento à pandemia da Covid-19 e à orientação da população quanto a serviços públicos e a outros temas afetados pela pandemia, resguardada a possibilidade de apuração de eventual conduta abusiva nos termos do art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.*"

Por fim, expõe-se a crise sanitária, a qual precede qualquer questionamento jurídico, diante de sua intensidade e ausência de critérios cientifícos para a sua contenção e tendo, tão somente, o isolamento social como meio objetivo na salvaguarda da vida humana. Esclarece-se, assim, a necessidade da proporcionalidade diante do conteúdo a ser propagado na publicidade institucional, pois não haverá enaltecimento de gestores, mas, sim, publicidade institucional educativa e informativa, nos moldes do art. 37, § 1º, da Constituição Federal. Tal como já se posicionou o Tribunal Superior Eleitoral em casos que abordavam o critério educativo e informativo na contenção de arboviroses afastando-se, portanto, a configuração de condutas vedadas.

Logo, espera-se que a relevância da temática e sua atualidade com o cenário atual do país desperte o interesse na leitura do presente texto.

2. CONCEITO DA PUBLICIDADE INSTITUCIONAL

O Direito Administrativo no Brasil sofreu influências, diretamente, pelo Direito Administrativo Francês[3] e de outros direitos de base romanística (italiano, alemão, espanhol, português, etc.). Di Pietro assevera que o Direito Administrativo Brasileiro teve sua formação, boa parte, por influência da doutrina[4] e que esta evolução depende, em sua grande maioria de reformas constitucionais, tendo em vista que o modelo aplicado aos países em que adotam e que fora cedido ao Brasil, por vezes, não se coadunam com a realidade brasileira, assim a doutrinadora aduz que "na prática, colocamos uma distância grande entre o que está na lei e o que se aplica na prática, pelo afã de copiar modelos estrangeiros nem sempre adaptáveis ao direito positivo brasileiro, em especial a Constituição".[5]

As inovações no âmbito do Direito Administrativo Brasileiro advieram após a promulgação da Constituição Federal de 1988 que ampliaram o seu enfoque, com a inserção decorrente do neoconstitucionalismo dos valores e princípios constitucionais, Aragão aduz: "Se todo o ramo do Direito passa a ser em alguma medida 'direito constitucional', a fortiori será o Direito Administrativo, ramo jurídico diretamente relacionado ao aparato do Estado e das relações dele com os cidadãos, possuindo dezenas de regras constitucionais específicas para si",[6] nesse mesmo viés Diogo Figueiredo.[7]

---

3 DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 24º. São Paulo: Atlas. 2011. p.22.

4 Ibidem.p.24.

5 Ibidem. p.25.

6 ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p.30.

7 "essa perspectiva se tem alterado com o quadro constitucional inaugurado em 1988, bem como sob o influxo renovador das fontes doutrinárias europeias, de modo que o Direito Administrativo brasileiro se tem desenvolvido mais nestes últimos vintes anos do que em toda sua trajetória desde a independência, fato que se pode constatar facilmente não só pela explosão legislativa, como pela abundância de obras

Assim, vê-se que, sem muita tergiversação teórica, o Direito Administrativo está intimamente ligado à perícia cautelosa de organização, instituição e à prestação dos serviços públicos, sendo assim, um pressuposto dos princípios republicanos e democráticos. Assim, o doutrinador Aragão assevera: "Não devemos olvidar que o próprio surgimento do Direito Administrativo se deu com o surgimento, como decorrência da separação dos Poderes e do princípio da legalidade, da possibilidade de controle da Administração Pública".[8]

Ab initio, é salutar a importância dos princípios que regem o Direito Administrativo consagrando o Estado de Direito (assim definidos pela doutrina moderna: a supremacia dos interesses públicos, a indisponibilidade dos interesses públicos, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a efetividade), tendo como ponto nodal de insofismável caráter democrático, visa sem objeções à plena manutenção da lisura na Administração Pública.

Notadamente, o aplicador do Direito não pode restringir-se à interpretação nua e crua, apenas, da norma, sem antes verificar os princípios constitucionais, os objetivos gerais das normas.

O estudo dos princípios administrativos recebeu a nomenclatura na doutrina de Regime Jurídico Administrativo. A doutrinadora Di Pietro faz uma diferença ontológica acerca do tema aduzindo que a expressão regime jurídico da Administração Pública significa: "os regimes de direito público e de direito privado a que pode submeter-se a Administração Pública"[9], enquanto a expressão Regime Jurídico Administrativo seria: "coloca a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico – administrativa"[10]. Dirley

jurídicas publicadas nesse período e pela cada vez mais aperfeiçoada qualificação de seus cultores" MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 15º. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 43.

8 Ibidem. p.604.

9 DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 24º. São Paulo: Atlas. 2011. p.61.

10 DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 24º. São Paulo: Atlas. 2011. p.61.

complementa a ideia aduzindo que o instituto "Compreende um conjunto de princípios constitucionais que governam toda a atuação dos agentes públicos no desempenho das funções administrativas, conformando integralmente a Administração Pública".[11]

Os princípios do Direito Administrativo trazem em seu ínsito a lógica do sistema, entre os básicos têm-se o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade do interesse público, ambos se interligam e garantem sempre a prevalência do interesse público. Isto é, neste conjunto de prerrogativas (supremacia) que a Administração Pública exerce sobre o interesse do particular, vem à limitação consagrada na ideia de que o gestor público, não é titular do interesse público (*res publica)*, assim só podendo atuar dentro dos parâmetros do limite do interesse público. A Constituição Federal traz um rol explícito de princípios que devem nortear os atos administrativos dos gestores municipais em seu art. 37: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, todos esses princípios são de observância mínima e não compreendem todos os princípios que regem a Administração Pública.

No caso em testilha, passar-se-ia a desanuviar o princípio da publicidade que possui um cariz republicano e evidencia o seu corolário (a transparência) que deve carrear qualquer ato, bem como prima pelo bom direcionamento do erário e tende a afastar qualquer tipo de abuso, desvio de finalidade que o gestor possa empreender. Santos delineia, em seu livro, aspectos conceituais acerca do princípio e destaca a sublime e estreita diferença existente entre a publicidade e a propaganda, passando a descrever a publicidade como um processo de planejamento, isto é, uma ação que pode ser quantificada e localizada no tempo e espaço.[12]

---

11 CUNHA JÚNIOR. Dirley. **Curso de Direito Administrativo**. 12º. Bahia: Juspodivm. 2013. p. 32.

12 SANTOS, Gilmar. **Princípios da publicidade**. Editora UFMG, 2005, p. 17.

Salgado reverbera que o princípio da publicidade no sistema constitucional brasileiro perpassa a compreensão das decisões políticas fundamentais tomadas no processo constituinte e sua concretização, sendo esta espraiada como exigência republicana e como dimensão da cidadania (transparência, controle e *accountability*).[13]

O cerne do princípio da publicidade é o seu vínculo com o direito do povo acerca do conhecimento que se deve dar sobre os atos administrativos, haja vista que devem estar pautados, inexoravelmente, na busca incessante do interesse público primário. O princípio da publicidade obriga os agentes públicos a divulgar o conteúdo dos atos que praticam. Em uma única análise podemos afirmar que se trata da proibição de condutas sigilosas, apesar de haver exceções insculpidas na própria Constituição Federal. Diogo de Figueiredo Moreira Neto assevera que: "a publicidade, no direito público, constitui-se também como um direito fundamental do administrado"[14] e, acrescenta: "no direito administrativo, a publicidade, como elemento essencial da ação do Estado, rege-lhe a forma, sempre vinculada à lei que a prescreva, com aplicação em praticamente todas as suas expressões".[15]

Esse dever de conferir publicidade à conduta administrativa está descrito no art. 2º, parágrafo único, inciso V, da lei nº 9.784/99 (lei do Processo Administrativo) como de "divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na

13 SALGADO, Eneida Desiree. Princípio da publicidade. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/37/edicao-1/principio-da-publicidade. Acessado em: 21|05|2020.

14 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 15º ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 90.

15 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 15º ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 90.

Constituição", ou seja, quando houver risco à segurança pública, ou se a publicidade ofender a intimidade dos envolvidos.[16] Bobbio destaca que a publicidade sempre será a regra e o segredo a exceção "o caráter público do poder, entendido como não secreto, como aberto ao 'público', permaneceu como um dos critérios fundamentais para distinguir o Estado constitucional do Estado absoluto", sendo esse, portanto, o eixo do regime democrático.[17]

Assim, denota-se que o princípio da publicidade salvaguarda a moralidade[18] nas condutas dos agentes públicos aumentando, via

16 O professor Francisco Cavalcanti discorrendo sobre essa temática, em especial, depreende que "a Constituição de 1988 consolidou a transparência do agir dos entes públicos, sendo expressão dela o princípio da publicidade, o direito de acesso a dados não reservados da Administração Pública, excluindo-se aqueles objeto de limitação, como os dados constantes dos cadastros fiscais." E complementar: "observa-se, sem esforço, que as hipóteses referenciadas nos incisos não têm caráter exaustivo, mas meramente exemplificativo, podendo, evidentemente, se verificar que outros princípios relacionados são aplicáveis visando possibilitar um adequado lastro jurídico, de modo a ensejar uma eficiente, célere, atuação procedimental dos entes públicos, ou daqueles a eles equiparados". (CAVALCANTI, Francisco. Comentários à Lei do processo administrativo federal. São Paulo: Saraiva, 2016. Colaboração: Edilson Pereira Nobre Junior, Marcílio da Silva Ferreira Filho e Theresa Cristine de Albuquerque Nóbrega. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 56).

17 BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2017. p. 139.

18 A doutrina evidencia que a moralidade "é um dos princípios de mais complexa definição" (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense. 2012.p. 71.), talvez pela sua forte abrangência. A moralidade é eleita por Hely Lopes Meirelles como característica do "bom administrador" (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo. 23º ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 88.). Celso Antônio Bandeira de Mello elenca ser "o princípio da moralidade administrativa acha-se, ainda, eficientemente protegido no art. 5º, LXXIII, que prevês o cabimento de ação popular para anulação de 'ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio [...]etc." (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito Administrativo. 30 ed. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 123). Já Diogo de Figueiredo Moreira Neto assevera que "Para que o administrador pratique uma imoralidade administrativa, basta que empregue seus poderes funcionais com vistas a resultados divorciados do específico interesse público a que deveria atender. Por isso, além da hipótese de desvio de finalidade pública, reveladores de uma ineficiência grosseira no trato dos interesses que lhe foram afetos" (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 15º ed.Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 105.)

de consequência, o controle dos atos pelo povo (participação popular no controle da administração pública). Nesse ponto, extrai-se que a propaganda institucional é um dever do administrador da *res* pública, mas deve estar calcada na impessoalidade e não demonstrar desvio da sua finalidade quanto ao seu caráter informativo.

O princípio da impessoalidade teve seu estopim a partir da Constituição Federal de 1988. O princípio possui duas concepções: a primeira está relacionada à finalidade pública, segundo a doutrinadora Di Pietro essa característica fica concatenada com o princípio fim da Administração Pública, qual seja a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas e, acrescenta quanto à segunda concepção, que, as realizações governamentais não podem estar vinculadas a uma ou outra autoridade ou servidores públicos em publicidade de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos.[19]

Hely Lopes Meirelles atribui apenas ao referido princípio a concepção da finalidade pública[20], já Diogo de Figueiredo Moreira Neto diz que a primeira concepção proíbe a Administração de distinguir interesses onde a lei não o faz e, a segunda proíbe a Administração de prosseguir interesses públicos secundários desvinculados dos interesses públicos primários.[21] Odete Medaur acrescenta que este princípio, por vezes, se confunde com o princípio da moralidade.[22] Este princípio também é conhecido como a igualdade, isonomia ou imparcialidade, o princípio da impessoalidade obriga a administração a conferir objetividade no atendimento do interesse público, sem discriminações ou privilégios de qualquer natureza.

19 DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 24º. São Paulo: Atlas. 2011. p.69.

20 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 88.

21 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 15º ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 104.

22 MEDAUR, Odete. Direito Administrativo moderno. 12 ed. São Paulo: RT, 2008. p. 124.

Vinculada diretamente à ideia de impessoalidade, convém destacar a norma constitucional prevista no art. 37,§1º, *in verbis*:

> 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.

O dever de impessoalidade, quando projetado sobre a atuação cotidiana da Administração, encontra situações em que se torna necessário dar tratamento diferenciado a particulares, sem que isso produza violação ao princípio da isonomia, por exemplo, nos casos de cargos que exijam apenas provimento para o cargo de policial feminino, ou seja, veda a participação de homens, etc.. O princípio da isonomia também, comumente, chamado de igualdade dispõe que todos são legalmente iguais, significando que a lei não poderá criar diferenciações onde a realidade fática não criou[23]. O poder constituinte trouxe no art. 5º, *caput*, a seguinte diretriz sobre o tema:

> "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]"

O mestre Rui Barbosa já aduzia que "a regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam" e "tratar com desigualdade a iguais ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não, igualdade real"[24]. O seu entendimento está concatenado com a ideia de

23 AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. 6º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 175.

24 CÔRTES DE LACERDA, Vírginia. Escritos e discursos seletos. Rio de Janeiro: Aguilar, 1966, p. 666.

igualdade substancial ou justiça distributiva – ideia idealizada por Aristóteles – que, consiste em dar tratamentos justos a todos os indivíduos, de modo a compensar eventuais desvantagens[25] sociais, culturais, financeiras etc. Como também, existe o aspecto formal da igualdade, que concerne em garantir a todos, sem a observância da efetiva disponibilização de meios ou recursos materiais, de que, todos são iguais perante a lei – sem nenhuma discriminação.

E para que esta igualdade possa ser assegurada, é lícito afirmar que o interesse público, em tais situações, somente poderá ser alcançado mediante a adoção de critérios objetivos de escolha, em observância aos princípios constitucionais da legalidade, isonomia, impessoalidade, moralidade e publicidade dos atos administrativos. Dessa forma, a publicidade institucional, que é aquela realizada pela Administração Pública em sua atuação transparente, deve estar alicerçada sob a égide da isonomia, impessoalidade, moralidade e, notadamente, da legalidade.

Para à configuração da publicidade institucional é imprescindível à presença dos caracteres educativo, informativo ou de orientação social, previstos na Constituição Federal.[26] O próprio Tribunal Superior Eleitoral, na análise e julgamento de casos que trazem esse instituto, elenca duas nomenclaturas adotando, por vezes, publicidade institucional, ora, propaganda institucional. Afastando-se do critério terminológico utilizado, quando há uso excessivo de recursos, em ano eleitoral, em publicidades institucionais a Justiça Eleitoral, com base no art. 73, da Lei nº 9.504|97, o configura como ilícito eleitoral,[27] o que será mais bem esclarecido no próximo tópico.

---

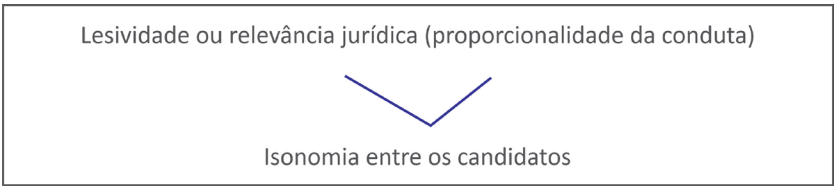
25 PUCCINELLI JÚNIOR, André. Curso de Direito Constitucional. 1º ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.215.

26 Acórdão n5 15.749, de 04.03.99, Rei. Min. Costa Porto.

27 "Constitucional. Eleitoral, inelegibilidades. Abuso de poder político. Propaganda Institucional. Admissão de pessoal sem concurso. Cassação do registro do candidato. Recurso Especial recebido como Recurso Ordinário. 1. A veiculação de logomarca ou slogan na publicidade institucional de Governo só constitui abuso de poder político,

3. DA CONDUTA VEDADA NO USO EXCESSIVO DA PROPAGANDA INSTITUCIONAL – ART. 73 INCISOS VI "b" e VII DA LEI Nº 9.504|97:

Compreende-se que o gestor público não pode se valer do uso da máquina pública para fins pessoais, ou seja, quem exerce o poder não o faz em nome próprio.[28] A realização de conduta vedada atinge atrozmente a paridade de armas entre os candidatos, a sua subsunção se perfaz a partir da adequação típica material e a relevância ou relevância mínima, podendo assim ser esquematizado:



José Jairo reverbera que a conduta vedada traduz uma ocorrência de ato ilícito eleitoral,[29] o art. 73 da lei 9.504/97 dispõe sobre as condutas vedadas o seguinte: "são proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais". Essa norma

para fins de inelegibilidade, quando configura propaganda pessoal. 2. Não enseja inelegibilidade por abuso de poder político ou por uso indevido de veículos ou meios de comunicação a publicação de boletim informativo sobre as atividades de Governo, a não ser quando configurada propaganda pessoal. 3. A Justiça Eleitoral não é competente para conhecer e decidir, visando inelegibilidade de candidato, de atos que tipificariam, em tese, improbidade administrativa ou outros ilícitos penais, se praticados fora do período da proibição legal. 4. Recurso Especial recebido como Recurso Ordinário e provido para cassar o Acórdão recorrido, restabelecendo-se o registro da candidatura do recorrente. (Resp 15.373 DE 24/09/98 - RJTSE, vof. 12, Tomo 3, pg. 94).

28 CLÈVE, Clemerson Merlin; SCHIER, Paulo Ricardo; RECK, Melina Breckenfeld. **Vedação de propaganda institucional em período eleitoral**. Cadernos da Escola de Direito, v. 1, n. 6, 2006.

29 GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018, p. 666.

eleitoral elenca diversas condutas que notoriamente prejudicam a normalidade e a lisura (legitimidade) do pleito eleitoral. As penalidades para quem malferir o artigo será a suspensão imediata da conduta vedada; ou multa no valor de cinco a cem mil UFIR aos agentes e respectivos beneficiários; e cassação do registro ou do diploma (§ 5° do art. 73 da Lei nº 9.504, de 1997). O Tribunal Superior Eleitoral vem se posicionando de maneira a considerar a respectiva conduta como um ilícito eleitoral, em total consonância com o dispositivo legal:

> "(…) 2. Nos três meses que antecedem o pleito, impõe-se a total vedação à publicidade institucional, independentemente de haver em seu conteúdo caráter informativo, educativo ou de orientação social (art. 37, § 1º, da CF/88), ressalvadas as exceções previstas em lei. (…)".[30]

A prática de conduta vedada pelo art. 73 da Lei nº 9.504/97 não conduz à automática cassação do registro ou do diploma,[31] o julgador deve analisar caso a caso e verificar a gravidade da conduta e com isso aplicar a penalidade ao ilícito eleitoral.[32] Para a configuração do ilícito, a conduta vedada pode ser realizada antes ou depois do registro de candidatura.[33]

No inciso VI, "b", do dispositivo, elenca-se como conduta vedada, com exceção da propaganda de produtos e serviços que te-

30 TSE, AgReg em RespE nº 44786, Relator(a) Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Publicação: DJE Data 23/9/2014.

31 No julgamento do REspe nº 521.307/GO, realizado em 2003, o TSE entendia que seria automática a responsabilidade do gestor pelo excesso de despesa com a propaganda institucional, uma vez que a estratégia dessa espécie de propaganda cabe sempre ao chefe do executivo, mesmo que este possa delegar os atos de sua execução a determinado órgão de seu governo; bem como automática o benefício, de candidato à reeleição, pela veiculação da propaganda institucional, em ano eleitoral, feita com gastos além da média dos últimos três anos.

32 AgR-REspe nº 25.748, Acórdão de 07/11/2006, relator Ministro Carlos Eduardo Caputo Bastos.

33 RESPE nº 19.566/MG, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 26.04.2002.

nham concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública; as quais para se enquadrar nessa exceção devem ser reconhecidas pela Justiça Eleitoral.

A Advocacia Geral da União – AGU (PARECER n. 00003/2018/CTEL/CGU/AGU), inclusive, reverbera que a divulgação e publicação de conteúdos de caráter técnico sem componente publicitário e que possua caráter exclusivamente informativo, educativo ou de orientação social não se enquadra nas hipóteses de vedação legal.[34] Essa vedação inicia-se nos três meses que antecedem a data do pleito eleitoral, ou seja, a partir do dia 04 de julho de 2020, sendo imperioso que os candidatos não se utilizem de qualquer tipo de publicidade institucional com fins ilícitos. Essa conduta vedada ainda traz algumas outras peculiaridades como, por exemplo, a divulgação de atos meramente administrativos, sem referência a nome, cargo ou imagem de candidato à reeleição não denota propaganda eleitoral;[35] bem como a autorização da publicidade em período anterior a 04 de julho, por si só, não afasta o cometimento da conduta vedada.[36]

O art. 73, especificamente em seu inciso VII, veda a realização, no primeiro semestre do ano de eleição, de despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam a média dos gastos no primeiro semestre dos três últimos anos que antecedem o pleito.

---

34 Brasil. Advocacia-Geral da União. Condutas Vedadas aos Agentes Públicos Federais em Eleições: Eleições 2020, orientação aos Agentes Públicos, 7º ed, p. 18.

35 AgR-REspe nº 25.748, Acórdão de 07/11/2006, relator Ministro Carlos Eduardo Caputo Bastos; Ac. de 29.6.2006 no ARESPE nº 25.470, rel. Min. Caputo Bastos.

36 Recurso Especial Eleitoral nº 60414, Acórdão, Relator(a) Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio, 01/03/2016.

Essa vedação possui o condão de impedir o uso da máquina pública pelo gestor em prol de benefício de projeções futuras de sua candidatura ou de apoio a futuro candidato que concorrerá ao pleito, inicia-se a partir do primeiro semestre do ano da eleição. A publicidade institucional já agrega essa natureza de vedação para fins pessoais, mas a legislação eleitoral reforça ainda mais esse papel, quando impede a sua realização nas proximidades ao dia do pleito eleitoral. Nesse inciso, o que se analisa é o critério quantitativo, ou seja, o *quantum* se gastou com a publicidade institucional. Portanto, para a subsunção ao dispositivo mencionado não se analisa o conteúdo ou mesmo quem seria o responsável por sua veiculação, apenas se o gasto ultrapassou a média no primeiro semestre dos três últimos anos que antecedem o pleito, o que configurará a conduta vedada.[37] No cálculo para verificação ou não de aumento de despesas com publicidade deve ser considerado o gasto global.[38]

Com o avanço tecnológico e o seu uso como meio de propagação, difusão de ideias para arregimentar simpatizantes, nos pleitos eleitorais, o Tribunal Superior Eleitoral já decidiu que não descaracteriza a publicidade institucional a circunstância de os atos de governo terem sido divulgados apenas nas redes sociais.[39] E ainda, reverberou que, a gravidade do ilícito se extrai a partir do aspecto de propaganda pessoal custeada com dinheiro público, revelando confusão entre a finalidade pública da publicidade institucional e os desideratos privados da propaganda eleitoral,[40] este tipo de publici-

37 RESPE Nº: 21307- GO, Ac. Nº 21307, DE 14/10/2003, Relator(a) Min. Francisco Peçanha Martins, Relator(a) designado(a) Min. Fernando Neves.

38 Petição nº 1.880, de 29/06/2006, Relator Ministro Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto.

39 BRASIL, TSE- RESPE- Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 060213553 - CURITIBA – PR, Acórdão de 12/12/2019, Relator(a) Min. Luis Felipe Salomão, Publicação:DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 56, Data 23/03/2020.

40 BRASIL, TSE- RESPE- Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 52798- CARAVELAS – BA, Acórdão de 15/08/2019, Relator(a) Min. Sergio Silveira Banhos, Publicação:DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 11/09/2019.

dade, por si só, tem gravidade suficiente para atrair a sanção de inelegibilidade.[41] De mais a mais, não se exige o prévio conhecimento do candidato beneficiário para a plena configuração da conduta vedada analisa-se, tão somente, a quebra da lisura e legitimidade do pleito com a concretização da publicidade ilegal.

Inclusive, a utilização de imagens tendo por escopo o enaltecimento de sua gestão e a sua apologia à candidatura nas eleições, com a clara intenção de recobrar, no inconsciente da coletividade de eleitores a importância de continuidade do seu trabalho, configura-se como nítida propaganda ilícita, uma vez que tenta simbolicamente massificar símbolos do governo a sua pessoa, o que notoriamente é rechaçado pelo ordenamento jurídico. E isso se extrai do texto constitucional, o qual rechaça a elaboração de publicidade institucional com o telos subjacente de promoção pessoal do respectivo gestor, pois produz efeitos acintosos, principalmente, quando realizado em período vedado, no que se configura uma afronta a lei.[42]

4. DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. DA CRISE SANITÁRIA – PERÍODO DE EXCEPCIONALIDADE

É usual e existente em todos os ramos do direito a utilização de princípios, para basilar os estudos e criar um direcionamento para determinadas áreas. Dworkin registra duas diferenças entre as regras e os princípios; a ideia do primeiro está concatenada ao "tudo-ou-nada", já, quanto aos princípios vigora a ideia de "dimensão

41 Recurso Ordinário nº 138069, Relator(a) Min. Henrique Neves Da Silva, Acórdão de 07/03/2017.

42 O Tribunal Superior Eleitoral denominava tal conduta de propaganda subliminar: "Considera-se propaganda eleitoral subliminar a publicidade que traça paralelo entre a Administração atual e a anterior, despertando a lembrança dos eleitores para as qualidades do administrador candidato à reeleição".(REspe nº 19331/GO, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 13/09/2001, publicado no DJ de 07/12/2001, vol. 1, pág. 08).

do peso ou importância" e, acrescenta "Denomino 'princípio' um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade".[43]

Já Robert Alexy[44] (em sua famosa obra – Teoria dos Direitos Fundamentais) entende que, não pode ser baseada no modo "tudo ou nada" de aplicação proposto por Dworkin, mas, sim, na conjectura da diferença de colisão e na obrigação que as instituem. Em torno do tema, consagrou a norma como gênero e como suas espécies o princípio e a regra, o primeiro vigora na ideia de sopesamento de valores, no caso concreto, isto é, no conflito o princípio de "maior peso ou valor ou importância" é o que deve preponderar no caso concreto,[45] já as regras resolvem-se na "dimensão da validade", verificando-se, no caso, a antinomia e qual norma é válida e qual não é, aplicando, desta forma, a regra válida.

A ideia de proporcionalidade está associada em adequar o meio para atingir determinado objetivo. E em sentido amplo também é vulgarmente conhecido como preceito da proibição do excesso, nesse contexto assevera Canotilho (...) que proibir o excesso não é só proibir o arbítrio; é impor, positivamente, a exigibilidade, adequação e proporcionalidade dos atos dos poderes públicos em relação aos fins que eles perseguem.[46] Trata-se, pois, de um preceito jurídico-material de justa medida. [47] Este princípio não está delineado ex-

43 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, Tradução Nelson Boeira, 2002. p. 35 a 46.

44 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993. p. 87 a 89.

45 Assim o caso concreto é quem vai determinar qual princípio deve prevalecer.

46 CANOTILHO. José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ªed. São Paulo: Almedina, 2010, p.355.

47 CANOTILHO. José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ªed. São Paulo: Almedina, 2010, p.355.

pressamente no texto constitucional, mas isto não acarreta nenhum óbice em seu reconhecimento positivado.[48] Agra acrescenta que o princípio da proporcionalidade serve para densificar outros princípios que estão espraiados no texto constitucional,[49] sendo postulado geral de direito.[50] Ou seja, apesar de não estar inserido na Constituição Federal serve de norte para a atividade interpretativa das normas e o meio escolhido deve ser adequado, necessário e não-excessivo.[51]

O princípio da proporcionalidade se divide em três "princípios parciais",[52] os quais foram denominados de princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou máxima do sopesamento, princípio da adequação e princípio da exigibilidade ou mandamento do meio mais suave. [53] Em seu sentido estrito determina que haja uma confluência entre o resultado a ser alcançado a partir de uma disposição normativa e o meio empregado, o qual deve ser juridicamente o melhor possível.[54]

Assim, o fim pretendido pelo dispositivo eleitoral (art. 73, VI, alínea "b" e VII, da Lei nº 9.504|97) é, sem sombra de dúvida, arre-

48 Haja vista qualificá-lo como "norma fundamental" se lhe atribui o caráter ubíquo de norma a um só tempo "posta" (positivada) e "pressuposta" (na concepção instauradora da base constitucional sobre a qual repousa o ordenamento jurídico como um todo).FILHO. Willis Santiago Guerra. et al. Dos princípios constitucionais- considerações em torno das normas principiológicas da constituição. 2ª ed.São Paulo:Método. 2008. p. 235.

49 AGRA. Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.p.170.

50 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. v. 6, SÃO PAULO: Saraiva, 2015, p. 402.

51 ÁVILA, Humberto Bergmann. Redefinição do dever de proporcionalidade. Revista de direito administrativo, v. 215, p. 151-179, 1999.

52 GUERRA FILHO, Willis Santiago. O princípio constitucional da proporcionalidade. São Paul: Malheiros, 2002, p. 87.

53 GUERRA FILHO, Willis Santiago. O princípio constitucional da proporcionalidade. São Paul: Malheiros, 2002, p. 87.

54 GUERRA FILHO, Willis Santiago. O princípio constitucional da proporcionalidade. São Paul: Malheiros, 2002, p. 88.

fecer o mau gestor que se utiliza da *res* pública no intuito de malferir a isonomia e a paridade de armas que deve nortear o pleito eleitoral. Contudo, diante da crise sanitária vivenciada, bem como do futuro incerto, ante a ausência de mecanismos científicos que diminuam o contágio e façam cessar as suas complicações à saúde humana, tem-se que o conteúdo normativo deve ser balizado sob os auspícios do melhor resultado à propagação de informações, orientações corretas à população no combate ao vírus COVID-19. Ou seja, impõe-se uma necessária e inevitável utilização da publicidade institucional no atual momento, pois juridicamente o melhor resultado possível será a redução de contaminação pelo COVID-19, a qual poderá e deve ser feita por meio dos gestores públicos, através de publicidade institucional educativa e informativa, nos moldes do art. 37, § 1º, da Constituição Federal.

Aliás, este é o melhor meio de conscientizar a população dos perigos que o vírus pode causar a saúde humana, pois diante do isolamento social, a publicidade institucional é a medida mais eficaz no combate ao COVID-19. Destarte, diante do conteúdo a ser propagado na publicidade institucional, não há o elemento configurador da conduta vedada que denota o desequilíbrio ou promoção pessoal do gestor, pois a publicidade está voltada ao coletivo e em prol do interesse público primário, numa clara tentativa de resguardo ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

Outrossim, consoante já era pacificado, a Justiça Eleitoral realiza o controle prévio de legalidade das publicidades institucionais,[55] no intuito de excepcionar a vedação contida na alínea "b" do art. 73, da Lei Geral das Eleições, e esse ano essa regra foi rechaçada, tendo a EC n. 107 resolvido de pronto a exceção, deixando clara e perfeita a compreensão de que pretensos abusos trarão a respectiva responsabi-

55 Petição n° 282-83/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 2410312010.

lização, estando autorizadas de pronto aquelas que configuram grave e urgente necessidade pública.

Esse caráter de excepcionalidade, em casos similares, já foi reconhecido em diversos julgados pelo TSE,[56] em que se constatou, inclusive: "hipótese de caso de excepcional premência, a direcionar para providências que não podem ser proteladas sob pena de nefastas consequências, principalmente em se tratando de 'necessidade pública".[57]

Os casos excepcionais, também, estavam intimamente relacionados com a questão do direito à saúde e sua indissociabilidade ao direito à vida (dengue, H1N1, etc.) a excepcionalidade e gravidade do atual cenário e de caráter preocupante de crise de saúde global e nacional, exige uma publicidade institucional com caráter educativo de combate ao COVID-19. Assim, conforme bem assinalado pelo Supremo Tribunal Federal, o "direito à saúde [...] representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional",[58] evidenciados os preceitos de um Estado Social.[59]

56 PET n° 1543-83/DF, Rei. Min. Marcelo Ribeiro, sessão ordinária administrativa de 1.7.2010; Petição n° 2.130/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, DJ de 21.9.2006; PET nº 2021-91| DF, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior.

57 Petição n° 2.130/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, DJ de 21.9.2006.

58 AgRg no RE 271,286-8, rel Min. Celso de Mello, j. 12/09/2000, ago. 2001, p. 641.

59 AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. 6º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 175.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. 6º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007;

AGRA. Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012;

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993;

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense. 2013;

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense. 2012;

ÁVILA, Humberto Bergmann. Redefinição do dever de proporcionalidade. Revista de direito administrativo, v. 215, p. 151-179, 1999;

BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2017;

Brasil. Advocacia-Geral da União. Condutas Vedadas aos Agentes Públicos Federais em Eleições: Eleições 2020, orientação aos Agentes Públicos, 7º ed;

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ªed. São Paulo: Almedina, 2010;

CAVALCANTI, Francisco. Comentários à Lei do processo administrativo federal. São Paulo: Saraiva, 2016. Colaboração: Edilson Pereira Nobre Junior, Marcílio da Silva Ferreira Filho e Theresa Cristine de Albuquerque Nóbrega. São Paulo: Saraiva, 2017;

CLÈVE, Clemerson Merlin; SCHIER, Paulo Ricardo; RECK, Melina Breckenfeld. Vedação de propaganda institucional em período eleitoral. Cadernos da Escola de Direito, v. 1, n. 6, 2006;

CÔRTES DE LACERDA, Vírginia. Escritos e discursos seletos. Rio de Janeiro: Aguilar, 1966;

CUNHA JÚNIOR. Dirley. Curso de Direito Administrativo. 12º. Bahia: Juspodivm. 2013;

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 24º. São Paulo: Atlas. 2011;

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, Tradução Nelson Boeira, 2002;

FILHO. Willis Santiago Guerra. et al. Dos princípios constitucionais- considerações em torno das normas principiológicas da constituição. 2ª ed.São Paulo:Método. 2008;

GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 14. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018;

MEDAUR, Odete. Direito Administrativo moderno. 12 ed. São Paulo: RT, 2008;

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo. 23º ed. São Paulo: Malheiros, 1998

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito Administrativo. 30 ed. São Paulo: Malheiros. 2013;

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. v. 6, SÃO PAULO: Saraiva, 2015;

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 15º. Rio de Janeiro: Forense. 2009;

PUCCINELLI JÚNIOR, André. Curso de Direito Constitucional. 1º ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

SALGADO, Eneida Desiree. Princípio da publicidade. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/37/edicao-1/principio-da-publicidade. Acessado em: 21|05|2020;

SANTOS, Gilmar. Princípios da publicidade. Editora UFMG, 2005.

CRIMES ELEITORAIS: novas fronteiras do direito penal e crimes de colarinho branco

José de Ribamar Fróz Sobrinho[1]
Márcio Aleandro Correia Teixeira[2]

1. INTRODUÇÃO

A seara eleitoral vem diuturnamente ampliando sua capacidade de compreensão e intervenção no âmbito das condutas delitivas com finalidade eleitoral específica. Esse processo de articulação exige arcabouço doutrinário e investimento técnico-jurídico para aperfeiçoar a hermenêutica do direito eleitoral. Cuida-se não de novo campo do direito, mas, sim, de uma instrumentalização interpretativa própria para o direito eleitoral em face da complexidade dos comportamentos delitivos capazes de ofender os objetos jurídicos tutelados por este, a saber: a soberania popular e a decisão política.

A interpretação conforme a Constituição e suas interlocuções com o direito penal e a criminologia são pontos de partida para o

1 Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão (TJMA). Professor e Pesquisador. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa – (UAL). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Diretor da Escola Superior da Magistratura do Estado do Maranhão (ESMAM). Coordenador da Unidade de Monitoramento, Acompanhamento Aperfeiçoamento e Fiscalização do Sistema Carcerário no Estado do Maranhão (UMF/TJMA). Membro de Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão de abril de 2012 a fevereiro de 2015, presidindo a Corte.

2 Advogado OAB/MA. Pós-doutorando em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (PPGDIR/UFMA), Doutor em Políticas Públicas (PPGPP/UFMA). Mestre em Sociologia e Antropologia (PPGCS/UFMA). Pesquisador do Núcleo de Pesquisa em Ciências Criminais (NUPECC/UFMA) e Núcleo de Estudos Municipalidade e Direito (NEMUD/Ceuma). Professor de Ciência Política e Direito Administrativo da Universidade Ceuma. Coordenador Adjunto do Curso de Especialização em Direito Eleitoral da Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral – TRE/MA em convênio com UFMA.

enlace doutrinário que permite um aprendizado analítico do direito eleitoral brasileiro, especialmente após a Lei de Lavagem de Dinheiro, a Lei Anticorrupção e do aprendizado ao direito brasileiro com o julgamento da AP 470 pelo STF. Tais elementos serviram de base para o reconhecimento de uma lógica notadamente penal que deve reger a leitura do tema sobre os crimes eleitorais, especificamente, na corrupção intrapartidária e na utilização de caixa 2 na corrida eleitoral.

As fronteiras do direito penal e do direito eleitoral são traçadas a partir da *criminal compliance* abordando as estratégias anticorrupção e os avanços na área do direito penal econômico. Para tanto, faremos a análise de dois tipos penais eleitorais: corrupção ativa eleitoral e falsidade ideológica eleitoral entendidas como expressão da criminalidade de colarinho branco, selecionadas por julgados do Tribunal Superior Eleitoral, buscando compreender a hermenêutica das decisões da Corte Eleitoral. A teoria de base no âmbito da criminologia será a teoria da associação diferencial de Edwin Hardin Sutherland[3].

A especificidade da abordagem criminológica de Sutherland[4] e seu aporte na criminologia contemporânea permitem-nos enfrentar o problema da criminalidade considerando as dificuldades do sistema de justiça de responsabilizar criminalmente sujeitos de elevado prestígio e de forte influência na opinião pública, nesse caso, pessoas que ocupam posições de destaque no plano social, econômico e político, sendo, nomeadamente, formadores de opinião, ocupantes de cargos políticos do alto escalão dos governos, titulares do poder executivo e legislativo, grandes empresários etc.

Como diz Ovídio Baptista, o Processo de Conhecimento, como qualquer "lógica absolutizante", que se construa sobre rígidos

3 Ver Sutherland, 1983; 1947.

4 Idem.

silogismos, particularmente quando este tipo de lógica se aplique às ciências sociais, estará fadado ao insucesso, sempre que as situações sociais sofram modificações profundas, como sucedeu entre os padrões culturais do Renascimento e nosso ambiente cultural pós-industrial[5].

Nesse sentido, devemos reconhecer a importância da criminologia como ensina Magalhaes Noronha, ao reconhecê-la como ciência causal-explicativa, afirmando que não só é uma realidade a existência de leis que regem a criminalidade, bem como real é também a influência de fatores individuais e coletivos na formação da personalidade do criminoso[6].

Eugenio Raúl Zaffaroni afirma que a parcialização do saber, a compartimentalização acadêmica, a epistemologia depurada e rigorosa não são mais que os obstáculos que o poder coloca ao saber, para impedir-lhe ascender a relações mais amplas[7].

Nesse sentido, a perspectiva de compreensão está associada ao complexo problema da criminalidade que, desde Sutherland[8], passou a ser chamada de "criminalidade de colarinho branco", sendo cometida por pessoas de respeitabilidade e *status* social alto por força de suas ocupações, não estando enquadradas nas características estigmatizadoras da abordagem clássica do sistema de justiça criminal, sendo dividida em duas dimensões: a individual e a social.

A possibilidade de elucidação do fenômeno complexo da criminalidade de colarinho branco perpassa a apreensão de um proces-

5 A argumentação de Ovídio Batista (SILVA, 1996. p. 202), permite contextualizar o processo de mudança comportamental após sucessivas crises do sistema capitalista que permitiram observar o comportamento caracterizado de crime de colarinho branco.

6 Segundo o autor a criminologia ganhou a condição de matéria legislada no Direito brasileiro com a edição da Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (NORONHA, 2004. p. 15).

7 Para aprofundamentos verificar Zaffaroni, 1993.

8 Idem.

so de aprendizagem do *modus operandi* da associação diferencial. A teoria da associação diferencial permite considerar a prática criminosa de forma diversa da abordagem clássica e da abordagem crítica fundamentada exclusivamente na desorganização social, uma vez que, na criminalidade de colarinho branco, os sujeitos estão conectados e resguardam suas imagens com as "regras do jogo", conhecendo e legitimando no plano da representação sua adesão às "regras do direito" [9].

Segundo a teoria da associação diferencial, o processo de aprendizagem do *modus operandi* para prática do comportamento criminoso de colarinho branco está enraizada no conflito entre cultura e estrutura.

Os fundamentos da teoria da associação diferencial estão assentados em aspectos pontuais que podem ser úteis ao desenvolvimento de uma base analítica para processar os crimes eleitorais e os a ele conexos, quais sejam: 1. O comportamento criminal sistemático é resultado de um processo fundamentado nas mesmas formas de que resulta o comportamento legal sistemático, todavia em base ética distinta; 2. O comportamento criminal sistemático é determinado no processo de associação para cometimentos com aqueles que já praticam os crimes, assim como o comportamento legal sistemático é determinado no processo de associação com os que são obedientes às leis; 3. A associação diferencial é o específico processo causal no desenvolvimento do comportamento criminal sistemático; 4. As chances de uma pessoa participar do comportamento criminal sistemático são determinadas aproximadamente pela frequência e intensidade de seus contatos com estes padrões; 5. Diferenças individuais entre pessoas no que diz respeito às características subjetivas ou condição social nas causas do crime devem ser percebidas considerando a frequência e consistência de seus contatos com os padrões do com-

9 Idem.

portamento criminal sistemático; 6. Os conflitos culturais são causas subjacentes da associação diferencial e, portanto, do comportamento criminal diferencial; 7. A compreensão do comportamento criminal sistemático não elimina a base causal da desorganização social[10].

Para proceder a tal análise foram selecionados e estudados 99 julgados extraídos do repositório de jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, utilizando os critérios de temporalidade e especificidade da decisão. Assim, estabeleceu-se como critério temporal as decisões proferidas entre 2017 e 2019, usando o critério de especialidade, decisões proferidas sobre fatos típicos previstos nos artigos 299 e 350 da Lei nº 4.737 de 15 de julho de 1965 (institui o Código Eleitoral).

A busca no repositório jurisprudencial resultou na extração de julgados tomados como elementos definidores dos parâmetros fundamentais ao processo decisório em seara eleitoral criminal. Tais julgados foram analisados à luz de um procedimento de averiguação de decisão judicial com vistas a identificar a *ratio decidendi* e estabelecer as bases de uma hermenêutica eleitoral penal que vem sendo delineada no âmbito da esfera eleitoral.

Além dos julgados do Tribunal Superior Eleitoral foram utilizados julgados do Supremo Tribunal Federal que dizem respeito aos limites da competência institucional da corte eleitoral e alguns julgados esparsos de cortes eleitorais regionais para ilustrar caracterizações do juízo de base sobre o ponto de partida das demandas.

2. A HERMENÊUTICA DOS CRIMES ELEITORAIS

Os crimes eleitorais são todas as ações proibidas por lei cometidas em período eleitoral ou com finalidade específica de natureza

10 Para maiores aprofundamentos sobre as generalizações da teoria da associação diferencial na criminologia (CRESSEY, 1964).

eleitoral. A exigência constitucional de que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, fixa obrigatoriedade de sua tipicidade prévia, versados por lei[11].

Embora sejam compreensíveis as divergências doutrinárias sobre a natureza jurídica e a competência dos crimes eleitorais, o Supremo Tribunal Federal continua a enfrentar, do ponto de vista pragmático, os problemas decorrentes do processamento de condutas típicas de competência da justiça federal ou estadual e da justiça eleitoral, arguindo a necessidade de cisão da competência na origem nos casos de conexão de crimes comuns e crimes eleitorais, praticados por detentores de mandatos políticos que gozam de foro por prerrogativa de função. Não obstante, o comando do artigo 35, II, do Código Eleitoral, que define a competência da Justiça Eleitoral para os crimes conexos, reconhece que a lei não pode modificar a competência constitucional absoluta da Justiça Federal, conforme o artigo 109, da Constituição Federal[12]. A competência criminal da justiça eleitoral para julgar os crimes conexos aos crimes eleitorais está firmada no artigo 78, inciso IV e 81 do Código de Processo Penal[13].

Nesse sentido, para delineamento da competência e dos limites do Tribunal Superior Eleitoral em processar e julgar as demandas de crimes conexos, o Relator do julgamento da Questão de Ordem do quarto Agravo Regimental no Inquérito 4.435 do Distrito Federal, o Ministro Luís Roberto Barroso,[14] no âmbito do Supremo Tribunal Federal, assevera a questão ao afirmar que do ponto de vista técnico, em face da complexidade que ostenta boa parte dos crimes, a Jus-

11 Assim, art. 5º, inc. XXXIX, CF88 (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 1988).

12 Julgamento do Inq 4435 AgR-quarto-QO/DF (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018).

13 Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 (BRASIL. PRESIDENCIA DA REPÚBLICA, 1941).

14 Idem.

tiça Eleitoral não é aparelhada, nem conta com estrutura adequada ou profissionais especializados para esse tipo de persecução penal, acolhendo os argumentos de ordem prática da Procuradoria-Geral da República da ausência de aparelhamento da Justiça Eleitoral para processar e julgar delitos de alta complexidade, considerando injeção de quantias vultuosas de dinheiro em campanhas eleitorais e interesses de grupos empresarias transnacionais na facilitação de contratos milionário com o poder público.

O argumento do Relator do julgado supracitado no âmbito do STF, extraído do parecer do Procurador-Geral da República, é meramente retórico e não resolve o problema prático do processamento da matéria penal conexa aos crimes cometidos com fins eleitorais. De tal forma, é necessário o enfrentamento do problema de *déficit* de infraestrutura, e da carência hermenêutica do TSE nos debates especializados em torno do processamento dos crimes eleitorais, considerando suas competências e, sobretudo, seu enquadramento à luz do ordenamento jurídico-penal brasileiro.

Destarte, considerando as bases doutrinárias do direito eleitoral penal brasileiro, em formação, existem pelo menos três categorias de crimes: a) crime comum; b) crime político, e; c) crime de responsabilidade. No primeiro caso, podemos dizer que o crime comum pode ser cometido por qualquer pessoa, sendo possível a coautoria e a participação em sua execução. Se relacionado ao crime próprio, o tipo exige do agente certa qualidade (ex.: peculato, Art. 312, CP) ou ao crime de mão própria (ex.: falsa perícia, Art. 342, CP), qualidades inerentes ao sujeito ou ato praticado. Por sua vez, devemos considerar que o crime político visa atingir a configuração político-ideológico-jurídica do Estado para aniquilá-la ou substituí-la, sendo fixada competência específica (ex.: originariamente, Art. 109, IV, CF; em recursos ordinário, Art. 102, II, b). Por fim, afirmam que os crimes de responsabilidade são de origem político-constitucional, essencialmente infrações político-administrativas infringem dever próprio de

seu cargo ou da função pública que exercem seus autores, cuja competência para conhecer e julgar é do poder legislativo.

Dessa forma, havendo peculiaridades não alcançadas pela categorização ordinária acima descrita, deve-se enquadrar o crime em uma categoria específica: crime eleitoral ou crimes de natureza especial[15]. Trata-se, portanto, de um enquadramento residual.

Seguindo uma perspectiva dogmática, todo delito apresenta dois objetos: um objeto jurídico e outro objeto material. Objeto jurídico é o bem ou interesse jurídico cuja proteção se visou com a criação do delito pela norma legal. Já o objeto material é aquilo sobre o que incide a conduta do agente. O crime eleitoral pode ser puro ou acidental. Nesse caso, o crime eleitoral puro é aquele em que a conduta é descrita tão somente na legislação eleitoral, não encontrando correspondente na legislação penal comum. Por outro lado, o crime eleitoral acidental é a conduta tipificada como crime tanto na legislação eleitoral quanto na comum[16]. Para uma análise à luz da criminologia, considerando a complexidade do fenômeno criminal, é muito difícil fazer distinções precisas entre os limites da motivação do autor para a prática dos delitos.

Os crimes eleitorais estão dispostos tanto no Código eleitoral[17]; quanto em legislações esparsas: como a Lei do transporte e alimentação de eleitores em dia de eleição[18]; Lei do processamento eletrônico de dados nos serviços eleitorais[19]; Lei de inelegibilidades[20],

15 Assim, Gomes (2015. p. 6 e ss).

16 Para maiores aprofundamentos ver Gomes (2015) e Gonçalves (2015).

17 Ver artigos 289 a 354 do Código Eleitoral (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 1965).

18 Ver artigo 11 da Lei n°6.091/74 (BRASIL.PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 1974).

19 Ver artigo 15 da Lei nº 6.996/82 (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 1982).

20 Ver artigo 25 da Lei Complementar n° 64/90 (BRASIL. PRESIDÊNCIA DAREPÚBLICA, 1990).

e; na Lei das eleições[21], para citar as principais normas que fixam condutas típicas de natureza eleitoral.

Considerando que a maioria dos tipos penais eleitorais previstos na legislação brasileira não estabelecem preceitos secundários bem definidos, não prevendo, assim, limites objetivos e escala de gradação e divisão entre a pena mínima ou máxima, o Código Eleitoral estipula que, na ausência tácita dos limites mínimos da pena, os crimes punidos com detenção terão pena mínima fixada em 15 dias de prisão e, para os crimes apenados com reclusão, a pena mínima de um ano de prisão[22].

A tipologia penal eleitoral carece de objetividade e precisão, carece de uma preceituação secundária, obrigando o intérprete a aplicar as regras ordinárias da legislação penal aos casos dos crimes eleitorais. O Código Eleitoral estabelece que são aplicadas as regras gerais do Código Penal aos fatos incriminados na legislação eleitoral, demonstrando a subsidiariedade existente no campo em tela[23]. De igual forma, o Código Penal define que as regras gerais do direito penal são aplicadas aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso[24].

De tal maneira, devido a ausência de hermenêutica própria para análise dos fatos incriminados pela legislação eleitoral, são aplicáveis aos crimes eleitorais todos os princípios contidos no direito penal comum[25].

Desse modo, partindo da hermenêutica do direito penal, cabem no universo dos crimes eleitorais as categorias fundamentais da teoria do delito: tipicidade, ilicitude e culpabilidade, assim como

21 Ver artigo 33, parágrafo 4º; artigo 34, parágrafos 2º e 3º; artigo 39, parágrafo 5º; artigo 40; artigo 68, parágrafo 2º; artigo 72; artigo 87, parágrafo 4º; artigo 91, parágrafo único da Lei n° 9.504/97 (BRASIL. PRESIDENCIA DA REPÚBLICA, 1997).

22 Ver artigo 284 do Código Eleitoral (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 1965).

23 Ver artigo 287 do Código Eleitoral (Idem, 1965).

24 Ver artigo 12 do Código Penal (Idem, 1940).

25 Para maiores aprofundamentos ver Gomes (2015) e Gonçalves (2015).

tentativa, crime consumado, crime tentado, dolo eventual, culpa consciente, detração, *sursis*, livramento condicional, regime inicial, substituição da pena e prescrição[26].

Assim, adotando a regra geral da prescrição (abstrata, intercorrente, retroativa, da execução etc.), bem como as causas suspensivas e interruptivas do direito penal, para os crimes eleitorais, tem-se que a prescrição se computa: entre a data do recebimento da denúncia e a da publicação da sentença ou entre a data da sentença e o aresto que a confirma em grau de recurso[27].

Dessa forma, a extinção da punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva de forma retroativa, afasta a incidência da inelegibilidade. Todavia, a prescrição da pretensão executória pela Justiça Comum não afasta a inelegibilidade, porquanto não extingue seus efeitos secundários[28].

Diferentemente do direito penal, em certos casos o direito eleitoral prevê pena restritiva de direitos (na modalidade de interdição temporária de direito) como sanção pela prática de crime. Por sua vez, a substituição da pena privativa de liberdade por pena de multa ou restritiva de direito alcança os direitos políticos do condenado[29].

A aplicação da pena deve seguir a mesma sistemática do Código Penal com a divisão trifásica da dosimetria da pena: pena base; circunstâncias atenuantes e agravantes; causas de aumento e diminuição da pena[30]. A questão criminal na seara eleitoral observa que o direito eleitoral dispõe, na Lei das eleições, que, nos casos de reincidência, as penas pecuniárias previstas aplicam-se em dobro[31].

---

26 Ver Pacelli e Callegari (2018), Gomes (2015) e Gonçalves (2015).

27 Ver artigo 109 e 110 do Código Penal (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 1940).

28 Ver Súmula TSE nº 59 (BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2020).

29 Ver RE 601182/MG, julgado em 08/05/2019 (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019).

30 Para maiores aprofundamentos ver Título IV – Das consequências do crime em Pacelli e Callegari (2018).

31 Ver o art. 90, § 2º, da Lei no 9.504/97 (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 1997).

Para fechamento de uma hermenêutica para o direito eleitoral penal, cumpre ressaltar o que afirma Pacelli acerca da realidade da ciência do processo penal brasileiro na virada para século XXI, pontuando sobre suas pretensões de certeza: "não é mais possível empreender qualquer pesquisa dogmática apartada do referencial constitucional". E, ao considerar a probabilidade de insucesso da existência de um debate doutrinário ao nível da teoria processual distante do sistema normativo, completa ele afirmando que tal insucesso não residirá apenas no plano de resultado: "mas ao inevitável questionamento acerca da pertinência de seus propósitos, quando não inserida em determinado ordenamento constitucional"[32], culminando na consolidação de um conjunto de princípios e garantias[33] que, informando toda a atividade judicante, poder-se-ia identificar com a cláusula do *due process of law* do direito anglo-americano moderno, já acomodada também em nosso ordenamento constitucional (art. 5º, LIV, CF).

Todavia, Pacelli adverte que, depois de décadas de vigência e de aplicação da Constituição Federal de 1988, o processo penal brasileiro, por demasiadas vezes, apresenta-se como palco e cenário para a radicalização do discurso abolicionista penal, merecendo leituras abertamente estratégicas em favor do afastamento de toda e qualquer pretensão condenatória[34].

E o fenômeno tem maior incidência nos Tribunais Superiores e em boa parte da doutrina, sempre dispostos a conjurar eventuais irregularidades no procedimento pela via acrítica da nulidade absoluta da persecução[35].

---

32 Para maiores aprofundamentos da constitucionalização dos direitos fundamentais e políticos ver Pacelli (2012).

33 Os princípios do juiz natural, do contraditório, da ampla defesa e da afirmação da inocência antes da condenação definitiva, como a base estrutural de um modelo democraticamente garantista (PACELLI, 2012).

34 Ver PACELLI, 2012. p. 17.

35 Para aprofundamentos ver Pacelli (2012. P. 17).

Tem sido assim, em grau mais sensivelmente dramático, no que toca às ações penais promovidas no âmbito da criminalidade econômica, envolvendo imputações pela prática de crimes de corrupção, de lavagem de dinheiro, de formação de quadrilha ou bando, e, especialmente, nos delitos contra a ordem econômico-financeira[36].

Alegações pueris em torno da inadmissibilidade de provas, de contaminação de outras e, enfim, de nulidade absoluta de tudo que foi feito na persecução penal têm prosperado como nunca. E, em geral, marcadas pelo selo da inconsistência – essa, sim, absoluta, por vezes – argumentativa[37].

Entretanto, e pelas razões antes declinadas, parece-nos que ainda há muito a ser feito sob outra perspectiva: a da justificação racional de uma ação e de um processo que são postos como garantia fundamental na Constituição, não só como um instrumento contra o Estado, como se extrai do conteúdo do devido processo legal, mas, agora, ao lado dele, como e enquanto agente da persecução penal[38].

3. O PROCESSAMENTO DA CORRUPÇÃO ELEITORAL E DA FALSIDADE IDEOLÓGICA ELEITORAL NO ÂMBITO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

A corrupção eleitoral é crime previsto no Código Eleitoral. Por definição, a corrupção eleitoral consiste em dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conse-

36 Idem.

37 Idem.

38 Idem.

guir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita[39]. A punição prevista por lei para esse crime é de um a quatro anos de prisão, além do pagamento de 5 a 15 dias-multa[40]. Sobre isso, entendeu o Ministro Luiz Fux que "o tratamento penal dispensado à prática do delito de corrupção eleitoral exige que se evidencie o dolo específico de obter o voto mediante oferecimento de vantagem indevida"[41].

Por sua vez, a falsidade ideológica eleitoral é crime igualmente previsto no Código Eleitoral, que consiste na omissão de despesas e doações estimáveis em dinheiro na prestação de contas caracterizam o dolo específico (finalidade eleitoral), mormente na existência de valores relevantes. A punição prevista por lei para esse crime é reclusão de até cinco anos, além do pagamento de 5 a 15 dias-multa, se o documento é público; e reclusão de até três anos e pagamento de 3 a 10 dias multa se o documento é particular[42].

Consultando o repositório de jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral para indicação dos julgados com base nos artigos 299 e 350 do Código Eleitoral, no período de 2010 a 2019, encontramos 248 processos julgados[43]. Conforme distribuição no Gráfico 1, a seguir.

39 Ver artigo 299 da Lei nº 4.737/1965 (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 1965).

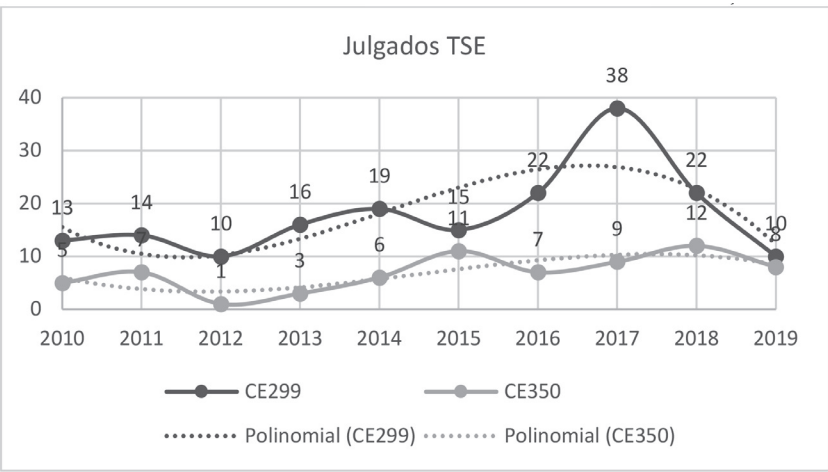
40 O termo "dia-multa" é um valor unitário utilizado pela legislação brasileira para determinar a cobrança de multa. A determinação do dia-multa é encontrada no artigo 49 do Código Penal (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 1940).

41 Julgado do TSE AgRg no AI 37-48, 2016. (BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2016).

42 Ver artigo 350 da Lei nº 4.737/1965 (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 1965).

43 Consulta feita utilizando o critério de busca por Acórdãos indexados por artigo (artigo 199 e 350) e legislação (Código Eleitoral) no sítio do Tribunal, anualmente (BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2020).

Gráfico 1: Julgados do TSE entre 2010 a 2019 (incursos nos artigos 299; 350 do CE)



Fonte: Tribunal Superior Eleitoral, 2020.

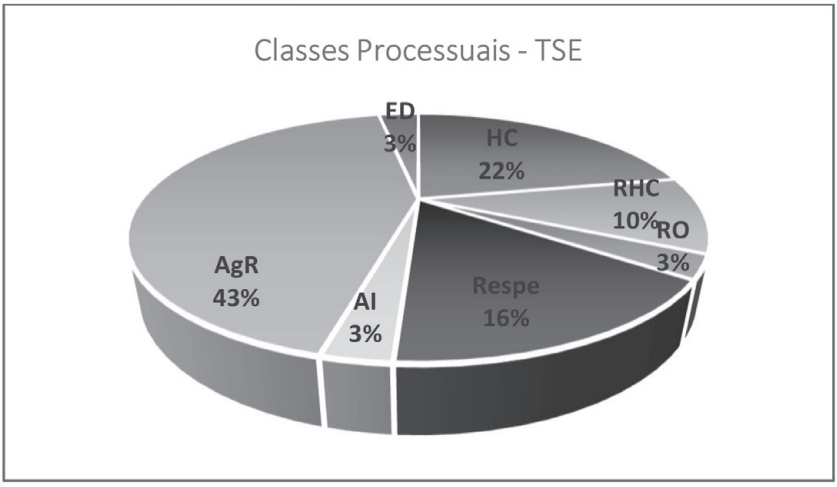
Como é possível observar (Gráfico 1), nos últimos três anos do período em análise (2017-2019) o Tribunal Superior Eleitoral julgou 99 processos (aproximadamente 39,91% dos processos de uma década). É importante ressaltar que, somente no ano de 2017, o TSE julgou 47 processos (18,95% do acervo da década; 47,47% do período analisado) incursos nos crimes de corrupção eleitoral e falsidade ideológica eleitoral[44].

As classes processuais analisadas foram *Habeas Corpus* (HC, 22%), Recurso em *Habeas Corpus* (RHC, 10%), Recurso Ordinário (RO, 3%), Recurso Especial Eleitoral (Respe, 16%), Agravo de Instrumento (AI, 3%), Agravo Regimental (em Recurso Especial Eleitoral, no Recurso em Mandado de Segurança, em Recurso em *Habeas Corpus*, no Embargo de Declaração no Recurso Especial Eleitoral, em Ação Cautelar – AgR, 43%) e Embargos de Declaração (em Agravo Regimental de Recurso Especial Eleitoral e no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento – ED, 3%).

44 Idem.

Considerando o processamento de tais julgados observou-se (Gráfico 2) que tiveram provimentos negados 81,03% dos recursos de Agravo (Agravo Regimental e Agravo de Instrumento), 13,80% foram providos parcialmente e apenas 5,17% foram providos. Em relação ao Recurso Especial, verificou-se que em 60,87% dos casos o Tribunal negou provimento aos recursos, e em 30,44% dos recursos houve provimento e em 8,69% concedeu-se provimento parcial. Por sua vez, o *Habeas Corpus* tem em 43,48% a ordem denegada, 39,13% a concessão da ordem total ou parcial (admitindo aplicação de medida restritiva) e em 17,39% dos casos o Tribunal não conheceu o recurso ou o julgou prejudicado. Nos casos de Recurso Ordinário e Embargos de Declaração analisados, 100% dos recursos foram rejeitados unanimemente pela Corte.

Gráfico 2: Classes Processuais dos julgados no TSE entre 2017 a 2019



Fonte: Tribunal Superior Eleitoral, 2020.

Existe nos julgados observados um conjunto homogêneo de estratégias na esfera recursal e das ações autônomas junto ao TSE. Em regra, os pacientes arguem duas teses: 1. a prescrição (em sua maioria,

a prescrição retroativa) e; 2. o litisconsórcio necessário. Tais estratégias de defesa agem como hipóteses de afastamento da resposta criminal.

Sobre a primeira, a prescrição retroativa, Pacelli afirma que a prescrição retroativa tem efeitos muito próximos ao da *abolitio criminis*, retirando a quase totalidade da eficácia da condenação então proferida. E, convenhamos, movimentar todo um aparato estatal, de alto custo financeiro e de recursos humanos, unicamente para a consagração de um registro de antecedência criminal, aproveitável para uma possível e eventual condenação futura e apenas se praticada nova infração penal, soa um tanto quanto irracional[45].

Nesse sentido, para evitar o acolhimento sem filtros das teses de defesa usadas como estratégia para afastar a resposta criminal, o TSE vem firmando orientação de que o início da contagem do prazo para a prescrição da pretensão punitiva do Estado ocorre a partir da publicação do acórdão regional, e o início da contagem do prazo na prescrição da pretensão executória somente se dá quando a pretensão executória pode ser exercida[46].

Por outro lado, em relação ao litisconsórcio necessário, utilizado amplamente como matéria de defesa, o TSE vem acolhendo a tese de que a ação penal eleitoral é pública e divisível, de tal forma que pode o Ministério Público propor a ação penal eleitoral em face do sujeito ativo da corrupção eleitoral, listando os sujeitos passivos como testemunhas nos autos do processo judicial eleitoral.

Sobre a matéria, Greco Filho anota que o processo pode ser desmembrado, tendo em vista a conveniência da instrução criminal, sem que, com isso, haja qualquer interferência na situação penal de cada um dos agentes[47].

---

45 Para maiores aprofundamentos dos fundamentos da prescrição retroativa (PACELLI, 2012).

46 Julgado do TSE. Respe 8-56-RS (BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2019).

47 O autor afirma que, o princípio da necessidade impõe sempre a ação penal contra todos os autores da infração, mas havendo denúncia contra um não significa que

No mesmo sentido, Pacelli e Fisher lecionam que no âmbito das ações penais públicas não se aplica o princípio da indivisibilidade[48].

Na esfera jurisprudencial existe reconhecimento do delineamento da violação da boa-fé, enquanto vetor interpretativo do sistema processual, observada de forma recorrente nos julgados, a exemplo do julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 42-10.2015.6.25.0005 – Sergipe, de relatoria originária do Ministro Edson Fachin e redação do Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, pela recorrência de nulidades preclusas ou carentes de pré-questionamento, nominada de "nulidades de algibeira"[49]. Ou no julgado de Relatoria originária do Ministro Roberto Barroso, no Recurso Especial Eleitoral nº 137-27.2013.6.07.0000 – Distrito Federal, em que o ministro redator para o Acórdão, Ministro Jorge Mussi, ao rejeitar as "nulidades de algibeira", asseverou que é inadmissível recurso especial eleitoral quando a questão suscitada não foi debatida na decisão recorrida, ainda que as nulidades estivessem relacionadas à matéria de ordem pública. Noutro giro verbal: que não tenham sido objeto de pré-questionamento na esfera ordinária[50].

Outra importante construção acerca das provas em matéria eleitoral penal pode ser observada na interpretação feita pelo Ministro Jorge Mussi, relatando o Agravo Regimental em Recurso Especial nº 412-45.2013.6.26.0000/SP[51], em que se fixou a necessidade de reconhecimento do princípio da segurança jurídica no sentido de reconhecer a ilicitude da prova diante de virada jurisprudencial,

haja renúncia contra o outro, ou que essa omissão possa interferir na situação penal do primeiro (GRECO FILHO, 2020. p. 114).

48 Segundo os autores, o princípio é inerente às ações penais privadas (PACELLI; FISHER, 2011. p. 68).

49 Nas decisões, embora configurada a violação da boa-fé, não existem condenações pela prática processual (BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2019).

50 Julgado do TSE. Respe 137-27-DF (BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2019).

51 Julgado do TSE. AgR-Respe 412-45/SP (BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2019).

considerando o entendimento da corte no tempo dos fatos, visando garantir a segurança das relações jurídicas, evitando aplicação mais gravosa ao considerar que a gravação ambiental era reputada como prova ilícita ao tempo dos fatos.

Além da gravação ambiental, outro aspecto relevante enfrentando pela Justiça Eleitoral diz respeito à interceptação telefônica, utilizada como meio de prova admitida em juízo. Entende o Tribunal Superior Eleitoral que a denúncia fundada em prova produzida sem autorização judicial ou cuja autorização judicial estejam ausentes os fundamentos de que trata o artigo 2º da Lei 9.296/96 e o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 deve ser considerada prova ilícita. Tal entendimento foi fixado pela Corte no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 505-12.2016.6.21.0042 do Rio Grande do Sul, de relatoria do Ministro Sergio Banhos, ao afirmar se tratar de prova ilícita, inadmissível, devendo ser desentranhada do processo, conforme o entendimento do artigo 157 do Código de Processo Penal. No julgado o relator adota a tese dos frutos da árvore envenenada, não sendo possível desentranhamento sem que lhe falte qualquer elemento probatório, todo o feito restará prejudicado[52].

Ressalta-se que a temática da gravação ambiental como meio de prova admitida no processo eleitoral tem Repercussão Geral reconhecida no Recurso Extraordinário 1.040.515 – Sergipe, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, em que o relator reconhece a distinção entre a gravação ambiental e a interceptação telefônica usando como paradigma a Questão de Ordem no Recurso Extraordinário 583.937 – Rio de Janeiro, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, assentando entendimento de que a disponibilização do conteúdo de conversa por quem participou como falante ou ouvinte significaria apenas dispor o participante daquilo que também é seu, não havendo que se

52 AgR-Respe nº 505-12 RS (BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2019).

falar em subtração, como terceiro, do sigilo da comunicação, sendo a gravação admitida como meio de prova independente de autorização judicial[53].

4. A CORRUPÇÃO ELEITORAL E A FALSIDADE IDEOLÓGICA ELEITORAL COMO EXPRESSÕES DA CRIMINALIDADE DE COLARINHO BRANCO

Na prática, a corrupção eleitoral permite uma vantagem para obter um resultado que na sua configuração e finalidade específica permite ofender a intenção do legislador, que é assegurar a boa-fé e a legitimidade do pleito eleitoral com a proteção do direito de voto. Assim, o delito de corrupção eleitoral e a falsidade ideológica eleitoral ativam a existência do resultado danoso, porquanto visam interferir na lisura do processo eleitoral em curso.

Em 2019, o Colégio Permanente de Juristas da Justiça Eleitoral, publicou a 1ª Edição da Revista de Jurisprudência do COPEJE, em homenagem à Ministra Rosa Weber. Na edição, três importantes julgados sobre a corrupção na seara eleitoral, tratados em sequência.

No primeiro julgado selecionado, André Guilherme Lemos Jorge, juiz do TRE/SP no Acórdão em Recurso Criminal nº 3-93.2014.6.26.0013 – Classe nº 31[54], tratando do tema corrupção eleitoral, afirma que pune-se a conduta de quem, violando a liberdade de voto e as regras que visam à equalização das regras do processo eleitoral, oferece vantagens indevidas aos cidadãos para obter-lhes o voto. Assevera ainda que o candidato, ao invés de vencer seus con-

53 Repercussão Geral no RE nº 1.040.515 SE (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017).

54 COPEJE, 2019. Acórdão- RC nº 3.93.2014.6.26.0013 – Araraquara – SP – DJESP, Relatoria Juiz André Guilherme Lemos Jorge (SÃO PAULO. TRIBUNAL ELEITORAL DE SÃO PAULO, 2015).

correntes com apresentação de propostas, projetos de interesse público, esforço de persuasão argumentativa e outros meios legítimos, prefere se lançar nas sendas do crime, abusando de seu poder financeiro, com o intuito de desmoralizar a disputa eleitoral.

Importa observar que o magistrado, na fixação do preceito secundário da norma, atende aos critérios do artigo 59, do Código Penal, para a dosimetria da pena. Para tanto, considera os antecedentes e a personalidade dos acusados para verificação de tendência criminosa ou desabono à sua conduta social. Analisa as circunstâncias atenuantes e agravantes, em face do artigo 71 do Código Penal.

A respeito da violação dos direitos políticos e ofensa direta à soberania popular, os tipos penais em tela precisam ser rigorosamente reprimidos, observando os fins do § 9º, artigo 14, da Constituição Federal, para proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício do mandato, considerando a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Nesse sentido, ela protege os limites do disposto no artigo 14 da Constituição Federal, relativo às condições de elegibilidade e as hipóteses de inelegibilidade reflexas, funcionais e por parentesco. Em seu §9º, estabelece que cabe a lei complementar estabelecer outras hipóteses de inelegibilidade, 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".

Fazendo cumprir o disposto no texto constitucional, a Lei Complementar nº 64/90, substancialmente alterada pela Lei Complementar nº 135/2010, promoveu um importante aporte às hipóteses de inelegibilidade, no rol de crimes cuja condenação incidem na

inelegibilidade, acrescentando à alínea "e" os crimes contra o patrimônio privado, o mercado de capitais, os crimes de abuso de autoridade, de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, hediondos e os praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando (para citar apenas alguns). A criação de novas hipóteses e a ampliação dos prazos de inelegibilidade, de três para oito anos, consistem em uma sinalização aos interesses em tutelar as liberdades políticas e os meios para garantir a fiel expressão da vontade popular advinda das urnas.

Talvez a mais relevante inovação produzida pela LC nº 135/2010 tenha sido estabelecer como suficiente para a incidência da inelegibilidade uma condenação proferida por órgão judicial colegiado, sem necessidade de trânsito em julgado.

Vale ressaltar que, na Constituição Federal de 1988, a suspensão dos direitos políticos após a condenação criminal transitada em julgado é automática (art. 15, III). Em se tratando dos delitos listados na Lei de inelegibilidade, todavia, a inelegibilidade ocorrerá com a condenação por órgão colegiado.

Assim, na hipótese de condenação pelo delito previsto no art. 2º, caput, da Lei nº 12.850/13 (organização criminosa), a confirmação de sua condenação pelo tribunal é constitutiva de sua inelegibilidade.

No segundo julgado, cumpre observar, com certo cuidado, como fez Breno Wanderley César Segundo, juiz do TRE/PB, em voto no Acórdão nº 47/2018[55], tratando da corrupção eleitoral e da utilização de gravação ambiental com meio de prova na ação criminal eleitoral.

Em seu voto, o juiz eleitoral manifesta uma preocupação em relação aos pormenores relativos aos elementos auditivos encarta-

55 COPEJE, 2019. Acórdão – IC nº 15-50.2017.6.15.0000 – João Pessoa – PB – Relatoria Juiz Breno Wanderley César Segundo (PARAÍBA. TRIBUNAL ELEITORAL DA PARAÍBA, 2018).

dos na ação judicial. O fato de ser admitido como prova a gravação ambiental, podendo ser objeto de grande entusiasmo para aqueles que almejam fins sem preocupações com os meios para alcançá-los, não foi suficiente para o convencimento e acolhimento do julgador, que reputou a prova como ilícita após ter percorrido os aspectos objetivos da prova e esmerado na análise teleológica do discurso, a contrário do que seria "natural", entendeu o julgador existir um "esquema" para produzir um resultado político por meio da ação judicial, sugerindo a existência de uma prática nominada de *lawfare*, ou seja, uma manobra jurídico-legal utilizada como arma visando alcançar determinados objetivos na disputa política eleitoral.

Por fim, no terceiro julgado selecionado pela Revista do COPEJE, verificamos o julgado de Relatoria do juiz Gustavo Araújo Vilas Boas[56], ao julgar o Recurso Criminal nº 7.71.2017.6.10.0078, sobre a corrupção eleitoral e a propaganda de "boca de urna", reconheceu que a corrupção é uma das condutas mais nocivas à sociedade, razão pela qual deve ser objeto de tutela penal. Na seara eleitoral, o objeto tutelado é a liberdade do exercício dos direitos políticos, fundamentalmente do direito à liberdade de exercício do voto.

Todavia, o Relator ao enfrentar a matéria ressaltou alguns aspectos relativos à tutela de direitos e efetivação da justiça criminal em matéria eleitoral, a saber: a existência do dolo como elemento subjetivo e a possibilidade de satisfação do núcleo do tipo eleitoral penal. Nesse sentido, ao tratar da corrupção eleitoral em face da liberdade de exercício do sufrágio o relator assentou entendimento de que para configuração do crime de corrupção eleitoral, no caso concreto, exige-se a demonstração da existência de sujeito passivo (eleitor com potencialidade de voto) e o especial fim de agir (dolo).

56 COPEJE, 2019. Acórdão – RC nº 7-71.2017.6.10.0078 – Bom Jardim – MA – Relatoria Juiz Andre Guilherme Lemos Jorge (SÃO PAULO. TRIBUNAL ELEITORAL DE SÃO PAULO, 2015).

Do contrário, não havendo a demonstração da potencialidade lesiva da conduta perpetrada pelo autor, trata-se de hipótese de crime impossível, nos termos do art. 17, do Código Penal.

Visto de uma maneira mais cuidadosa, para satisfazer a necessidade de resguardar a probidade e a moralidade administrativa, a garantia da normalidade e a legitimidade das eleições devem ser colocadas com os principais filtros dos interesses declarados pelo legislador combatendo a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta para equalização dos resultados legítimos das eleições e o combate à corrupção ativa e a falsidade ideológica eleitoral.

Para tanto, o Tribunal Superior Eleitoral precisa reconhecer uma questão essencial, a de que é necessário um procedimento jurídico capaz de responder ao *modus operandi* do crime organizado com finalidade eleitoral, e que é preciso assegurá-lo para evitar que aqueles que utilizam de expedientes ilícitos para alcançar maior capacidade de organização, associada à aquisição ilícita do sufrágio não controlem o processo eleitoral em benefício próprio.

No contexto atual, estamos traçando de forma muito embrionária os entendimentos necessários para construção de instrumentos necessários para assegurar o conhecimento amplo das estratégias e expedientes utilizados pelo conjunto de sujeitos capazes de lançar mão de forma diferenciada de associação, voltada para produzir resultado negativo na autonomia da vontade soberana da sociedade política.

Nesse sentido, a instrumentalização da justiça eleitoral e a ampliação dos fóruns de participação democrática constituem via apropriada para o alcance de resultados satisfatórios.

A eficiência dos mecanismos legislativos adotados para restringir o abuso do poder econômico pela via da aparente licitude precisam ser reforçados, reconhecendo que muito dos meios até

aqui alcançados possivelmente tenham sido ineficientes, revelando-se apenas minimamente aceitáveis diante dos propósitos de obter um sistema de representação fidedigno às fontes originárias do poder político.

É importante realçar que as circunstâncias para o jogo equilibrado no processo eleitoral somente são possíveis se as condições básicas de competitividade forem satisfeitas, e se a disputa eleitoral aconteceu em um sistema político em que os resultados não sejam conhecidos de antemão, mas suas regras, sim. Do contrário, os vínculos tendem a ser desconstruídos e os confrontos fogem da esfera pública, legal e legítima, e refugiam-se nas esferas privadas e ilícitas.

O direito penal eleitoral tem enfrentado a conduta criminosa na seara eleitoral de maneira a ignorar o *modus operandi* do crime organizado com vista a produzir resultado negativo na corrida eleitoral, de forma imediata, e em toda a esfera pública e privada, de forma mediata, uma vez que, seus instrumentos de alcance das condutas criminosas e dos sujeitos produzem uma resposta superficial nas associação diferencial do crime de colarinho branco. Enquanto resposta jurídico-formal, é residual à contenção dos estímulos da criminalidade organizada, tendo em vista que, as práticas criminosas de corrupção e falsidade ideológica eleitoral estão profundamente enraizadas na cultura política brasileira.

O direito eleitoral penal precisa acompanhar os avanços recentes do enfrentamento dos chamados crimes econômicos, como a lavagem de dinheiro e a corrupção em diferentes níveis, construindo estratégias aptas a conciliar intercâmbios de informações de financeiras, mecanismos de prevenção à prática de crimes de corrupção e a especialização técnica de seus profissionais ligados à análise da cibercriminalidade, com vistas a convergir para responsabilização de agentes públicos e outros sujeitos capazes de interferir nos negócios públicos através do processo eleitoral.

É absolutamente necessário que a justiça criminal eleitoral se defronte e possa considerar seriamente algumas categorias como o *crime de colarinho branco*. Trazemos ao debate, de forma inicial tal categoria forjada pelo sociólogo americano Edwin H. Sutherland como "*white collar crimes*", estratégia analítica de alcançar um conjunto de comportamentos coordenados com vista a produzir resultado negativo na esfera das relações sociais, capaz de produzir uma omissão penalmente relevante.

5. CONCLUSÃO

Como se percebe, a Justiça Eleitoral é a responsável pela verificação do preenchimento das condições de elegibilidade e da ausência das causas de inelegibilidade. Sua função consiste em resguardar a igualdade de oportunidades na disputa eleitoral, a liberdade do voto e a legitimidade do mandato político.

A definição das bases conceituais e estratégias processuais para a construção de instrumentos capazes de produzir a responsabilização penal pelos crimes de colarinho branco passa pela construção de esforços entre as perspectivas acadêmicas, e a execução material das condutas previstas na norma penal incriminadora, articulando de forma objetiva as concepções doutrinárias do direito penal, eleitoral, constitucional e administrativo na estruturação persecutória na seara eleitoral; tensionando entre as doutrinas e estratégias tradicionais e contemporânea em matéria processual; considerando as perspectivas hermenêuticas da legislação vigente (princípio da legalidade estrita), acerca da responsabilidade penal do agente público e sujeitos privados capazes de produzir resultados negativos ao equilíbrio do jogo político no processo político eleitoral.

Compreendemos que a tendência atual na esfera eleitoral penal passa por uma adequação doutrinária para que as condutas e os

sujeitos sejam alcançados na medida de sua violação ao bem jurídico tutelado pelo Estado, *in casu*, a soberania da vontade popular.

O problema estrutural das cortes eleitorais, ora apontado, deve ser enfrentado na esfera interpretativa através de estratégias de composição que reconheçam a moderna dimensão doutrinária eleitoral penal, principalmente na performance processual e procedimental do elemento subjetivo das condutas típicas, para responsabilização dos sujeitos ativos dos crimes eleitorais complexos e conexos. Outro problema estrutural, ainda constitutivo da dimensão interpretativa é o investimento em tecnologia de informação e processamento de metadados e construção de uma massa crítica interpretativa dos vínculos constituídos entre os sujeitos ativos e passivos da esfera política eleitoral.

Em síntese, na convergência de esforços técnicos e jurídicos, com vistas a alcançar o *modus operandi*, os sujeitos da prática de crimes eleitorais encerrados em uma complexa rede de condutas em que as práticas e doutrinas tradicionais da Justiça Eleitoral pouco contribuem e, em certa medida, estão em tensão com um moderno sistema de responsabilidade penal, especialmente em matéria eleitoral.

Por fim, cumpre observar que a Lei Anticorrupção introduziu um acordo de natureza administrativa entre os infratores confessos e entes estatais como instrumento de investigação de atos ilícitos praticados por organizações complexas, permitindo uma substituição de sanções em troca do fornecimento de provas.

O instrumento nasce com a finalidade de dotar o sistema de combate à corrupção com um mecanismo que permita combater métodos sofisticados de organização para a prática de ilícitos e ao mesmo tempo promover a obtenção de provas e o ressarcimento de recursos ao erário público.

Para construção de um processo administrativo de responsabilização, o acordo de leniência pode ser definido como o ato admi-

nistrativo consensual por meio do qual a Administração Processante concede isenções ou atenuações de sanções administrativas imputáveis a determinado infrator em troca de uma efetiva colaboração processual, consistente na apresentação de informações relevantes e provas diretas relacionadas à prática de ilícitos administrativos, que permitem inferir, de forma substancial, a existência de elementos notórios de autoria e materialidade.

Assim, ainda há muito o que refletir acerca do alcance e limitação de tais soluções.

REFERÊNCIAS

BRASIL. PRESIDENCIA DA REPÚBLICA. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acessado em 07/02/2020.

_____. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm>. Acessado em 07/02/2020.

_____. **Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990**. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm>. Acessado em 07/02/2020.

_____. **Lei nº 6.996, de 07 de junho de 1982**. Dispõe sobre a utilização de processamento eletrônico de dados nos serviços eleitorais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L6996.htm>. Acessado em 07/02/2020.

_____. **Lei nº 6.091, de 15 de agosto de 1974**. Dispõe sobre o fornecimento gratuito de transporte, em dias de eleição, a eleitores residentes nas zonas rurais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6091.htm>. Acessado em 07/02/2020.

_____. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965**. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4737.htm>. Acessado em 07/02/2020.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm>. Acessado em 07/02/2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 37-48/RS**. Relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado em 18 de outubro de 2016.

_____. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 412-45/SP**. Relatoria do Ministro Jorge Mussi, julgado em 19 de setembro de 2019.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Jurisprudência do TSE**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>. Acessado em 07/02/2020.

_____. **Súmulas do TSE**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/sumulas/sumulas-do-tse>. Acessado em 07/02/2020.

CARDOZO, José Eduardo. **A máfia das propinas**: investigando a corrupção em São Paulo. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.

CRESSEY, Donald R. **Deliquency, crime and differential association**. The Hague: Martinus Nijhoff, 1964.

FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil**: estudo de casos e lições para o futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura. **Abuso de poder e perda de mandato**: Tratado de Direito Eleitoral. Tomo 7. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. **Direito constitucional eleitoral**: Tratado de Direito Eleitoral. Tomo 1. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. **Direito processual eleitoral**: Tratado de Direito Eleitoral. Tomo 6. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GOMES, José Jairo. **Crimes eleitorais e processos penal**. São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Crimes eleitorais e processo penal eleitoral**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JORGE, André Guilherme Lemos. Corrupção eleitoral. IN.: COPEJE- Colégio Permanente de Juristas da Justiça Eleitoral. **Revista de Jurisprudência do COPEJE**: 1ª Edição – Homenagem à Ministra Rosa Weber, Presidente do Tribunal Superior Eleitoral. Brasília: COPEJE, 2019.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal, volume 1**: introdução e parte geral. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

_____; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

_____; FISHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Processo e Hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução**: na tradição romano-canônica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance***, Direito penal e Lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. **Principles of Criminology**. 4th. Lippincott: Ed. Filadélfia, 1947.

_____. **White Collar Crime**. New Haven; London: Yale University, 1983.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Hacia um realismo jurídico penal marginal**. Caracas: Monte Avila Latinoamericana, 1993.v

CORRUPÇÃO ELEITORAL: uma visão sistemática sobre tipo penal do art. 299 do Código Eleitoral

Bruno Araújo Duailibe Pinheiro[1]

1. INTRODUÇÃO

Como primeira linha deste artigo, quero destacar e profundamente agradecer o honroso convite que recebi para participar desta obra, em homenagem ao eminente Desembargador Cleones Carvalho Cunha, pessoa em quem deposito o maior grau de admiração, respeito e que tenho como um amigo inestimável.

Pelo brilhantismo do homenageado, a presente tarefa poderia ser qualificada como um verdadeiro desafio, sobremaneira em razão dos tão valorosos coautores, juristas verdadeiramente de escol.

Contudo, seja pela consagração a esse verdadeiro homem público, seja pela imensa vontade de contribuir com a disseminação do conhecimento jurídico, foi que resolvi discorrer sobre um dos temas mais presentes no cotidiano da Justiça Eleitoral e que, certamente, será novamente enfrentado nas eleições deste ano: o(s) crime(s) de corrupção eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral).

Desse modo, dentro de uma abordagem prática, moldada na dinâmica da casuística eleitoral, o tema será desdobrado no próximo tópico, dando ao leitor os elementos necessários à sua inteligência, que reputo valiosa ao período que se avizinha – eleições 2020.

---

1 Membro do Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão – TRE-MA. Advogado, sócio-fundador da sociedade Kleber Moreira Advogados. Membro do Comissão Especial de Direito Eleitoral do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Membro do Instituto Maranhense de Estudo sobre a Responsabilidade Pública. Especialista em Direito Eleitoral (IDP) e Processo Civil (ICAT/UNIDF). Email: bruno@kleber-moreira.com

2. ASPECTOS SISTEMÁTICOS DO TIPO DO ART. 299 DO CÓDIGO ELEITORAL

O crime de corrupção eleitoral é, *efetivamente*, o ilícito penal de maior envergadura do arcabouço jurídico voltado à Justiça Eleitoral, tendo previsão normativa desde o Código Criminal do Império do Brasil, de 1830 (art. 101)[2].

Por sua relevância, vejamos a redação imperial:

> Dos crimes contra o livre gozo, e exercicio dos Direitos Politicos dos Cidadãos:
>
> [...]
>
> Art. 101. Solicitar, usando de promessas de recompensa, ou de ameaças de algum mal, para que as Eleições para Senadores, Deputados, Eleitores, Membros dos Conselhos Geraes, ou das Camaras Municipaes, Juizes de Paz, e quaesquer outros empregados electivos, recaiam, ou deixem de recahir em determinadas pessoas, ou para esse fim comprar ou vender votos.
>
> Penas - de prisão por tres a nove mezes, e de multa correspondente á metade do tempo; bem assim da perda do emprego, se delle se tiver servido para commetter o crime.

Identifica-se, assim, uma preocupação mais que secular do legislador quanto à manutenção de eleições livres, desvencilhadas da corrupção política, mal que, como visto, sempre se fez presente em nossa Nação.

De efeito, o atual Código Eleitoral, em seu artigo 299, assim dispõe:

2 BRASIL. Código Criminal do Império do Brazil. ***Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça.*** RJ, 8 jan. 1831. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

> Art. 299. *Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber,* para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita:
>
> Pena - reclusão até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa.

Ora, como se percebe, tem-se como claro objetivo da norma penal o resguardo da vontade do eleitor, ficando esta desprendida da influência do poderio econômico ou político. Em suma, visa-se o livre exercício do voto, sendo este o seu bem jurídico tutelado.

Trata-se de um tipo penal de conteúdo múltiplo, de modo que a realização de mais de um dos verbos nucleares, dependendo das circunstâncias fáticas atreladas à atuação do agente, configurará a existência de um único crime.

Observa-se também no tipo a existência de mais de uma modalidade do ilícito, a depender da incidência dos verbos que dinamizam a conduta do agente, a qual poderá caracterizar o crime de corrupção eleitoral ativa, calcada nos verbos dar, oferecer e prometer, ou na corrupção eleitoral passiva, esta observada nas condutas de solicitar ou receber dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem em troca do voto ou de abstenção.

Sob o aspecto da corrupção eleitoral ativa, embora a consumação do crime previsto no artigo 299 do CE se dê mediante a efetivação das ações que visem justamente à transgressão da vontade do eleitor – beneficiando, assim, por evidente, determinado candidato ou partido político –, sua autoria não está necessariamente atrelada a tais sujeitos.

A corrupção eleitoral ativa é, portanto, crime comum, praticável por qualquer pessoa imputável, comportando qualquer meio de execução. Logo, um mero simpatizante, correligionário ou cabo eleitoral pode corromper um sujeito apto ao exercício do sufrágio,

sendo inexigida pelo tipo qualificação especial do agente-corruptor para a sua consecução.

A figura da vítima – sujeito passivo – no crime de corrupção eleitoral ativa, entretanto, exige condição especial de eleitor, sem o que estaria esvaziado o objeto material da norma penal, tratando-se de um pressuposto lógico-normativo para a ocorrência do delito. Com efeito, é a modalidade ativa da corrupção eleitoral um crime comum quanto ao autor, e próprio quanto à sua vítima primária[3].

De outra banda, a corrupção eleitoral passiva configura-se como crime próprio quanto ao seu autor. Seu sujeito ativo será o próprio eleitor: aquele que solicita ou recebe vantagem ilícita em troca de voto, ou que promete abstenção no dia do pleito[4].

Quanto ao estudo da vítima do crime de corrupção eleitoral passiva, tem-se que esta pode ser qualquer pessoa contra a qual se solicite ou receba dinheiro, dádiva ou qualquer vantagem em troca do voto ou de abstenção. Logo, trata-se de um crime comum quanto ao seu sujeito passivo.

É importantíssimo ressaltar que a modalidade passiva da corrupção eleitoral, moldada sob o verbo receber (vantagem), importa, necessariamente, na existência de um ato ativo de compra – dar (vantagem). Destarte, são como faces de uma mesma moeda. No ato de aceitar a compra/venda de votos, recebendo ou entregando vantagem em sua troca, autor e vítima incidem na mesma tipificação legal e estão sujeitos à mesma penalidade (art. 299, CE).

Prosseguindo, o crime de corrupção eleitoral consuma-se com a realização de um dos verbos descritos no tipo penal, ou seja, dar,

3 A vítima secundária é o Estado, que tem seus valores e objetivos afrontados pela atuação do sujeito ativo do delito.

4 Percebe-se que o eleitor, ao *solicitar* vantagem, pode ser sujeito ativo e o crime ser consumado mesmo sem o recebimento de qualquer dádiva, e até mesmo sem que qualquer promessa nesse sentido lhe tenha sido dirigida.

oferecer ou prometer (corrupção eleitoral ativa), e solicitar ou receber (corrupção passiva).

Como se observa pela redação do dispositivo, não se exige a ocorrência de um resultado naturalístico para sua consumação. Cuida-se, assim, de crime formal, sendo irrelevante a aferição do quão viciada foi a vontade do eleitor ou se a atuação ilícita, de algum modo, influiu no resultado das urnas. O crime poderá estar consumado com a simples oferta, promessa ou solicitação de vantagem, mesmo que não haja anuência da contraparte.

Ademais, em qualquer das figuras típicas, exige-se para a sua consumação que o eleitor – vítima ou autor do delito – seja determinado ou, pelo menos, determinável, e esteja apto a votar no domicílio eleitoral do candidato corruptor ou beneficiado pela conduta. Esse é, sem dúvidas, um dos mais relevantes elementos caracterizadores desse tipo penal, reclamando especial atenção durante a fase de investigação e na instrução judicial do feito.

A condenação criminal exige prova robusta de autoria e materialidade do cometimento do crime, sendo necessária a certeza de que: (i) os sujeitos corrompidos (vítima da corrupção eleitoral ativa) ou os corruptores (autores da corrupção eleitoral passiva) estariam aptos a votar; e (ii) que pertenceriam ao domicílio eleitoral viciado.

Pelo que se observa, tais requisitos – objetivos – comportam uma mera diligência junto ao Cartório Eleitoral, o que, de logo, afastaria a configuração de crime impossível, ante a eventual ausência de comprovação do seu objeto material do crime: o voto.

Nesse diapasão, trago à baila lição do preclaro eleitoralista Rodrigo López Zilio[5], que explicita com clareza a natureza jurídica do tipo penal em análise e sua correlação com a condição subjetiva dos sujeitos envolvidos no tipo do art. 299 do CE:

5 ZILIO, Rodrigo Lopes. ***Crimes Eleitorais***. Direito Material e Processual Eleitoral. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 113/114.

> É a regra que **tutela o livre exercício da liberdade de voto**, assegurando o direito de o eleitor proceder a uma escolha de seus representantes sem qualquer interferência indevida, observando apenas a sua percepção pessoal e seu próprio parâmetro de discernimento. (Grifo meu)
>
> [...]
>
> **Se alguém que não ostenta a condição de eleitor** (ex. pessoa com os direitos políticos suspensos ou, mesmo, adolescente menor de 16 anos no dia do pleito) solicitar dinheiro para votar em determinada pessoa, **a hipótese será de crime impossível** (em relação à modalidade passiva), já que existe uma inviabilidade total do exercício do direito de voto (ou seja, impropriedade absoluta do objeto). (Grifo meu)

Deveras, quanto ao crime de corrupção eleitoral ativa, para a sua consumação, faz-se mister que ocorra a prática de um dos núcleos do tipo – dar, oferecer ou prometer –, com a finalidade específica de obter o voto do eleitor individualizado – ou a sua abstenção –, de modo que a infração somente restará configurada caso a ação do sujeito ativo recaia sobre pessoa votante e que seja pertencente ao domicílio eleitoral do candidato corruptor ou beneficiado pelo ilícito. Inobservados tais requisitos, tem-se uma conduta atípica, face à impossibilidade absoluta do objeto (voto).

Por sua vez, como já depreendido, observando-se nos núcleos solicitar ou receber, a condição especial do agente para a consumação do crime de corrupção eleitoral passiva está relacionada ao autor do delito, que deve ser eleitor.

Tais aspectos, insta asseverar, são muito assentes na jurisprudência, da qual destaco os seguintes excertos:

> [...] 1. **Na acusação da prática de corrupção eleitoral (Código Eleitoral, art. 299), a peça acusatória deve indicar qual ou quais**

> **eleitores teriam sido beneficiados ou aliciados, o que ocorreu na espécie**. […].[6]
>
> [...] 1. **Para a configuração do crime de corrupção eleitoral, além de ser necessária a ocorrência de dolo específico, qual seja, obter ou dar voto, conseguir ou prometer abstenção, é necessário que a conduta seja direcionada a eleitores identificados ou identificáveis e que o corruptor eleitoral passivo seja pessoa apta a votar**. Precedentes. […].[7]
>
> [...] **5. Exige-se (i) que a promessa ou a oferta seja feita a um eleitor determinado ou determinável; (ii) que o eleitor esteja regular ou que seja possível a regularização no momento da consumação do crime; (iii) que o eleitor vote no domicílio eleitoral do candidato indicado pelo corruptor ativo.** […].[8]

Ademais, embora a execução do crime seja livre e, em quaisquer de suas modalidades, possa ser praticado até mesmo sem o conhecimento – sequer suposição – do seu beneficiário, há a necessidade da comprovação inequívoca do dolo específico do agente. Cuida-se de fator necessário à demonstração da finalidade de obter ou dar o voto, ou prometer abstenção, conforme jurisprudência também da Corte Superior Eleitoral. Ei-la:

> [...] **2. Segundo a jurisprudência do TSE, a caracterização do crime previsto no art. 299 do Código Eleitoral depende da demonstração, por meio de provas robustas, do dolo específico. Agravo regimental a que se nega provimento**.[9]

---

6 TSE - Recurso em Habeas Corpus nº 060002023, Acórdão, Relator(a) Min. Admar Gonzaga, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 179, Data 15/09/2017. (Grifo meu)

7 TSE - Habeas Corpus nº 69358, Acórdão, Relator(a) Min. Dias Toffoli, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 172, Data 09/09/2013, Página 45/46.

8 TSE - Agravo de Instrumento nº 20903, Acórdão, Relator(a) Min. Gilmar Ferreira Mendes, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 43, Data 05/03/2015, Página 44/45. (Grifo meu)

9 TSE - Recurso Especial Eleitoral nº 428243230, Acórdão, Relator(a) Min. Admar Gonzaga, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 31, Data 09/02/2018, Página 132/133. (Grifo meu)

Tal elemento subjetivo – dolo específico – em muito revela a intenção do legislador quanto à manutenção da higidez do pleito, livre da interferência do poder econômico ou político. Contudo, a conduta dolosa tipificada no artigo 299 do CE não pode ser confundida com as proposições de campanha, que são atos lícitos e naturais ao embate político.

Evidentemente, promessas de construção de creches, escolas ou unidade de saúde em determinada comunidade, em troca dos votos dos cidadãos ali residentes, são vantagens oferecidas diante de uma contrapartida: o voto do eleitor. Sem qualquer hesitação, trata-se de uma promessa de vantagem em troca de votos.

No entanto, todos os exemplos citados não dizem respeito a benesses individuais ou a utilidades particulares, isto é, a construção de equipamentos e a realização de serviços públicos contemplam as necessidades da sociedade. Assim, mesmo que dirigida a eleitores específicos, estes não seriam os únicos beneficiários de tais proposições.

Será a natureza da vantagem – oferecida, prometida, solicitada ou recebida (núcleos do tipo) - que caracterizará a ocorrência do ilícito.

Faz-se necessária, para tanto, a demonstração de um aproveitamento singular (dolo de aproveitamento), desvinculado dos primados de legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência (art. 37, CF/88), que norteiam a condução da coisa pública. É justamente tal vinculação/desvinculação que qualificará, ou não, a dádiva como um ilícito do artigo 299.

Nesse contexto, a promessa de emprego público, pura e simples, dirigida a eleitor específico, pode sim caracterizar o ilícito em estudo. Entretanto, quando esse mesmo compromisso está relacionado à promoção de um prévio concurso público, diante da necessidade de contratação de novos servidores, estaremos a tratar de pro-

messa de campanha, cuja licitude se perfaz exatamente pelo respeito aos princípios básicos da Administração Pública.

Sobre tais aspectos, destaco representativo precedente do E. Tribunal Superior Eleitoral. Ei-lo:

> AGRAVO REGIMENTAL. **CRIME DE CORRUPÇÃO ELEITORAL**. FALTA DE JUSTA CAUSA. REEXAME DE PROVAS.
>
> 1. **O Tribunal de origem rejeitou denúncia oferecida pela prática do delito do art. 299 do Código Eleitoral, sob o fundamento de que não foi configurado o crime de corrupção eleitoral, por ausência de lastro mínimo para o processamento de ação penal, ante o caráter genérico da promessa de regularização fundiária feito a uma comunidade com 144 famílias**.
>
> 2. A reforma do julgado implicaria, necessariamente, o reexame de fatos e provas, providência que ultrapassa os estreitos limites da via recursal extraordinária, atraindo, portanto, a incidência do verbete sumular 24 do TSE.
>
> 3. **O posicionamento adotado pela Corte de origem está em consonância com a jurisprudência do TSE, firmada no sentido de que, "a realização de promessas de campanha, as quais possuem caráter geral e usualmente são postas como um benefício à coletividade, não configuram, por si só, o crime de corrupção eleitoral, sendo indispensável que a promessa de vantagem esteja vinculada à obtenção do voto de determinados eleitores"** (AI 586-48, rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJe de 13.9.2011).
>
> 4. Segundo a orientação desta Corte, "na acusação da prática de corrupção eleitoral (Código Eleitoral, art. 299), a peça acusatória deve indicar qual ou quais eleitores teriam sido beneficiados ou aliciados, sem o que o direito de defesa fica comprometido" (RHC 452-24, red. para o acórdão Min. Henrique Neves, DJe de 25.4.2013).
>
> Agravo regimental a que se nega provimento.[10]

10 TSE- Recurso Especial Eleitoral nº 157622, Acórdão, Relator(a) Min. Admar Gonzaga, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 218, Data 10/11/2017, Página 106.

Até mesmo pela natureza dos delitos, inexiste modalidade culposa para os crimes de corrupção eleitoral, somente sendo punidos a título de dolo (art. 18, parágrafo único, CP).

Quanto à tentativa de execução das condutas em estudo, embora seja juridicamente possível cogitá-la, trata-se de especificidade dificilmente punível, ante a inviabilidade de fracionamento do *iter criminis* em quaisquer dos núcleos do tipo penal: *dar*, *oferecer*, *prometer*, *solicitar* ou *receber*.

No que diz respeito à pena imposta, a compra e a venda de votos foram tratadas com efetiva indiferença pelo legislador ordinário. Em ambos os casos, o preceito secundário da norma penal impõe ao sujeito ativo do delito "*reclusão de até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa*".

Embora não tenha sido fixado um patamar mínimo de cominação da pena, este é determinado pela regra geral prevista no artigo 284 do CE, que estatui:

> Art. 284. Sempre que êste Código não indicar o grau mínimo, entende-se que será ele de quinze dias para a pena de detenção e de um ano para a de reclusão.

Desse modo, o crime de corrupção eleitoral (ativa ou passiva) comporta pena de 01 (um) a 04 (quatro) anos de reclusão, além de multa, que deverá ser fixada entre 05 (cinco) a 15 (quinze) dias-multa[11].

Com efeito, observados os patamares máximo e mínimo da pena, vê-se que não se trata de um delito de menor potencial ofensivo, em que pesa a possibilidade de aplicação do instituto da suspensão condicional do processo, nos termos do artigo 89 da Lei nº

11 Segundo o § 1º do artigo 286 do CE, o valor do dia-multa deve levar em conta as condições pessoais e econômicas do condenado, podendo variar entre o máximo de 01 (um) salário-mínimo mensal e valor correspondente a 01 (um) dia de trabalho, tendo como base o piso salarial da região.

9.099/1995. Refere-se, a crime de ofensividade média, cuja ação penal é pública e incondicionada (art. 357, CE) – circunstância comum a todos os crimes eleitorais.

3. CONCLUSÕES

Uma vez observadas todas essas particularidades sobre o artigo 299 do CE, evidenciam-se aspectos que causam estranheza – um verdadeiro incômodo quanto à sua construção legislativa.

Como vislumbrado, a norma em estudo contempla dois tipos penais em um único dispositivo, redundando-se em uma clara atecnia do ponto de vista da política criminal empregada.

Ocorre que, inobstante tratarem do mesmo bem jurídico – *corrupção eleitoral ativa* e *corrupção eleitoral passiva* –, encerram diferenças axiológicas gritantes, que fazem do tratamento equânime dado no preceito secundário da norma, um grave fator de **injustiça social** e também de **impunidade**. A valoração da conduta dos sujeitos ativos dos crimes jamais poderia levar à mesma pena em abstrato para a compra e a venda de votos.

Efetivamente, as condições sociais e de vulnerabilidade nas quais estão inseridos os autores dos crimes de corrupção eleitoral representam, entre si, distâncias abissais. Não há como negar que a entrega de uma cesta básica, em troca de voto, representa conduta muito mais abjeta do que a ação do eleitor que aceita tal escambo.

Em vista disso, o crime de corrupção eleitoral ativa molda-se no aproveitamento das condições de hipossuficiência da vítima para que, diante de sua necessidade, ceda à investida criminosa daquele que pretende obter-lhe o voto e, ainda – *na assolante maioria dos casos vislumbrados na jurisprudência* –, representá-lo como gestor público ou parlamentar.

Segundo dados do IBGE, levantados por meio da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua), no ano de 2018, a taxa de analfabetismo das pessoas com idade igual ou superior aos 15 (quinze) anos foi estimada em 6,8% da população nacional. São aproximadamente 11,3 milhões de analfabetos no Brasil, sendo a maioria da região Nordeste, com 13,9% nessa faixa etária[12].

Somada à falta de instrução, temos ainda uma vasta população de desempregados e subempregados – mais de 11% da população economicamente ativa[13]. São fatores sociais óbvios que, fortemente, atestam o desmazelo sob o qual foram tratados os delitos de compra e de venda de votos.

Ora, a mesma punição abstrata para as reputadas condutas, somada à possibilidade indistinta da concessão de medidas despenalizadoras – art. 89, Lei nº 9.099/1995 –, barateiam e servem de estímulo ao cometimento da compra de votos. Como em muitos outros casos, o princípio da suficiência das penas não se mostra atendido nesse capítulo da legislação penal brasileira.

Faz-se, assim, necessário que as frequentes reformas na legislação eleitoral também se efetivem em sua esfera criminal, de modo que se equacione, em grau aceitável, a repressão das condutas tipificadas no artigo 299 do CE ao desvalor conjuntural das ações perpetradas pelos agentes corruptores.

Também é necessário que se faça um aprofundamento criminológico do tema para que, reestruturando-se e desmembrando as figuras da corrupção eleitoral, sejam elas punidas com justiça e proporcionalidade, atendendo-se às suas finalidades sociais (art. 59 do Código Penal)[14].

---

12 Disponível em: https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18317-educacao.html. Acesso em: 08 fev. 2020.

13 Disponível em: https://www.ibge.gov.br/busca.html?searchword=desemprego&searchphrase=all. Acesso em: 08 fev. 2020.

14 BRASIL. Código Penal. *Diário Oficial da União.* RJ, 7 dez. 1940. Disponível em: http://

Com essas considerações, despedimo-nos do leitor, na esperança de que o presente texto tenha contribuído para a compreensão do tema e lhe seja útil ao enfrentamento dos casos de corrupção eleitoral nas eleições que se avizinham.

www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 fev. 2020

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Criminal do Império do Brazil. *Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça.* RJ, 8 jan. 1831. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. Código Penal. *Diário Oficial da União.* RJ, 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. Lei Complementar 64/90, de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 21 mai. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. Lei 9.504/97, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1 out. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. Lei 4.737/65, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 jul. 1965 (retificado em 30 jul. 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

CASTRO, Edson de Resende. *Curso de Direito Eleitoral*. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

DA COSTA, Adriano Soares. *Teoria da inelegibilidade, ficha limpa e registro de candidatura*: novas (velhas) considerações teóricas. Disponível em: http://novoeleitoral.com/index.php/artigos/outrosautores/448-teoriai-nelegibilidade#!/ccomment. Acesso em: 10 fev. 2020.

DA COSTA, Adriano Soares. Instituições de direito eleitoral. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DE OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro. O artigo 299 do Código Eleitoral – um exame sob ótica integralmente garantista e seu alcance nas hipóteses

de “compra” de apoio político. In: RAMOS, André de Carvalho (Coord.); KANAAN, Alice [*et al.*]. *Temas do direito eleitoral no século XXI*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2012.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

REZENDE NETO, Antenor Ferreira de. Crimes Eleitorais. In: ÁLVARO, Alexandre [*et al.*]. *O Novo Direito Eleitoral Brasileiro*: manual de Direito Eleitoral. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

ZILIO, Rodrigo Lopes. *Crimes Eleitorais*. Direito Material e Processual Eleitoral. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NOS ILÍCITOS ELEITORAIS

Daniel de Faria Jeronimo Leite[1]

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre a observância do princípio da proporcionalidade na aplicação de sanções decorrentes de ilícitos (civis) eleitorais, principalmente quando em jogo decisões que possam acarretar sanções de perda ou cassação de registros, diplomas e mandatos eletivos.

Com efeito, o princípio da proporcionalidade vem sendo largamente utilizado em todos os ramos do direito brasileiro, inclusive no Direito Eleitoral. Aliás, desde a Antiguidade, a ideia de justiça – descrita como virtude ética por Aristóteles (384 - 322 a. C.) - está relacionada à proporcionalidade.

Em sua obra intitulada "*Ética a Nicômaco",* o filósofo grego esclarece que para se alcançar a justa medida, a razão nos impõe controlar os excessos, de forma que o justo é o proporcional.

Nesse contexto, o tema foi escolhido para estudo, em razão da grande relevância no cenário jurídico e político, já que a aplicação correta de tal princípio é capaz de evitar excessos e auxiliar o aplicador da lei na busca pela justiça, mormente com o crescente processo de "judicialização das eleições".

---

1 Advogado. Procurador do Município de São Luís. Ex-Juiz Titular do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Maranhão. Pós-Graduando em Direito Eleitoral pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Pós-Graduado em Ciências Jurídico-políticas. MBA em Direito Tributário – ISAN/FGV. Mestrando em Direito Público na Universidade Portucalense em convênio com o Centro de Estudos Constitucionais e de Gestão Pública – CECGP. Endereço: Rua das Juçaras, s/n- Jardim Renascença, São Luís- MA, 65075-230. Telefone**:** (98) 3235-5687. Email: daniel@danielleiteadvogados.com. Site: http://www.danielleiteadvogados.com

2. O PRINCÍPIO[2] DA PROPORCIONALIDADE

A noção de proporcionalidade não é recente, pois, é abordada, desde a Antiguidade. O filósofo Platão (428 - 347 a.C.) associou, em sua obra *"As Leis"*, as noções de igualdade e proporção, mas foi o filósofo Aristóteles (384 - 322 a.C.), explicando sobre a justiça distributiva, em sua obra "*Ética a Nicômaco"* (ARISTÓTELES, 1991, p. 103), quem fez um estudo mais aprofundado, afirmando que a proporcionalidade fazia parte do próprio conceito de justiça, conforme se vê, *in verbis*:

> Eis aí, pois, o que é o justo: o proporcional; e o injusto é o que viola a proporção. Desse modo, um dos termos torna-se grande demais e o outro demasiado pequeno, como realmente acontece na prática; porque o homem que age injustamente tem excesso e o que é injustamente tratado tem demasiado pouco do que é bom. No caso do mal verifica-se o inverso, pois o menor mal é considerado um bem em comparação com o mal maior, visto que o primeiro é escolhido de preferência ao segundo, e o que é digno de escolha 1 bom, e de duas coisas a mais digna de escolha é um bem maior.

Já no século XVIII, Cesare Bonesana, marquês de Beccaria (1738-1794), grande iluminista clássico penal, contestando o "direito penal do terror", em sua obra "Dos delitos e das Penas" (1764, p. 30), lecionou que:

> Os castigos têm por fim único impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime.
>
> Entre as penas, e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no es-

2 É de todos conhecida a lição de Ronald Dworkin, que os princípios, diferentemente do que ocorre com as regras, não são normas aplicáveis segundo uma lógica do "tudo ou nada" (*all-or-nothing-fashion*), mas sim segundo sua dimensão de peso num caso especifico (*dimension of weight*) (DWORKIN, 2002).

> pírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado.

Acerca dos critérios de proporcionalidade, o renomado milanês estabeleceu, ainda, que *"o castigo se mede pelo dano causado à sociedade, e não pela sensibilidade do culpado"* (BECCARIA, 1764, p. 49), que seria o desvalor do resultado.

Essa concepção de proporcionalidade também estava inserida na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (elaborada na Revolução Francesa), ao estabelecer que *"a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada."* **(art. 8º)**

Para se ter noção mais precisa do princípio da proporcionalidade utilizado pelo ordenamento jurídico brasileiro, impende expor suas mais importantes influências históricas do direito estrangeiro, especialmente o direito "policial" prussiano e a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão.

Na antiga Prússia, mais especificamente no chamado direito policial prussiano (como era chamado à época o direito administrativo), surge a ideia de proporcionalidade como mecanismo de contenção do poder. Lucas Catib de Laurentiis (2017, p. 62), discorrendo acerca da proporcionalidade no direito policial prussiano, preleciona, *in verbis*:

> Sua finalidade era controlar excesso de poder e arbitrariedade e sua feição era similar às figuras de excesso e desvio de poder administrativo. Ela continha dois elementos, ou subtestes. Existindo a comprovação da relação entre meio e fim – ou seja, comprovada a adequação da medida restritiva-, a única variável a ser analisada era seu grau. Se, consideradas essas duas variáveis, a medida aplicada pudesse ser substituída por outra menos gravosa ao direito

> individual, a intervenção estatal seria considerada desproporcional. Caso contrário o meio implementado seria preservado. Adequação e necessidade era, portanto, critérios voltados a limitar a discricionariedade do uso da força pela Administração.

A transição da proporcionalidade do campo administrativo para o direito constitucional coube ao Tribunal Constitucional Alemão. Com efeito, o ambiente de horror instaurado após a Segunda Guerra Mundial criou a necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana em âmbito internacional e com a finalidade de tutelar os direitos fundamentais, a Constituição Alemã – Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (RFA), de 23 de maio de 1949, em seu art. 1º - assentou a *"vinculação jurídica dos direitos fundamentais"* para os poderes do Estado. (BARROS, 1996, p. 44).

Com fundamento na Constituição Alemã, o Tribunal Constitucional Alemão assimilou a preocupação com os direitos fundamentais, e, por via de consequência, os seus julgados acabaram sendo decisivos para a constitucionalização do princípio da proporcionalidade.

Acrescente-se, ademais, que o Tribunal Constitucional Alemão criou a polêmica figura da "proteção deficiente" como uma das faces do princípio da proporcionalidade.

A possibilidade de aplicação da proporcionalidade sob o prisma da proteção deficiente surge quando o Estado faltar com seu dever de proteção, seja por atuar de forma insuficiente, deixando de prover o mínimo de proteção constitucionalmente exigido, seja por ausência completa de qualquer atuação.

Em vista disso, diz-se, hodiernamente, que a proporcionalidade possui uma dupla face: pode ser visto tanto sob o prisma da proibição do excesso (Übermassverbot)[3], como quanto para finalidade

3 Que, nos dizeres abalizados do Min. Gilmar Mendes, no HC 96056, *"constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos*

oposta, isto é, como instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais, isto é, a proibição de insuficiência (*Untermassverbot*)[4].

Localmente, mesmo sem referência expressa em nossa Constituição, a ideia de proporcionalidade tem bastante destaque no cenário jurídico nacional, pois serve para salvaguardar direitos fundamentais atuando como instrumento de controle dos atos do Estado e proteção dos indivíduos.

No que importa ao presente artigo, a importância do princípio da proporcionalidade está diretamente relacionada à escolha, ao caso concreto, de uma norma jurídica, em detrimento de outra, quando existe conflito aparente entre elas. Como enfatiza o Ministro Luís Roberto Barroso, *"o princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça do caso concreto"* (BARROSO, 2013, p. 168).

Quanto à sua aplicabilidade, de acordo com a doutrina alemã (ALEXY, 2008, pp. 588-610), a observância do princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, deve ser feita em suas três dimensões (subprincípios ou máximas), quais sejam: adequação; necessidade; e proporcionalidade em sentido estrito.

Acerca do assunto, é importante citar o ensinamento de Humberto Ávila (2018, p. 207), *in verbis:*

> O exame da proporcionalidade aplica-se sempre que houver *uma medida concreta* destinada a realizar uma *finalidade*. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização

fundamentais, de modo a estabelecer um "limite do limite" ou uma 'proibição de excesso' na restrição de tais direitos". (STF, 2012)

4 Segundo a doutrina de Lenio Luiz Streck, nessa faceta ***(Untermassverbot)*** funcionaria *"como garantia de proteção contra as omissões do Estado, isto é, será inconstitucional se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção"*. (STRECK, 2020).

> da finalidade (exame de adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame de necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame de proporcionalidade em sentido estrito).

Resumindo, o princípio da proporcionalidade tem enfoque tridimensional no conflito aparente de normas: permitir a incidência daquela que traga o mínimo de restrição ao titular do direito (necessidade); apropriada à realização do interesse público (adequação); e ser proporcional em relação ao fim a atingir (proporcionalidade em sentido estrito) (DI PIETRO, 2017, p. 11).

3. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO ELEITORAL

O Direito Eleitoral é, de forma bem resumida, o ramo do direito público que estuda as normas e os procedimentos que regulam o processo eleitoral para que se exercite o direito fundamental de sufrágio, visando à concretização da soberania popular.

No direito eleitoral, o princípio da proporcionalidade vem sendo utilizado na interpretação e aplicação das normas jurídicas eleitorais, nas suas duas dimensões: proibição do excesso e de proteção deficiente.

À guisa de exemplo, aplica-se o princípio da proporcionalidade no exame da prestação de contas pela justiça eleitoral.

Isso mesmo! De acordo com o entendimento do TSE, admite-se *"a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para viabilizar a aprovação das contas, ainda que com ressalvas, em hipóteses nas quais o valor das irregularidades é módico e ausentes*

indícios de má-fé do prestador e de prejuízo à correta análise da regularidade pela Justiça Eleitoral". (TSE, 2019). [5]

Além do mais, recentemente, o STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.525/DF, sob a Relatoria do Ministro Luis Roberto Barroso, aplicou o princípio da proporcionalidade, sob o enfoque da proteção deficiente para declarar inconstitucional a expressão *"após o trânsito em julgado"* contida no art. 224, § 3º, do Código Eleitoral, por afronta aos princípios da soberania popular e da garantia de duração razoável do processo.

Quanto ao ponto, o voto do festejado Ministro assentou precisamente o seguinte*:*

> "Com efeito, considerando-se o prazo do mandato de Presidente da República, Governador e Prefeito, que é de quatro anos, e a quantidade de recursos cabíveis até se chegar ao trânsito em julgado da decisão – cabendo, inclusive, recurso extraordinário – dificilmente as novas eleições seriam convocadas em tempo hábil a impedir que candidatos eleitos ilegitimamente, por razões de indeferimento de registro ou cassação de diploma ou mandato, viessem a cumprir todo o mandato ou, ainda, parte considerável deste. Daí decorre ser inconstitucional a expressão "após o trânsito em julgado", por violar o princípio da proporcionalidade, na sua faceta de proibição de proteção deficiente (Untermassverbot), porquanto, acaso prevaleça no ordenamento jurídico a norma em comento, prejudicada estaria a suficiente proteção do processo eleitoral, do patrimônio público, da democracia, da soberania popular e do funcionamento eficiente da Justiça Eleitoral". [...] (STF, 2019).

5 No mesmo sentido: AgR-Al n° 1856-20IRS, red. para o acórdão Mm. Henrique Neves, DJe de 9.2.2017; AgR-REspe n° 444-73/SE, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe de 26.9.2018 e AgR-REspe n° 2159-67/GO, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 11.3.2016.

4. PROPORCIONALIDADE E ILÍCITOS ELEITORAIS

Como sabido, em conformidade com o primado da soberania popular (art. 1º, I, da CF), o candidato escolhido pelo sufrágio universal deve exercer o seu mandato. Todavia, pelo respeito à legitimidade das eleições, é necessário verificar *"se o eleito assim o foi de forma legítima, ou seja, se a escolha popular que o elegeu se deu com base nas regras procedimentais para tanto, se foi respeitado o princípio da igualdade entre os candidatos e, por fim, se foi observada a vontade popular, consubstanciada na liberdade do exercício do voto"* (PECCININ, 2017).

É nesse contexto de preservação da normalidade e legitimidade das eleições (bem jurídico tutelado pelo art. 14, §9º da CF[6]), que nascem as normas sancionadoras que implicam cassação de registro, diploma ou mandato, ou que cominem inelegibilidade.

Contudo, não se pode perder de vista que cassar diploma ou mandato eletivo é o mesmo que cassar um conjunto de vontades de eleitores de uma unidade da federação (soberania popular). Assim, somente um fato grave que macule a legitimidade das eleições[7] através (1) da violação de suas regras procedimentais, (2) do rompimento da igualdade de oportunidades entre os candidatos, e (3) da vulneração da liberdade do exercício do voto pelo eleitor, é que pode justificar a intervenção da justiça eleitoral (cassação) na soberania popular.

---

6 Art. 14 (...)
Omissis
§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício 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.

7 Que pode ser observado tanto em sua dinâmica, quanto em seu resultado.

Aliás, a preservação da soberania popular possui tamanha importância que foi erigida como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, I, da Constituição Federal Brasileira. Daí, repita-se, a grande relevância da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Poder Judiciário Eleitoral, especialmente nos processos judiciais que envolvam a cassação de diplomas e mandatos, com a invalidação da vontade popular expressada nas urnas.

Sem embargo, de acordo com Frederico Franco Alvim (2019, p. 286), na jurisprudência do direito comparado, os princípios da conservação dos atos eleitorais e o da proibição do falseamento da vontade popular seriam vetores principiológicos que justificam a intervenção do Poder Judiciário no resultado da eleição, conforme explica:

> Fala-se, especificamente, do princípio da conservação dos atos eleitorais (a significar que a vontade do corpo eleitoral manifestada de forma clara e livre deve ser preservada), assim como do princípio da proibição do falseamento da vontade popular (por meio do qual a anulação das eleições – e a consequente invalidação dos votos – somente é possível diante de casos em que o resultado das urnas tenha sido indevidamente determinado por algum ilícito).

Considerando-se tal aspecto, a atuação do Poder Judiciário Eleitoral não pode ser ampla no campo das cassações de mandatos ou diplomas, devendo ocorrer de maneira minimalista, como pontua o conspícuo Ministro Gilmar Mendes, *in verbis:*

> A atuação da Justiça Eleitoral deve ocorrer de forma minimalista, tendo em vista a possibilidade de se verificar uma judicialização extremada do processo político eleitoral, levando-se, mediante vias tecnocráticas ou advocatícias, à subversão do processo democrático de escolha de detentores de mandatos eletivos, desrespeitando-se,

> portanto, a soberania popular, traduzida nos votos obtidos por aquele que foi escolhido pelo povo. (TSE, 2017).

Nessa toada, a aplicação do princípio da proporcionalidade em tema de cassação de mandato eletivo, na vertente de proibição do excesso, serve para evitar que penas exacerbadas (= inadequadas, desnecessárias, ou não proporcionais em sentido estrito) sejam aplicadas a pretexto de preservar a legitimidade da disputa eleitoral (art. 14,§9º da CF), mas que, em última razão, acabem por fulminar a própria soberania popular (art. 1º, I da CF).

O panorama, aqui descrito muito sumariamente, permite ressaltar que o Poder Judiciário, com fundamento na compreensão da reserva legal proporcional, deve verificar a existência inequívoca de grave ilícito eleitoral, antes de aplicar as severas e excepcionais sanções de cassação de mandato, registro ou diploma, e de declaração de inelegibilidade.

Destaque-se, ainda, que o princípio deve ser observado não apenas em sua faceta de proibição do excesso, mas também em sua outra vertente, da proteção deficiente, posto que somente em sua dupla observância é que se alcançará o equilíbrio entre os direitos individuais atingidos pelas regras sancionatórias e os direitos coletivos protegidos pelo texto constitucional e eleitoral (OSÓRIO, 2019, p. 195).

Outrossim, com o advento da Lei 13.655/2018[8], o julgador também não poderá mais decidir "com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão" (art. 20).

Muito embora as decisões que levem à cassação de mandato eletivo tenham, potencialmente, consequências fortes para a conti-

8 Que incorporou novos artigos à Lei de Introdução às Normas do Direito – LINDB

nuidade administrativa, ordem política, econômica e social, não se encontra, com facilidade, julgados que tenham se preocupado em enfrentar essa temática do consequencialismo.

Tal se dá porque referido preceito tem por finalidade interditar a prolação de *"decisões baseadas em normas com alto grau de indeterminação onde o "voluntarismo" do agente (administrador, controlador ou juiz) substitua a segurança jurídica"* (MARTINS, 2019), o que, via de regra, não ocorre no microssistema eleitoral, ainda que ele se utilize, vez por outra, de conceitos jurídicos indeterminados[9] (normalidade e legitimidade das eleições, por exemplo).

Assim, a priori[10] não se compreende constitucional fundamentação unicamente consequencialista no julgamento de mérito de ações de cassação de mandato eletivo.

9 Como adverte Jose Jairo Gomes (2019, p. 32).

10 A Suprema Corte Americana, no entanto, tem um julgado emblemático sobre o tema. Trata-se do famoso caso ***Bush versus Gore.*** No ano de 2000, a eleição para o cargo de Presidente dos Estados Unidos foi disputada entre George W. Bush e Al Gore. Eles estavam disputando cabeça a cabeça e o candidato que ganhasse as eleições no Estado da Flórida, estaria eleito. Al Gore propôs medida judicial de resolução complexa que apontava diversas nulidades no processo de recontagem de votos. A Suprema Corte Americana, ao perceber que a contenda se prolongaria para além da data da posse do Presidente da República, promoveu julgamento, por maioria, finalizando rapidamente a complexa discussão jurídica para evitar, segundo muitos, crise política de proporções inimagináveis.

O festejado autor, Richard Posner (2010), em sua obra "Direito, pragmatismo e democracia", abordou o assunto com maestria. Para ele, "o mal potencial à nação de permitir que o impasse da eleição presidencial de 2000 se arrastasse até e talvez mesmo depois de janeiro de 2001, foi a característica mais impressionante de Bush versus Gore de um ponto de vista pragmático."

4.1. PROPORCIONALIDADE NO ABUSO DE PODER11 (ART. 22 DA LC nº 64/90)

No direito eleitoral, a ação de investigação judicial eleitoral por abuso de poder (político, econômico ou uso indevido de veículos ou meios de comunicação) visa coibir atos que tenham o condão de vulnerar **o binômio normalidade X legitimidade do pleito**, estando prevista e regulada pelo art. 22 da LC nº 64/90.

Quanto ao conceito jurídico de abuso de poder na seara eleitoral, a sua análise deve ser feita no caso concreto, observando-se se a gravidade dos fatos alegadamente abusivos ou indevidos compromete a higidez e a lisura do processo eleitoral.

Neste sentido é a lição de Edson de Resende Castro (2018, p.346):

> Resumidamente, pode-se dizer que uma Investigação Judicial Eleitoral – AIJE, cujo objeto é a apuração de abuso de poder para fixação de inelegibilidade, só poderá ser julgada procedente se houver prova da gravidade do abuso de poder para afetar a normalidade e legitimidade das eleições (abuso de poder qualificado).

Com muita propriedade, Marcos Ramayana (2018, p. 706) cita alguns vetores para se interpretar a gravidade no contexto de abuso de poder, *ad litteram:*

11 Não se desconhece a enorme gama de subdivisões quanto ao tema (ações/representações eleitorais, cujo sancionamento pode levar à cassação do registro, mandato ou diploma) que a abalizada doutrina traz, da qual se destaca, pela primazia do raciocínio, a bipartição feita por Rodrigo Lópes Zilio, em seu festejado artigo "Potencialidade, Gravidade e proporcionalidade", entre o que denomina "representações específicas" – previstas, todas, na Lei 9504/97 – e "ações genéricas" – as quais, têm origem em diplomas normativos diversos (Código Eleitoral, Lei Complementar e Constituição Federal). E a partir dessa bipartição, o autor avança para apontar distinção entre os conceitos de potencialidade e proporcionalidade e o seu entrelaçamento com o conceito de gravidade, trazido pela nova redação do art. 22, inciso XIV, da Lei Complementar n. 64/90, com as alterações promovidas a partir da Lei Complementar n. 135/2010.

a intenção de prejudicar o erário público ou bens de pessoas físicas ou jurídicas com fins eleitoreiros;

a violação da boa-fé;

a propaganda usada contrariamente à sua função de divulgação das propostas dos candidatos;

desrespeito aos direitos fundamentais de primeira dimensão vinculados à liberdade (direitos políticos);

lesão ao sufrágio sob o prisma da legitimidade; e

lesão ao direito moral do eleitor em sua cidadania afetando uma característica do direito da personalidade (arts. 1º, incs. II e III, Constituição da República);

Pela dicção do art. 22, inciso XVI, da LC nº 64/90, com a redação dada pela LC n.º 135/2010, "para a configuração do ato abusivo, não será considerada a *potencialidade lesiva* de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas *a gravidade das circunstâncias* que o caracterizam". Com a alteração legislativa, o critério quantitativo (aritmético), não é mais indispensável à caracterização do abuso de poder. (TSE, 2017).

Outrossim, salienta-se que a comprovação da gravidade dos fatos durante um determinado processo eleitoral deve ser feita com provas absolutamente seguras[12], tanto que o legislador optou por excluir, para fins de cassação do mandato, a prova testemunhal singular, quando exclusiva[13]. Nos dizeres de José Jairo Gomes (2019, p. 793):

12 É oportuno repisar, quando se fala em processos que possam cassar registros/mandatos/diplomas eletivos, a advertência feitas linhas atrás sobre a primazia que o ordenamento jurídico confere à soberania popular, erigida como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, I, da Constituição Federal.

13 Art. 368-A do Código Eleitoral. A prova testemunhal singular, quando exclusiva, não será aceita nos processos que possam levar à perda do mandato.

> [...] o abuso de poder deve estribar-se em fatos objetivos, adequadamente demonstrados nos autos do processo por meio de provas seguras, produzidas validamente sob égide de um processo justo e democrático (*due processo of law),* respeitados o contraditório e a ampla defesa.

Por fim, assevera-se que para a imposição das sanções previstas no art. 22 da LC 64/90 (cassação de mandato e inelegibilidade), deve ser feita a distinção entre o autor da conduta abusiva e o mero beneficiário dela, pois, em decorrência da proporcionalidade, bem como do princípio da pessoalidade da pena (art. 5º, XLV, da CF), a sanção de inelegibilidade dever ser imposta tão apenas àqueles que de fato são responsáveis pelo abuso perpetrado.

Na mesma linha de raciocínio, o TSE assentou que *"a inelegibilidade constitui sanção de natureza personalíssima, de modo que não se aplica ao mero beneficiário dos atos abusivos, mas apenas a quem tenha contribuído, direta ou indiretamente, para a prática de referidos atos"*. (TSE, 2019).

4.2. PROPORCIONALIDADE E CAPTAÇÃO OU GASTO ILÍCITO DE RECURSO ELEITORAL (ART. 30-A DA LEI DAS ELEIÇÕES)

O art. 30-A da Lei n.º 9.504/1997 foi introduzido pela Lei n.º 11.300/2006 (alterada posteriormente pela Lei nº. 12.034/2009), em consequência da minirreforma eleitoral gerada pelo escândalo de corrupção ocorrido em 2005, conhecido como "mensalão". Tal dispositivo legal prevê duas hipóteses de cabimento de representação eleitoral, quais sejam, a captação (arrecadação) ou gasto ilícito de recursos, que tutela três bens jurídicos no contexto da legitimidade

das eleições: a igualdade política, a higidez e lisura na competição eleitoral e a transparência das campanhas eleitorais.

O ilícito eleitoral em comento configura-se pela prática ilícita relativa à forma de obtenção (na origem, na forma ou no conteúdo) e ao uso de recursos financeiros em campanhas eleitorais, que sejam capazes de comprometer, nos dizeres do Ministro Edson Fachin, *"a lisura do pleito e o desequilíbrio entre os candidatos na disputa, maculadas pela má-fé e cuja relevância jurídica seja compatível com a reprimenda de cassação do diploma."* (TSE, 2019).

Partindo-se do ensinamento bíblico de que pelos frutos se conhece a árvore[14], entende-se que, como bem enfatiza José Jairo Gomes (2019, p. 840), *"se a campanha é alimentada com recursos de fontes proibidas ou obtidos de modo ilícito ou, ainda, realiza gastos não tolerados, ela mesma acaba por contaminar-se, tornando-se ilícita".*

Registre-se que para configuração da conduta capitulada no art. 30-A da Lei 9.504197, é desnecessária a prova da potencialidade do ato para desequilibrar o pleito eleitoral. Todavia, tal fato, por si só, não afasta aplicação do princípio da proporcionalidade. O entendimento do TSE é bem claro sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade na aplicação da sanção prevista no § 2º art. 30-A da Lei 9.504/97:

> Deve-se observar o critério de proporcionalidade na aplicação da sanção prevista no § 2º art. 30-A da Lei 9.504/97, ou seja, avaliar se a cassação do diploma é proporcional às irregularidades praticadas pelo candidato. Precedentes. (TSE, 2015).

Nessa esteira, Rodrigo López Zilio (2018, p. 759) adverte, *verbo ad verbum*:

14 Bíblia Sagrada. Lucas 6:44: *Pois cada árvore é conhecida pelos seus próprios frutos. Não é possível colher-se figos de espinheiros, nem tampouco, uvas de ervas daninhas*.

> [...] a conduta de captação ou gasto ilícitos de recursos deve ostentar gravosidade que comprometa seriamente a higidez das normas de arrecadação e dispêndio de recursos, apresentando dimensão que, no contexto da campanha eleitoral, importe em descompasso irreversível na correlação de forças entre concorrentes ao processo seletivo.

Vale lembra que a análise da proporcionalidade, *i.e., relevância* jurídica das irregularidades praticadas pelo candidato deve ser analisada observando *o contexto da campanha eleitoral*, consoante, ainda, o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral esposado no AgR-RO n.º 340, sob a Relatoria do Ministro João Otávio de Noronha (TSE, 2014). No mesmo sentido, cite-se o Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 42544, TSE/RN, sob a Relatoria do Ministro Luiz Fux. (TSE, 2016).

Segundo Marcos Ramayana (2018, p. 618), *"a violação ao critério de razoabilidade ou proporcionalidade que enseja a propositura da ação de captação ilícita de recursos é mensurada em razão da quantidade de valores ilícitos em relação ao tipo de eleição e à localidade do pleito eleitoral"*.

Acerca do tema, o em. Des. Cleones de Carvalho Cunha, membro do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Maranhão, indica de maneira precisa as seguintes condições para incidência do princípio da proporcionalidade no ilícito eleitoral em comento, *in litteris:*

> [...] A aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, nos termos da jurisprudência do TSE, exige a incidência das seguintes condições: (a) não comprometimento da transparência do ajuste contábil; (b) valor da irregularidade cujo percentual se demonstre irrelevante; e (c) ausência de configuração de má-fé por parte do candidato. [...]. (TRE-MA, 2019).

Ainda sobre o tema, forçoso alertar, por oportuno, que a decisão proferida no julgamento da prestação de contas de campanha não vincula o julgamento da ação ajuizada com base no art. 30-A da Lei das Eleições, pois se trata de processos distintos e autônomos. Assim, a captação e gasto ilícito de recurso *"não se confunde com as meras irregularidades contábeis apuradas em processo próprio de prestação de contas, as quais, se detectadas, ensejam naquela seara as consequências apropriadas"*. (TSE, 2019).

4.3. PROPORCIONALIDADE E CONDUTAS VEDADAS

As condutas vedadas (arts. 73 a 75 e 77 da Lei n.º 9.504/1997) configuram um ilícito eleitoral da espécie do gênero abuso de poder (abuso de poder político), cujo bem jurídico tutelado é, no contexto amplo da legitimidade e lisura das eleições, a *igualdade* de oportunidade entre os candidatos.

É interessante observar que o rol das hipóteses de condutas vedadas previstos nos artigos 73 a 78 da Lei n.º 9.504/97 é *numerus clausus,* principalmente em razão da sua natureza de ilícito sancionatório.

Questão importante a frisar é que a tão-só ocorrência do fato lesivo importa na procedência do pedido, com o reconhecimento da prática da conduta vedada, sem a necessidade de que se demonstre aptidão ou potencialidade para desequilibrar o pleito.

Registre-se, por oportuno, que reconhecida a prática da conduta vedada pelo Poder Judiciário, há de se observar o princípio da proporcionalidade na aplicação da sanção, levando-se em conta a gravidade da conduta praticada pelo agente público, com fixação e gradação da penalidade em conformidade à lesão ao bem jurídico tutelado pela referida norma.

Acerca do tema, José Jairo Gomes (2019, p. 901) explica, *in verbis:*

> [...] por esse princípio, a sanção deve ser condizente com a gravidade da conduta e, pois, a magnitude da lesão. De maneira que irregularidade pouco expressiva para lesar o bem jurídico tutelado – isto é, a igualdade de oportunidade no pleito – pode ensejar a aplicação de sanção demasiado severa, como a cassação de diploma e, consequentemente do próprio mandato. Pior: a cassação do diploma leva à inelegibilidade por 8 anos. Em determinadas situações, esse resultado não se afigura justo nem razoável, dada a ínfima lesão ao bem salvaguardado.

Colhe-se, também, o ensinamento de Rodrigo López Zilio (2012, p. 05), *in litteris:*

> Em suma, havendo adequação típica ocorrerá, de regra, o sancionamento respectivo, o qual deverá observar o princípio da proporcionalidade, ou seja, no caso concreto e com base na prova colhida na instrução processual, o juízo, sempre que possível, velará pela aplicação da sanção, mas com a proibição do excesso sancionatório. Dito de outro modo, a sanção a ser aplicada deve guardar razoabilidade com o ato praticado e com a quebra do bem jurídico tutelado; logo, sendo suficiente a imposição da multa para a reposição do *status* violado pela conduta vedada, é inadequada a cassação do registro ou do diploma do candidato.

No mesmo sentido, o Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão, ao julgar o Recurso Eleitoral nº 31036, concluiu que:

> [...] **Para a caracterização de conduta vedada não se cogita de potencialidade para influir no resultado do pleito, porquanto a só prática da conduta estabelece presunção objetiva de desequilíbrio entre os candidatos. A sanção a ser aplicada deve guardar proporcionalidade com o ato praticado e a quebra do bem jurídico tutelado**. A jurisprudência do TSE é no sentido de

> que a hipótese de inelegibilidade do art. 1º, inciso I, alínea j, da LC nº 64/90, não é imposta em sede de representação fundada em conduta vedada (art. 73 da Lei das Eleições), constituindo apenas efeito secundário de uma eventual condenação nesta ação, verificável apenas no momento em que o cidadão vier a requerer um futuro registro de sua candidatura. [...]. (g.n.) (TRE-MA, 2016).

4.4. PROPORCIONALIDADE E CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO (ART. 41-A DA LEI DAS ELEIÇÕES)

A captação ilícita de sufrágio está prevista no art. 41-A da Lei n.º 9.504/1997– Lei das Eleições, introduzida pela Lei n.º 9.840/1999 (conhecida como Lei dos Bispos), sendo modalidade de abuso de poder ofensiva à livre vontade do eleitor. As sanções previstas para esse ilícito eleitoral são: multa e cassação do registro (ou do diploma, se já se houver consumado o processo eleitoral).

Note-se que, diversamente das outras espécies de ilícitos eleitorais, que *protegem* a normalidade, a legitimidade, e a lisura do pleito eleitoral; o bem jurídico protegido, no ilícito em comento, é a *liberdade de voto* do eleitor de acordo com a sua própria consciência. Por tal motivo, não se exige para a sua configuração a comprovação inequívoca do desequilíbrio nas eleições com o comprometimento da normalidade e legitimidade do pleito eleitoral.

Diversamente do outros ilícitos eleitorais já comentados, em caso de procedência da ação, *o princípio da proporcionalidade* não pode ser aplicado no ilícito em liça para se *afastar* a penalidade mais exacerbada - cassação de registro (antes das eleições) ou de diploma (após o pleito eleitoral), devendo o sancionamento ser necessariamente dúplice – cassação e multa.

Nesse raciocínio, a orientação da Corte Superior Eleitoral é no sentido de que *"as sanções previstas no art. 41-A da Lei nº 9.504/1997*

cassação do registro ou do diploma e multa são cumulativas". (TSE, 2018). Portanto, não há como aplicar a sanção de multa de forma separada da cassação do registro ou do diploma.

Registre-se que a postura da Justiça Eleitoral é de punir aquele que violou o bem jurídico tutelado pela norma (liberdade de voto do eleitor), independentemente da relevância quantitativa do fato diante do resultado eleitoral. É que, de acordo com a jurisprudência do TSE, *"para a caracterização da captação ilícita de sufrágio, é irrelevante aferir a potencialidade da conduta a partir do número de votos efetivamente cooptados"*, como assentou o Ministro Henrique Neves no AgR-REspe *nº 49956* (TSE, 2016). No mesmo sentido, veja-se o REspe *nº 27737, sob a Rel. Min. José Delgado*. (TSE, 2007).

Porém, diante da contundência dos seus efeitos, apenas situações comprovadas com acervo probatório robusto e incontroverso hão de caracterizar a prática de captação ilícita de sufrágio, posto que como bem esclarece o Ministro Gilmar Mendes*:*

> "[...] para afastar legalmente determinado mandato eletivo obtido nas urnas, compete a Justiça Eleitoral, com base na compreensão da reserva legal proporcional verificar, com fundamento em **provas robustas admitidas em direito**, a existência de todos os requisitos da captação ilícita de sufrágio. Como se sabe, o art. 41-A da Lei no 9.504/1997, tutela justamente a livre vontade do eleitor, combatendo, com a razoável duração do processo, as condutas ofensivas ao direito fundamental ao voto [...]". (TSE, 2016).

Não se pode perder de vista que a *mens legis* não é punir o pedido de voto em si, mas o ato de doar, oferecer, prometer ou entregar alguma benesse com a finalidade específica de obter o voto de eleitor determinado, razão pela qual *"as promessas genéricas, sem o objetivo de satisfazer interesses individuais e privados, não são capazes de atrair a incidência do art. 41-A da Lei nº 9.504/97"*, conforme o entendimento do TSE, no REspe nº 47444, sob a Rel. Min. Tarcísio Vieira

de Carvalho Neto (TSE, 2019), bem como no REspe nº 82165, rel. Min. Gilmar Mendes (TSE, 2015).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, pode-se concluir que o princípio da proporcionalidade atua no sentido de limitar a intervenção estatal em qualquer esfera, preservando os direitos fundamentais albergados na Constituição, de forma que não sejam restringidos ou limitados senão frente à necessidade de preservação de outros direitos, igualmente fundamentais, e somente na medida em que esta diminuição demonstrar-se necessária, adequada, e proporcional diante do fim a que se destina.

Analisando-se as ações/representações eleitorais, cujo sancionamento pode levar à cassação do mandato ou diploma, percebe-se, em casos tais, uma controvérsia judicial que envolve colisão aparente entre a soberania popular (art.1º da CF) e a normalidade x legitimidade das eleições (art. 14, §9º, da CF).

Nessa toada, o desafio interpretativo é ponderar (através da utilização do princípio da proporcionalidade) qual deve prevalecer no caso concreto, somente se permitindo a prevalência da revisão judicial da escolha do eleitorado, quando graves ocorrências (induvidosamente comprovadas) tisnarem a legitimidade da disputa eleitoral.

Assim, é possível concluir que a intervenção da justiça eleitoral no resultado eleitoral (decorrente da soberania popular) em busca da preservação da sua normalidade e legitimidade (que pode ser tisnada por atos ilícitos) deve ser tomada de forma minimalista, e sempre na perspectiva de uma reserva legal proporcional à gravidade das ilicitudes *induvidosamente* comprovadas no processo judicial eleitoral.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

ALVIM, Frederico Franco. **Abuso de Poder nas competições eleitorais.** Curitiba: Juruá, 2019.

ALVIM, Frederico Franco. **Curso de Direito Eleitoral.** 2ª edição. Curitiba, Juruá: 2016.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, Poética (col. Os Pensadores v. II), seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. — 4. ed. — São Paulo: Nova Cultural, 1991.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro – contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum. 2013

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Livraria e Editora Brasília, 1996.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas.** Edição Eletrônica: Ridendo Castigat Mores, 1764. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ eb000015.pdf>. Acesso em: 12 de janeiro de 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 96056, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 28/06/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-089 DIVULG 07-05-2012 PUBLIC 08-05-2012 RT v. 101, n. 922**, 2012**, p. 710-718. Disponível em: <https//:www.stf.jus.br> Acesso 28 de janeiro de 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 5525, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-261 DIVULG 28-11-2019 PUBLIC 29-11-2019. Disponível em: <https//:www.stf.jus.br> Acesso 28 de janeiro de 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. AO 1773, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 26/11/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-253 DIVULG 27/11/2018 PUBLIC 28/11/2018. Disponível em: <https//:www.stf.jus.br> Acesso 28 de janeiro de 2020.

BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. AIJE n° 1943-58.2014.6.00.0000/DF 144 AIME n° 7-61.2015.6.00.0000/DF Rp n1 8-46.2015.6.00.0000/DE, Relator originário: Ministro Herman Benjamin, Redator para o acórdão: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, SESSÃO DE 9.6.2017. Disponível em: <https//:www.tse.jus.br> Acesso 28 de janeiro de 2020.

BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral N° 180-79. 2016.6.26.0274 - CLASSE 32—CAMPINAS - SÃO PAULO, Relator Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, julgado em 9.4.**2019.** Disponível em: <https//:www.tse.jus.br> Acesso 28 de janeiro de 2020.

BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. RESPE: 172 BARRA DO RIBEIRO - RS, Relator: Gilmar Ferreira Mendes, Data de Julgamento: 17/11/2016, Data de Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 25, Data 03/02/**2017**, Página 119/12. Disponível em: <https//:www.tse.jus.br> Acesso 28 de janeiro de 2020.

BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral.** RECURSO ORDINÁRIO N° 1723-65.2014.6.07.0000 - CLASSE 37 - BRASÍLIA - DISTRITO FEDERAL, Rel. Min. Admar Gonzaga, julgado em de 7.12.**2017.** Disponível em: <https//:www.tse.jus.br> Acesso 28 de janeiro de 2020.

BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL N° 422-70.2016.6.13.0251 - CLASSE 32 - DIONISIO - MINAS GERAIS, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 30.5.**2019**. Disponível em: <https//:www.tse.jus.br> Acesso 28 de janeiro de 2020.

BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 100186, TSE/SC, Rel. Edson Fachin. j. 05.02.2019, unânime, DJe 14.02.**2019**. Disponível em: <https//:www.tse.jus.br> Acesso 28 de janeiro de 2020.

BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. Recurso Ordinário nº 500324, TSE/SE, Rel. Fátima Nancy Andrighi. j. 02.12.2014, maioria, DJe 09.02.**2015**. Disponível em: <https//:www.tse.jus.br> Acesso 28 de janeiro de 2020.

BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral.** AgR-RO n.º 340, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 24.6.**2014**. Disponível em: <https//:www.tse.jus.br> Acesso 29 de janeiro de 2020.

BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 42544, TSE/RN, Relator Ministro Luiz Fux j. 18.10.2016, unânime, DJe 19.12.**2016**. Disponível em: <https//:www.tse.jus.br> Acesso 29 de janeiro de 2020.

BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 100186, TSE/SC, Rel. Edson Fachin. j. 05.02.2019, unânime, DJe 14.02.**2019**. Disponível em: <https//:www.tse.jus.br> Acesso 29 de janeiro de 2020.

BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral.** AI - Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 3473 - RIO GRANDE DO PIAUÍ - PI, Relator: Min. Jorge Mussi, Data de Julgamento: 01/03/2018, Data de Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 27.03.**2018**, Página 65. Disponível em: <https//:www.tse.jus.br> Acesso 29 de janeiro de 2020.

BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral.** AgR-REspe *nº 49956, Rel.* Min. Henrique Neves, julgado em 25.2.**2016**. Disponível em: <https//:www.tse.jus.br> Acesso 29 de janeiro de 2020.

BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral.** REspe *nº 27737, Rel. Min. José Delgado, julgado em 4.12***.2007**. Disponível em: <https//:www.tse.jus.br> Acesso 29 de janeiro de 2020.

BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral.** REspe nº 64036, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 1.7.2016. Disponível em: <https//:www.tse.jus.br> Acesso 29 de janeiro de 2020.

BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral.** REspe nº 47444, sob a Rel. Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, julgado em 14.3.**2019**. Disponível em: <https//:www.tse.jus.br> Acesso 29 de janeiro de 2020.

BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral.** REspe nº 82165, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 03.08.**2015**. Disponível em: <https//:www.tse.jus.br> Acesso 29 de janeiro de 2020.

BRASIL. **Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Maranhão** - RE: 29966 MATINHA - MA, Relator: Des. Cleones Carvalho Cunha, Data de Julgamento: 12/02/2019, Data de Publicação: DJ - Diário de justiça, Tomo

28, Data 15/02/**2019**, Página 10. Disponível em: <https//:www.tse.jus.br> Acesso 29 de janeiro de 2020.

BRASIL. **Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão**. Recurso Eleitoral nº 31036, TRE/MA, Rel. Daniel de Faria Jeronimo Leite. j. 10.08.2016, unânime, DJ 26.08.**2016**. Disponível em: <https//:www.tse.jus.br> Acesso 29 de janeiro de 2020.

CASTRO, Edson de Resende. **Curso de Direito Eleitoral.** Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

COSTA, Daniel Castro Gomes da. **Curso de Direito Processual Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 30ª.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense. 2017.

DWORKIN, *Ronald.* ***Levando*** **os** ***direitos*** **a** ***sério***. T*radução* e notas de *Nelson Boeira*. *São Paulo*: *Martins Fontes*, 2002.

FRANÇA. ***Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*** – França, *1789*. Disponível em < http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>– Acesso 20 de janeiro de 2020.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 15ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas. 2019.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. **A proporcionalidade no Direito Constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática.** São Paulo: Malheiros. 2017.

MARTINS, Fernado Rodrigues. **Consequencialismo e valores jurídicos abstratos na LINDB.** Publicado na Revista eletrônica "Conjur", em 11 de fevereiro de **2019**. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2019-fev-11/direito-civil-atual-consequencialismo-valores-juridicos-abstratos-lindb> Acesso 29 de janeiro de 2020.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade**. Leis Constitucionais comentadas e anotadas.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 6ª edição revista e atualizada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PECCININ, L. E**. O que é potencialidade-gravidade-proporcionalidade nas ações de cassação de mandato: a jurisprudência do TSE sobre o tema** (Debate realizado entre Marcus Vinicius Furtado Coelho **e** Tarcísio Vieira de Carvalho Neto no V Congresso Brasileiro de Direito Eleitoral). REVISTA FORUM DE DIREITO CIVIL, v. 9, p. 191-203, 2017.

PLATÃO. **As Leis** (Tradução de Edson Bini). São Paulo: Edipro, 1999.

PORTUGAL. **Constituição Portuguesa.** Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaorepublicaportuguesa.aspx> Acesso 28 de janeiro de 2020.

POSNER, Richard. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro; Revisão Técnica de Francisco B. M. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RAMAYANA, MARCOS. **Direito eleitoral**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**/ Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero – 7ª edição – São Paulo: Saraiva, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA. Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável.** Revista dos Tribunais 798 v. *798*, ano 91, *p*. *23-50*, abr. *2002*

STRECK, Lenio Luiz. **Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. Disponível em <https://pt.scribd.com/document/353685275/Lenio-Streck-Bem-Juridico-e-Constituicao > Acesso 28 de janeiro de 2020.

ZILIO, Rodrigo López. **Direito eleitoral.** 6ª edição. Porto Alegre: Verbo jurídico. 2018.

ZILIO, Rodrigo López**. Potencialidade, gravidade e proporcionalidade: uma análise do art. 22, inciso XVI, da LC n.º 64/90.Revista diálogos eleitorais.** Belo Horizonte, vol. 1, n. 2, dez. 2012, p. 05. [Consultado em: 27/01/2020]. Disponível em: <http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/Zilio_POTENCIALIDADE.pdf>. ISSN 2238-6831.

ABUSO DE PODER ECONÔMICO VIA "WHATSAPP"

Felipe Costa Camarão[1]
Sérgio Felipe de Melo Silva[2]

1. INTRODUÇÃO

A relação entre o dinheiro e a política não é novidade e tampouco uma jabuticaba[3]. Também não o são os prejuízos – não raras vezes irreversíveis – causados por esse casamento nas democracias.

No Brasil, país que não podemos, sem mentir, chamar de democrático, é notória a corrupção institucionalizada, que, embora não seja novidade para a cidadania brasileira, ao longo da última década, foi com a Ação Penal 470, o "Mensalão Tucano", a Operação Lava-Jato e outros eventos dessa natureza que se abriram as entranhas do processo eleitoral brasileiro, pondo às escâncaras, além das excrescências já amplamente conhecidas, a que nível a promíscua relação entre dinheiro e política prostituiu nossa frágil – e materialmente inexistente – democracia.

Nesse contexto, seguindo a rigor sua tradição, o país inovou sem legislar, via interpretação do Supremo Tribunal Federal (STF), como forma de resolver questão agudamente problemática. É dizer, o STF, em 17.09.2015, decidiu "julgar procedente em parte o pe-

1 Instituição: Universidade Federal do Maranhão (UFMA); Prof. Me. da UFMA; Secretário de Educação do Estado do Maranhão, residente em: av. dos holandeses, n. 7, q. 24, ed. Zefirus, Torre Eos, apto 302, Calhau. CEP: 65071380, São Luis, Maranhão; email: felipe.camarão@gmail.com.

2 Instituição: Universidade Federal do Maranhão (UFMA); Advogado; residente em: rua 02, Qd. 01, Bl. 16, Apto 104, Cond. Ipem Angelim, Bairro: Angelim, CEP:65063030, São Luís – MA, e-mail: sergiofmelo13@gmail.com.

3 A saber: não se trata de evento exclusivo da realidade brasileira.

dido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais[4]" com intuito de expurgar os danos da conturbada e nebulosa política eleitoral pelo capital empresarial.

No tocante à motivação, reputa-se louvável tal decisão, porém, também é da tradição política nacional que as forças – políticas e econômicas – antidemocráticas se reinventem diante de barreiras como essa. É, justamente, a manifestação de uma possível reinvenção como esta, o objeto do presente estudo.

Tem-se cogitado, na imprensa e nos ciclos de debate político-eleitoral, que nas eleições gerais de 2018, empresas teriam financiado serviço de disparo maciço de mensagem com conteúdo político-partidário via aplicativos de celular em benefício de candidatos de sua preferência.

Muito se tem discutido se tal prática burla a vedação ao financiamento empresarial à campanha político-partidária. Nesse contexto põe-se em questão: o financiamento do serviço de disparos de mensagem com conteúdo político partidário no período de campanha por pessoas jurídicas configura abuso de poder econômico? Para corroborar com esse debate, este estudo tem como objetivo fundamental apresentar um posicionamento jurídico à problemática posta.

Parte-se da hipótese de que essa espécie de financiamento é ilegal, pois, ainda que indiretamente, a pessoa jurídica contribui financeiramente à campanha eleitoral. Conduta expressamente desautorizada pelo Supremo Tribunal Federal.

Para o desenvolvimento dessa hipótese é indispensável compreender o modelo de financiamento eleitoral legalmente traçado pelo legislador (e pelo judiciário), o sentido jurídico de abuso de poder econômico e também a natureza jurídica dessa espécie de fi-

4 Cf. STF – ADI n. 4650 DF, Relator: Min. Luiz Fux, julgada em 17.09.2015.

nanciamento, pois a partir desses entendimentos é possível firmar um juízo de legalidade quanto à questão.

Nessa perspectiva, cada um desses saberes constitui um objetivo específico deste trabalho e serão tema e objetivo específico de um capítulo.

Ao final, concretizando a análise discute-se o caso da emissão maciça de mensagens de conteúdo político-partidário via "WhatsApp" nas eleições de 2018.

Para implementar essa pesquisa, adotamos o método dedutivo, pois racionalização de ideias em sentido interpretativo nos parece mais frutífera que a experimentação casuística. É dizer, adota-se a dedução, o raciocínio que parte da noção geral para a particular, contudo casos particulares serão levantados para corroborar com a ideia geral anteriormente desenvolvida. Ademais, no tocante à técnica de pesquisa, adotaremos basicamente a revisão bibliográfica e a revisão documental, a partir de livros e artigos de referência e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal Eleitoral.

Por derradeiro, salientamos que o presente estudo foi pensado e construído sob orientação da concepção semântico-teleológica do direito comungada pelos autores. Sem entrar na discussão se o direito é ou não uma ciência, compreendemos o fenômeno jurídico como instrumento de transformação social. Acreditamos que o direito pode e deve servir como um meio para, não apenas regular relações sociais e alcançar a pacificação social, mas, sobretudo, para tornar a sociedade mais justa, fazendo com que o convívio em sociedade seja mais prazeroso.

Ademais, inspira-nos também a oportunidade de contribuir com o direito eleitoral, matéria jurídica tão cara à carente democracia. Mas, principalmente, a honra de prestar homenagem à tão honrada figura do Judiciário maranhense, o Des. Cleones Cunha.

2. MODELO DE FINANCIAMENTO ELEITORAL VIGENTE NO BRASIL.

Com a redemocratização do país e a consequente restauração das práticas político-eleitorais, a classe política viu-se diante de um imenso vácuo de poder ao qual muitos estavam ávidos em preencher. Para tanto, o caminho indicado pela institucionalidade posta era – ainda é, e esperamos que continue sendo – as eleições. O que, por definição, significa escolher[5].

Para que o resultado das eleições corresponda, dentre de certos limites institucionalmente impostos, à vontade do povo, é imprescindível a máxima difusão de ideias político-partidárias, das manifestações dos candidatos e dos debates (BESSA e PINTO, 2002, p. 149). Para tanto, se não quisermos mentir, é fundamental o apoio financeiro[6].

Nesse sentido, as organizações políticas da então recém-fundada "Nova República[7]" buscaram empresas, notadamente as do ramo da construção civil[8], o apoio financeiro necessário à propagação das suas ideias, visando o êxito eleitoral e a ocupação dos espaços de poder deixados pelos militares.

5 Cf. Said Farthat (1996, p. 321), *in verbis*: como o verbo *eleger*, o substantivo *eleição* provém do verbo latino *eligere*, "escolher", pelo substantivo *electione*, "escolha".

6 Por mais confortável que seja negar o valor do dinheiro as eleições, sua importância é imprescritível. Cabe ao povo, por meio de seus representantes políticos e institucionais, garantir que o impacto eleitoral seja positivo. Esse também é posicionamento de SILVA e CERVI (2017); ARRUDA (2018); MANCUSO (2015) e BESSA e PINTO (2002).

7 Nova República é o termo amplamente utilizado para fazer referência ao período da historiografia compreendido entre o fim da ditadura e o dia de hoje.

8 Depreende-se do estudo de Márlon Reis (2013, p. 154) que cinco, das dez empresas que mais doaram à campanhas eleitorais, são do ramo da construção civil. São elas: Camargo Corrêa, Andrade Gutierrez, Queiroz Galvão, OAS e UTC engenharia. Vale destacar que tempo depois do estudo, descobriu-se que a construtora Odebrecht fazia suas vultosas "contribuições" por meio de empresas "laranja", razão pela qual não consta nessa lista fundada em dados oficiais divulgados pelo Superior Tribunal Eleitoral.

O partir dos eventos citados na introdução fica evidente que essa comunhão não rendeu bons frutos à fortificação da democracia. Pelo contrário, lhe corroeu. Hoje, com base no substrato dos fatos e em inúmeras pesquisas cientificas, pode-se afirmar – com certa tranquilidade – que a participação da elite empresarial nas campanhas eleitorais da Nova República foi incisiva e determinante, porém profundamente negativa, porquanto se guiava por uma lógica econômica ao invés de ideológica[9].

Para ter noção da aguda influência do capital empresarial[10] nos pleitos, estudos, como os de Mancuso (2007); Arruda (2018), Silva e Cervi (2017), Mancuso, Horochovski e Camargo (2018), apontam que nas eleições nacionais de 2010 e 2014, as doações empresariais chegaram a representar quase 75% do total arrecadado[11]

9 No dizer de Carlos Eduardo Lula (2012, p. 615): "para a sociologia jurídica, os problemas relativos à relação entre doações feitas em campanhas e os recursos públicos repassados futuramente à iniciativa privada para a consecução das obras e investimentos da administração é campo fertilíssimo, e que, se estudado a funda, revela, não raramente, espúrias e nefastas confabulações".

10 "De acordo com informações apresentadas na Audiência Pública, nas eleições de 2002, os candidatos gastaram, no total, R$ 798 milhões, ao passo que em 2012, dez anos depois, os valores arrecadados superaram R$ 4,5 bilhões, um aumento de 471%. Para que se tenha uma magnitude desse crescimento, basta compará-lo com outros indicadores importantes. No mesmo período, o Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro cresceu 41%, a inflação acumulada foi de 78%. Não há justificativa razoável para essa expansão volumosa dos gastos com campanhas. Na mesma Audiência, o expositor e professor Geraldo Tadeu demonstrou que o gasto per capita nas campanhas eleitorais no Brasil é bastante superior aos da França, da Alemanha e do Reino Unido. No Brasil, esta cifra atinge o montante de $10,93, enquanto que na França é de $0,45, no Reino Unido, de $0,77, e na Alemanha chega de 2,21. Quando comparado proporcionalmente ao PIB, o Brasil também se encontra no topo do ranking dos países que gastam com campanhas eleitorais: 0,89% de toda a riqueza gerada no país se presta a financiar candidaturas a cargos representativos. Aqui, ultrapassamos, inclusive, os Estados Unidos, em que apenas 0,38% do PIB vai para as campanhas eleitorais. Há mais. Nas eleições gerais de 2010, a vitória de um deputado federal custou, em média, de R$ 1,1 milhão, ao passo que a de um senador R$ 4,5 milhões. Para se tornar Governador, em média se gastaram R$ 23,1 milhões. Uma campanha presidencial pode amealhar mais de R$ 300milhões." (STF – Voto do Rel. Min. Luiz Fux na ADI n. 4650 DF, Relator: Min. Luiz Fux, julgada em 17.09.2015).

11 Quanto aos dados apresentados, Mancuso, Horochovski e Camargo (2018, p. 09) alertam que "além de doações oficiais, devidamente declaradas à justiça eleitoral,

por políticos e partidos, e desse vultoso montante que ultrapassou os quatro bilhões de reais (apenas nas campanhas legislativas federais), metade se concentra em apenas setenta empresas num universo de dezenove mil[12]. Com efeito, o financiamento privado de campanha tornou-se "entre variáveis independentes, um dos fatores mais determinantes nos resultados eleitorais, demonstrando relação positiva entre os gastos de campanha e a quantidade de votos obtidos pelos candidatos nas mais diversas eleições analisadas".

Nessa perspectiva, o investimento travestia-se de doação. O valor gasto com as campanhas era retomado com amplíssima margem de lucro, por meio de licitações fajutas, contratos fraudulentos e renúncias fiscais, "gentilmente" ofertadas pelos eleitos[13].

Com tudo isso vindo à tona diariamente nos jornais (impressos e televisivos), através da amplíssima exposição midiática das fases da Operação Lava-Jato[14], criou-se no seio social o sentimento de completa repulsa ao financiamento empresarial. Ademais, autores de prestígio e relevância encamparam a tese no meio acadêmico.

Para citar alguns, destaca-se o magistério de Luís Roberto Barroso (2011, p. 287), segundo o qual "a conjugação de campanhas milionárias e financiamento privado tem produzido resultados desastrosos para a autenticidade do processo eleitoral e para a transpa-

campanhas políticas de 2010 e 2014 podem ter recebido doações não-oficiais, em quantidade muito difícil de mensurar – o que no Brasil, popularmente, se denomina de "caixa 2". Este trabalho focaliza, exclusivamente, as doações oficiais, sem deixar de reconhecer a importância de investigações acadêmicas e judiciais que focalizem o lado obscuro do financiamento político no país".

12 Para aprofundar os dados, Cf. REIS (2013).

13 Para aprofundar a leitura conjuntural, Cf. Reis (2014).

14 Cioccari (2015, p. 76) traça o paralelo "causa-consequência" entre ampla exposição midiática da Operação Lava-Jato e as manifestações populares. Segundo a autora: "se no início as alegações e contra alegações eram constantes, depois de um ano, o tom de desconfiança tomou conta não somente da agenda e enquadramento do jornal, mas da opinião popular, fazendo com que o tom acusatório seja mais forte. O fenômeno talvez explique as manifestações civis que ocorreram em 14 e 16 de março que levaram cerca de 1 milhão de pessoas à Avenida Paulista".

rência das relações entre o Poder Público e os agentes econômicos". Nesse sentido, Carlos Lula (2012, p. 615) disserta que "os que 'doam' permanentemente às campanhas eleitorais quase sempre 'cobram' do futuro administrador público um preço muito mais alto que o valor doado. É por isso que o financiamento das campanhas precisa urgentemente ser repensado". Ainda, Cláudio Weber Abramo (2005, p. 06) afirmava que "o processo eleitoral brasileiro caracteriza-se por uma forte influência de interesses econômicos no resultado dos pleitos. A correlação entre sucesso eleitoral e financiamentos recebidos é sempre muito elevada, qualquer que seja o nível de agregação que se tome. No Brasil, o grande eleitor é o dinheiro".

Com efeito, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CF/OAB), encampando a comoção social, patrocinou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4650, cujo pedido principal resumia-se[15] basicamente na vedação à contribuição empresarial às campanhas eleitorais.

15 Pedido de inconstitucionalidade na integra: "pelo exposto, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil requer: (...) e.1- **seja declarada a inconstitucionalidade** parcial, sem redução de texto, **do art. 24 da Lei 9.504/97, na parte em que autoriza, a contrario sensu, a doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais**, bem como a inconstitucionalidade do Parágrafo Único do mesmo dispositivo, e do art. 81, caput e § 1º do referido diploma legal; e.2- **seja declarada a inconstitucionalidade** parcial, sem redução de texto, do art. 31 da Lei nº 9.096/95, **na parte em que autoriza, a contrario sensu, a realização de doações por pessoas jurídicas a partidos políticos**; e a **inconstitucionalidade das expressões "ou pessoa jurídica"**, constante no art. 38, inciso III, da mesma lei, e 'e jurídicas', inserida no art. 39, caput e § 5º do citado diploma legal; e.3- **seja declarada a inconstitucionalidade**, sem pronúncia de nulidade, do art. 23, § 1º, incisos I e II, da Lei 9.504/97, autorizando-se que tais preceitos mantenham a eficácia por mais 24 (vinte e quatro) meses, a fim de se evitar a criação de uma 'lacuna jurídica ameaçadora' na disciplina do limite às doações de campanha realizadas por pessoas naturais e ao uso de recursos próprios pelos candidatos nestas campanhas; e.4- seja declarada a inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, do art. 39, § 5º, da Lei 9.096/95- com exceção da expressão 'e jurídicas', contemplada no pedido 'e-2', supra- autorizando-se que tal preceito mantenha a eficácia por mais até 24 meses, a fim de se evitar a criação de uma 'lacuna jurídica ameaçadora' na disciplina do limite às doações a partido político realizadas por pessoas naturais (STF – Petição Inicial na ADI n. 4650 DF, Relator: Min. Luiz Fux, julgada em 17.09.2015, grifo nosso).

Diante do pleito da advocacia, o plenário do Supremo – que tem se notabilizado por solucionar questões de natureza política tal como essa[16]– seguindo o relator, Min. Luiz Fux, decidiu pela "**inconstitucionalidade** parcial sem redução de texto do art. 31 da Lei nº 9.096/95, **na parte em que autoriza, a contrário sensu, a realização de doações por pessoas jurídicas a partidos políticos**, e **pela declaração de inconstitucionalidade das expressões 'ou pessoa jurídica**', constante no art. 38, inciso III, e **'jurídicas'**, inserta no art. 39, caput e § 5º, todos os preceitos da Lei nº 9.096/95" (STF, 2015, p. 07, grifo nosso), leia-se, proibiu a doação de empresas privadas à campanhas eleitorais, partidos políticos e políticos.

Pouco tempo depois, ainda em 2015, a então presidente Dilma Rousseff promulgou a lei n. 13.165/15[17], aprovada pelo Congresso Nacional, vetando o dispositivo que autorizava o financiamento empresarial[18]. Com efeito, desde então essa espécie de financiamento está terminantemente proibida.

Ademais, "é vedado, a partido e candidato, receber direta ou indiretamente doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie, procedente" de entidade ou governo estrangeiro; órgão da administração pública direta e indireta ou fundação mantida com recursos provenientes do Poder Público; concessionário ou permissionário de serviço público; entidade de direito privado que receba, na condição de beneficiária, contribuição compulsória em virtude de disposição legal; entidade de utilidade pública; entidade de classe ou sindical; pessoa jurídica sem fins lucrativos que receba recursos do exterior; entidades bene-

16 Sobre o panorama das intervenções judiciais de cunho políticas levadas à cabo pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos anos, Cf. BARROSO, L. R**.**. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **(Syn)Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, p. 23-32, 2012.

17 Chamada à época de Mini Reforma Eleitoral.

18 Sobre o assunto, Cf. ARRUDA (2018, p. 51-52).

ficentes e religiosas; entidades esportivas; organizações não-governamentais que recebam recursos públicos; organizações da sociedade civil de interesse público[19].

Assim sendo, o modelo de financiamento eleitoral brasileiro é limitado a quatro fontes de renda, a saber: Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC[20]), Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (FEAFPP[21]), doação de pessoa física e autofinanciamento.

Nesses termos, nas eleições de 2020[22], p.ex., em razão do disposto na Resolução TSE n. 23.607/19, as campanhas somente poderão receber verba dos fundos públicos (FEFC e FEAFPP); doação de pessoa física em dinheiro limitada a 10% da renda bruta anual declarada à Receita Federal[23]; doação de pessoa física estimáveis em

19 Nos termos do art. 24, da lei n. 9504/97.

20 Trata-se do popular "fundão". "Foi sancionado pelo Presidente da República e criado pela Lei nº 13.487/2017, que foi complementada pela Lei nº 13.488/2017, publicada na mesma data, as quais incluíram, respectivamente, os arts.16-C e 16-D, com seus parágrafos e incisos, no corpo da Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições). Com o objetivo específico de financiar as atividades das campanhas eleitorais, o FEFC, será constituído em ano eleitoral por dotações orçamentárias da União, passando a valer já para as eleições de 2018" (ARRUDA, 2018, p. 51-52).

21 "O Fundo Partidário (FP) foi criado pela Lei Orgânica dos Partidos Políticos nº 4.740, de 15 de julho de 1965 (LOPP), que no Capítulo IX disciplinou a fonte dos seus recursos, que deveriam ser proveniente desde os valores acumulados pelo recebimento das multas aplicadas pela infringência da própria Lei nº 4.740/65, a até mesmo das doações proveniente de pessoas físicas. (...) FP tinha como finalidade tornar os partidos políticos e os candidatos eleitorais mais independentes dos recursos privados, resultando então numa possível diminuição da interferência do poder econômico, e proporcionando um maior equilíbrio durante o pleito eleitoral" (ARRUDA 2018, p. 38). Hoje, trata-se de uma das principais fontes de renda das campanhas eleitorais, composta, sobretudo por recursos da União, tendo, em 2018, chegado ao valor estimado de R$ 888,7 milhões.

22 O marco regulatório das eleições 2020, no tocante ao financiamento de campanhas segue basicamente as mesmas regras das últimas eleições gerais ocorridas em 2018. Pra aprofundar o estudo em relação às eleições de 2018, Cf. Resolução TSE n. 23.568/18 e a lei n. 9096/95 (em especial art. 38 e ss.).

23 Nos termos do § 1º, do art. 23, da lei n. 9504/97.

dinheiro em valor não superior a quarenta mil reais[24]; autofinanciamento por parte do próprio candidato em valor não superior a 10% ao teto de gastos do cargo a que concorre[25]; e repasse do partido oriundo de valores arrecadados em atividades "comerciais[26]" legalmente autorizadas[27].

Como se pode notar da análise da legislação, quanto ao objeto, o financiamento eleitoral materializa-se sob duas formas: dinheiro e as contribuições estimáveis em dinheiro. O primeiro, por óbvio, trata-se do papel moeda entregue em espécie (quando o valor da doação for igual ou inferior à R$ 1.064,10[28]) ou via transferência bancária. Já as contribuições estimáveis em dinheiro são bens ou serviços economicamente apreciáveis, tais como imóveis, veículos, som, adesivos, "santinhos" e outros utilizáveis para incrementar a campanha eleitoral.

São esses os limites legais ao financiamento de campanha eleitoral. Com efeito, a arrecadação que se dê à margem dessas fronteiras, traduz-se em ilicitude. Como se sabe, um das faces do abuso de

24 Nos termos do § 7º, do art. 23, da lei n. 9504/97.

25 Nos termos do § 2-Aº, do art. 23, da lei n. 9504/97. Nas eleições de 2018, para o cargo de Presidente o teto era de setenta milhões no primeiro turno e trinta e cinco no segundo. Para o cargo de Deputado Federal o valor máximo era de dois milhões e meio, enquanto para Deputado Estadual ou Distrital, o teto era de um milhão. Para os cargos de Governador e Senador o *quantum* máximo varia conforme a população. Para saber os números oficiais acesse: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-2018/prestacao-de-contas-1/limites-de-gastos-por-cargo-eletivo-das-eleicoes-2018>.

26 "O candidato também pode obter receita comercializando bens ou ainda promovendo eventos que se destinem a arrecadar recursos para campanha eleitoral, tal como um jantar ou um almoço com venda de convites. Neste caso, o comitê ou o candidato deverá comunicar sua realização, formalmente e como antecedência mínima de cinco dias ao Tribunal Eleitoral, que poderá determinar sua fiscalização" (LULA, 2012, p. 625). Ademais, quanto à regulação, Cf. art. 23, inciso V, da lei n. 9504/97 e Resolução TSE n. 23.607/19.

27 Sobre o marco regulatório da arrecadação e dos gastos de recursos por partidos políticos e candidatos, Cf. Resolução TSE n. 23.607/19.

28 Nos termos do art. 43 da Resolução TSE n. 23.607/19.

poder econômico, conduta constitucionalmente vedada[29], é a arrecadação ilegal de dinheiro, bens ou serviços para campanha eleitoral. Por tal razão, nas páginas que se seguem, discorrer-se-á sobre seu conceito, caráter e repercussões jurídico-eleitorais.

3. ABUSO DE PODER ECONOMICO: conceito, consequências político-eleitorais e perfil 'camaleônico'.

Em "O Espirito das Leis", Montesquieu (2010, p. 168-222) apresenta à literatura política sua teoria de organização do Estado, fundada, em termos gerais, na tripartição do poder do Estado[30] e do seu exercício[31], porquanto o detentor do poder tende a dele abusar[32], seja para mantê-lo, seja para expandi-lo; impossibilitando a liberdade política, sem a qual, segundo o autor, inexiste democracia[33], dada

29 Nos termos do § 10º, do art. 14, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

30 Há em cada Estado três poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz as leis para certo tempo ou para sempre (...). Pelo segundo, declara paz ou guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, punes os crimes ou julga os litígios dos particulares (MONTESQUIEU, 2010, p. 169).

31 "A liberdade política, num cidadão, é essa tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada qual tem de segurança; e, para que tenhamos essa liberdade, o governo deve ser tal, que um cidadão não posso temer outro cidadão. (...) Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais ou de nobres ou do povo exercesse estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou os litígios dos particulares. (...) Na Itália, onde esses três poderes estão reunidor, a liberdade é menor (...). Por isso o governo precisa, para se manter, de meios tão violentos" (MONTESQUIEU, 2010, 169).

32 "Todo o homem que tem em mãos o poder é sempre levado a abusar do mesmo; e assim irá seguindo até que encontre algum limite" (MONTESQUIEU, 2010, p. 168).

33 É possível observar a importância da teoria de separação dos poderes do citado autor à democracia, ao analisarmos que inúmeros países a levaram à majestade da matriz constitucional. Citam-se, como exemplo, os Estados Unidos (Artigo I, Seção I; Artigo II, Seção I; Art. III, Seção I. da Constituição americana); a França (Preambulo, XVI, da Constituição Francesa; Alemanha (art. 20, 2, da Lei Fundamental Alemã); e o Brasil (art. 2º da CRFB).

a ausência de igualdade[34].

Ademais, em "O liberalismo Político", John Rawls (2011, p. 531-577) assevera que uma democracia constitucional bem ordenada[35] somente é realizável a partir de ampla deliberação popular, com efetiva participação de cidadãos iguais e livres, cuja síntese conclusiva dá conteúdo à razão pública[36], orientadora da estruturação das instituições imprescindíveis à concretização da democracia (deliberativa[37]).

Pode se concluir, portanto, que a liberdade (política) e a igualdade, senão as principais, certamente estão entre as condições fundamentais à concretização da democracia[38]. Assim, a democracia[39], por ser uma forma de governo substanciada pelos valores da liberdade e da igualdade, não tolera abusos.

À luz do magistério de Antônio Carlos Mendes (1988, p. 25), entende-se que "abuso de direito" se dá quando o exercício de um dado direito se dá em "aberta contradição, seja com o fim (econômico, p.ex.) a que esse direito se encontra adstrito, seja como o condicionamento ético-jurídico (boa-fé, bons costumes etc.)". Aprende-se também que a doutrina "utiliza-se da expressão 'abuso de poder' para significar uso abusivo do poder; uso do poder além da medida legal; exorbitância; o que está fora da competência da

34 Corrompe-se o princípio democrático quando se perder o espírito de igualdade (MONTESQUIEU, 2010, p. 127).

35 Segundo o autor, trata-se de Democracia Deliberativa (RAWLS, 2011, p. 531).

36 Para saber mais sobre o conteúdo do conceito de Razão Pública, Cf. (RAWLS, 2011, p. 533 e ss.).

37 Segundo o autor, são três os elementos essenciais da democracia deliberativa. A saber: "um é a ideia de razão pública (...). Um segundo elemento é uma estrutura de instituições democráticas constitucionais que especifique a moldura dos corpos legislativos deliberativos. O terceiro é o reconhecimento e o desejo dos cidadãos em geral de seguir a razão pública e concretizar seu ideal" (RAWLS, 2011, p. 531-532).

38 Esse também é o posicionamento de (SILVA, 2002, p. 129-130).

39 O presente estudo trabalha o conceito de democracia, sob o viés de John Rawls. Para aprofundar o a esse respeito, Cf. (RAWLS, 2011).

autoridade pública, ou porque ela não a tem no caso concreto ou porque excedeu a que tinha; excesso de poder; desvio de finalidade; (...) uso ilícito de poder".

Nesse sentido, Gomes (2011, p. 215-216) disserta o abuso de direito "ocorre sempre que o titular do direito subjetivo – entendido como poder ou faculdade – do credor ou sujeito ativo da relação jurídica – o maneja de maneira anormal, egoísta e emulativa, com o propósito de prejudicar terceiros".

Já a expressão econômica remete à ideia de "valor patrimonial, apreciado no comércio, no mercado, enfim, valor pecuniário ou em dinheiro. Refere-se à propriedade, à posse ou ao controle de bens e serviços" (GOMES, 2011, p. 217).

Sob tal enfoque, Milagres (2010, p. 156-157), partindo da premissa que a "manifestação popular deve ser livre, refletida e animada pelos mais altos valores republicanos", assevera que o abuso, em termos eleitorais são "variados vícios e práticas que ameaçam essa escolha".

Seguindo essa lógica, Freitas (2017, p. 50) indica que o abuso eleitoral traduz-se nos atos capazes de "desequilibrar a eleição maculando" sua clareza e "a soberania da vontade popular expressada pelo voto".

Para Bim (2002, p. 113), trata-se do "vício que tem potencialidade para macular o resultado das urnas, conspurcando a legitimidade democrática. Atinge a liberdade do voto e o direito de igualdade de condições dos concorrentes aos cargos eletivos".

Em igual sentido, Silva (2018, p. 36) refere-se ao abuso como sendo os "atos que desvirtuam a vontade do eleitorado, o que viola por assim dizer os princípios de igualdade entre os que concorrem na disputa eleitoral e da liberdade de voto, que conduzem o estado democrático de direito".

A seu turno, Rebouças (2012, p. 31-32), adverte que "o uso do poder no procedimento eleitoral por si só não constitui um ilícito

eleitoral, em face de que a própria legislação eleitoral o disciplina, como por exemplo, no financiamento de recursos para as campanhas eleitorais e nas condutas vedadas aos agentes públicos em campanha eleitoral. O que não se tolera em hipótese alguma é o seu abuso, o seu exacerbamento, a sua prática contrária à lei".

Nesse sentido, conclui-se que o abuso, no cenário eleitoral, é todo ato ou fato atentatório à institucionalidade normativa eleitoral, aí inclusos regras e princípios, sobretudo os materialmente conectados à equidade (material[40]) e à liberdade (em todas as suas matizes), que nesse contexto traduzem-se na igualdade de condições de acesso ao cargo eletivo e a liberdade de escolha do cidadão (no curso do processo eleitoral[41]).

Nota-se que o conceito de abuso, na seara eleitoral, é bastante elástico, compreendendo inúmeras hipóteses. Contudo, a literatura[42], a legislação[43] e a jurisprudência[44] têm o hábito de subdividi-lo em duas categorias: político[45] e econômico.

Quanto a estes, ressalta-se que, em razão dos objetivos orientadores deste trabalho, interessa-nos aprofundar o conhecimento acerca do abuso de poder econômico, visto que a problemática central – o serviço de difusão em massa de mensagens com conteúdo político-partidário – tem natureza precipuamente econômica – ain-

40 Sobre igualdade material, Cf. ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. – São Paulo: Nova Cultura, 1991.

41 Para saber todas as fases do processo eleitoral, Cf. Milagres (2010, p. 156-158) e Silva (2002, p. 377).

42 Cf. Milagres (2010); Bim (2002); Freitas (2017); Rebouças (2012); Silva (2018); Lula (2012) e Ribeiro (2006).

43 V.g. art. 1º, inciso I, alínea d, da lei Complementar n. 64/90.

44 Julgados do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) sobre o, Cf. TSE- Ac no REsp. n. 90190, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 24.04.2018; TSE- RO n. 265041, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 05.04.17.

45 Para estudar o conceito, o conteúdo e repercussão jurídica do abuso de poder político, Cf. Dias (2018); Lula (2012); Bim (2002); Freitas (2017) e Nogueira Jr. (2017).

da que não se possa descartar a hipótese dela se dar apensa a abuso político[46].

Segundo o Superior Tribunal Eleitoral (2017), a face econômica do abuso eleitoral[47] revela-se com "a utilização excessiva, antes ou durante a campanha, de recursos financeiros ou patrimoniais que busquem beneficiar o candidato, partido ou coligação".

Inspirados na definição dada pela Corte Eleitoral, Soares, Depieri e Naiser (2018, p. 14) indicam que "o emprego de poder econômico torna-se ilícito quando extrapola os limites previstos em lei (podendo configurar-se como ajuda financeira além do teto permitido ou propagandas políticas subliminares, por exemplo), de forma a afetar a normalidade e a legitimidade da eleição e beneficiar indevidamente determinados candidatos".

Nesse sentido, Decomain (2004, p. 289) aponta que o abuso de poder econômico se dá com o "emprego de recursos produtivos (bens e serviços de empresas particulares, ou recursos próprios do candidato que seja mais abastado), fora da moldura para tanto traçada pelas regras de financiamento de campanha constante da Lei nº 9.504/97".

Assim como para Renato Ribeiro (2006, p. 194), para quem o abuso de poder econômico é corolário das "infrações às normas de arrecadação e aplicação de recursos em campanhas eleitorais, que configurem o uso ilegal de dinheiro, bens e serviços, para auxiliar

46 Seria o caso, p.ex., de quem, ao ocupar cargo de chefia em órgão administrativa, vale-se dos meios de comunicação do órgão para difundir mensagens de conteúdo político eleitoral em proveito próprio ou de terceiro. Contudo, por opção metodológica, neste trabalho trabalhamos com a hipótese do abuso econômico. Nesse sentido, Rebouças (2012, p. 33), *in verbis*: "afora essas hipóteses legais previstas na Lei das Eleições a jurisprudência tem entendido que quando o abuso de autoridade tiver repercussão na seara econômica fica configurado o abuso de poder econômico, passível de sofrer a reprimenda imposta pela ação de impugnação de mandato eletivo, doravante denominada apenas de AIME".

47 Para mais conceitos e definições, Cf. Gomes (2011); Dias (2018) e Silva (2018).

determinado ou determinados candidatos, tentando influenciar ou influenciando na normalidade e legitimidade das eleições".

Além desses, Silva (2018, p. 37) afirma que por "abuso de poder econômico podemos entender toda conduta onde ocorre doação de bens ou de vantagens a eleitores desequilibrando a disputa eleitoral e influenciando nos resultados das eleições".

Nessa perspectiva, restará configurar o abuso de poder econômico "quando houver proposta ou doação, a eleitores, de bens, produtos ou serviços variados, como prestação de serviço hospitalar, dentário, estético" e outros dessa natureza (FREITAS, 2017, p. 55); quando o abuso de político repercute na esfera econômica[48]" (REBOUÇAS, 2012, p. 33); no descumprimento do limite de gastos e de arrecadação ou captação ilícita de recursos (v.g.: "caixa dois") (NOGUEIRA JR., 2017, p. 75); e o uso indevido dos meios de comunicação (REBOUÇAS, 2012, p. 35[49]).

Sob tal enfoque, concordamos com Machado (1995, p. 40) quando este afirma que "o simples uso do poder econômico fora das normas financeiras permitidas já caracteriza o abuso e faz incidir a declaração de inelegibilidade do autor dos fatos e a perda do mandato eletivo do beneficiário".

Parece-nos oportuno observar alguns julgados do Tribunal Superior Eleitoral, de diferentes épocas, para constatar se a definição de abuso de poder econômico dada pela doutrina repercute na jurisprudência do TSE.

48 Um único ato abusivo poderá ter dupla dimensão, sendo tanto político quanto econômico. É o caso, p.ex., do administrador público que se utiliza do cargo para malversar dinheiro público em prol do financiamento da sua campanha.

49 Filiamo-nos "a jurisprudência eleitoral, bem como a corrente doutrinária majoritária que sedimentou posição no sentido de que a utilização indevida dos meios de comunicação social de massa, nas eleições, com o fim de beneficiar candidato, desde que inserido em um contexto econômico configura abuso de poder econômico por uso indevido dos veículos de comunicação social" (REBOUÇAS, 2012, p. 35). Na doutrina, alguns apontam que tal prática configura abuso de poder. Para apreciar esse posicionamento, Cf. Nogueira Jr. (2017).

No já longínquo ano de 1998, a Corte Eleitoral cassou o mandato de uma parlamentar carioca em razão do "acúmulo de irregularidades na prestação da conta da campanha eleitoral da recorrente, desde o fato de não ter recebido nenhuma contribuição em cheque, a falta de movimentação da conta bancária, a baixa avaliação dos aluguéis, o recebimento de quantias superiores a 200 Ufirs em espécie ao invés de cheque, como determina a lei[50]". Dez anos depois, no auge dos escândalos de "caixa dois" nas campanhas eleitorais[51], o TSE, ratificando decisão do TRE/SP[52], assentou o entendimento de que "a utilização de 'caixa dois' configura abuso de poder econômico, com a força de influenciar ilicitamente o resultado do pleito. A aprovação das contas de campanha não obsta o ajuizamento de ação que visa a apurar eventual abuso de poder econômico[53]". Mais recentemente, em 2019, com os políticos já mais conscientes da força da lei eleitoral, e, portanto, buscando instrumentos mais eficazes para burlá-la, a Corte Superior Eleitoral cassou mandado de parlamentar em razão de abuso de poder econômico, observando que a ré simulou negócios jurídicos "para ocultar a origem ilícita de recursos, cujos valores correspondam a 80% do total arrecadado[54]".

Ademais, na esteira dessa sofisticação é crescente a influência dos meios de comunicação no processo eleitoral[55]. Nessa perspec-

50 Para acessar o julgado na íntegra, Cf. TSE – R.O n. 31, Rel. Min. Edson Vidigal, julgado em 15.10.1998.

51 Em 2005, apenas dois anos antes, estourou na mídia nacional o escândalo de corrupção popularmente conhecido como "Mensalão", que dentre outras questões, trouxe a prática do "caixa dois" praticado nas campanhas eleitorais.

52 Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo.

53 Para acessar o julgado na íntegra, Cf. TSE- REsp. n. 28.387/GO, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgado em 20.04.2007

54 Para acessar julgado na íntegra, Cf. TSE- REsp. n. 78220/SP, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 14.05.2019

55 Para aprofundar o estudo nesse tema, Cf. CASTANHO, Maria A. F. da Silva. "**O processo eleitoral na era da internet: as novas tecnologias e o exercício da cidadania**". 2014. 337 f. Tese de Doutorado, Direito, USP, 2014.

tiva, as cortes eleitorais têm dedicado especial atenção a eventuais abusos econômicos travestidos do uso indevido dos meios de comunicação de massa[56].

Com isso, pode-se depreender que o sentido jurídico-eleitoral de abuso de poder econômico construído na literatura do direito eleitoral é reconhecido nos julgados da principal corte eleitoral do país, o TSE.

Portanto, conclui-se que, em termos gerais, pode-se reputar como prática economicamente abusiva todas aquelas contrárias à institucionalidade normativa traçada pelo legislador[57], no tocante ao financiamento de campanha e aos gastos a ela conexos.

Posto isso; por derradeiro, ainda que brevemente, importa destacar a repercussão político-eleitoral do abuso de poder econômico.

Pois bem.

Desde a proclamação da República, em 1889, o abuso de poder econômico macula o processo de manifestação popular no período eleitoral. Não houve – e suspeitamos que nunca venha a ter – eleições, de fato, livres e imunes a influência do poder econômico – sob todas as suas formas[58]. Nessa perspectiva, antes mesmo

56 Por exemplo, "abuso de Poder Econômico por uso indevido dos meios de comunicação social. Demonstrada a utilização de grupos de comunicação responsáveis pela edição de jornais com grande circulação na região, todos comprometidos com o esforço de campanha do hoje Prefeito de Mangaratiba. Inconteste a potencialidade lesiva das práticas narradas nestes autos, não se podendo ignorar o poder de convencimento dos periódicos cooptados. As prerrogativas conferidas à imprensa impõem deveres, dentre os quais o de manter um mínimo compromisso com a isonomia que deve permear todo o processo eleitoral, sob pena de que restem fenecidas as noções de República e Democracia, que exigem igualdade e "paridade de armas" entre os envolvidos no certame (RE nº 7291 – TRE-RJ - Mangaratiba/RJ (Acórdão nº 50.069 de 26.07.2010). Relator Luiz Márcio Victor Alves Pereira. Publicação: DOERJ, Tomo 143, de 09.08.2010).

57 Dado que a tradição "legislativa" do Supremo Tribunal Federal é uma realidade longe de ser superada, inclui-se na noção de "institucionalidade normativa traçada pelo legislador" as decisões do STF, no tocante a matéria eleitoral, tal como a vedação ao financiamento empresarial de campanha.

58 Sobre abuso de poder econômico ao longo da historia republicana, Cf. "Coronealismo, Enxada e Voto", de Victor Nunes Legal; "O nobre deputado: relato chocante (e

do texto constitucional atual entrar em vigência, o Código Eleitoral brasileiro (CEb) dispunha que "a interferência do poder econômico (...) em desfavor da liberdade do voto", seriam coibidos e punidos, e por tal razão "qualquer eleitor ou partido político poderia "se dirigir ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, e pedir abertura de investigação para apurar uso indevido do poder econômico"[59].

Com a promulgação da CRFB, o constituinte normatizou esse sentimento dando-lhe verniz constitucional ao elencar o abuso de poder econômico no rol das motivações que ensejam impugnação de mandato e determinar que o legislador providenciasse ato normativo que impusesse tal inconstitucionalidade como óbice ao acesso e exercício de cargo eletivo, nos §§ 9º e 10º do art. 12 da CRFB[60].

Nesse sentido, pode-se afirmar que a vedação ao abuso de poder econômico integra o núcleo essencial[61] dos direitos políticos, pois, o conteúdo dos direitos políticos abrange todas as regras e princípios que orientam o pleno exercício da soberania popular no tocante à eleição dos ocupantes de cargos eletivos em linha ao ideário democrático[62]. O qual insta ressaltar, compõe o prestigiado elenco

verdadeiro) de como nasce, cresce e se perpetua um corrupto na política brasileira", de Márlon Reis; "A elite parlamentar do pós-constituinte: atores e práticas", de Débora Messenberg.

59 Nos termos do art. 237, do CEb.

60 Cf. § 9º, da CRFB: "lei complementar estabelecerá outros **casos de inelegibilidade** e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições **contra a influência do poder econômico** ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta"; § 10: "**o mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral** no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com **provas de abuso do poder econômico**, corrupção ou fraude".

61 Sobre conteúdo essencial dos direitos fundamentais e sua eficácia jurídico-normativa, Cf. Mendes e Branco (2011) e Sarlet (2015).

62 Dentre os quais se se destacam: a liberdade do voto, a proteção à igualdade de oportunidades aos candidatos e a normalidade e legitimidade das eleições.

dos direitos fundamentais, tal como indica doutrina e jurisprudência[63] (FERNADES, 2014, p. 639; MENDES e BRANCO, 2011, p. 743; SILVA, 2002, p. 164-165; BULOS, 2011, p. 2011, p. 840; GOMES, 2011, p.08). Assim sendo, a proteção constitucional às ilegalidades de conteúdo econômico é dotada de eficácia irradiante[64].

Com efeito, o legislador pátrio editou a Lei Complementar n. 64/90[65], a lei 9096/95, a lei n. 9504/97[66], e outras promulgadas para aprimorar a redação destas citadas[67], por meio das quais estabeleceu-se que a condenação por abuso de poder econômico implica na cassação do diploma, na perda do cargo e/ou inelegibilidade por oito anos[68] [69].

63 Cf. STF, ADI n. 3.685/DF, rel. min. Ellen Gracie, julgado em 10.08.2006; STF, RE n. 631.102/PA, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 27.10.2010

64 Sobre o conteúdo jurídico-semântico da eficácia irradiante dos direitos fundamentais: "a Constituição (brasileira), que não pretende ser uma ordenação axiológica neutra, funda, no título dos direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores (...) que deve valer como decisão fundamental para todos os ramos do direito; legislação, administração e jurisprudência" (SILVA, 2005, p. 42). Assim, direitos dessa natureza, exercem eficácia sob os poderes públicos, nas esferas executiva, legislativo e judicial (SARLET, 2015, p. 392).

65 Popularmente conhecida sob alcunha "lei das inelegibilidades".

66 Popularmente conhecida como "Lei das Eleições".

67 V.g.: Lei n. 13.165 ("mini reforma eleitoral") e Lei Complementar n. 135/10 ("lei da ficha limpa").

68 Nos termos do art. 1º, alíneas "d" e "h", da Lei das Inelegibilidades, "são inelegíveis (...) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, **em processo de apuração de abuso do poder econômico** ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes"; (...) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, **pelo abuso do poder econômico** ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes" (grifo nosso).

69 § 3º, do art. 22, da "Lei das Eleições": "o uso de recursos financeiros para pagamentos de gastos eleitorais que não provenham da conta específica de que trata o caput deste artigo implicará a desaprovação da prestação de contas do partido ou candidato; **comprovado abuso de poder econômico, será cancelado o registro da**

Portanto, firmado o juízo condenatório por órgão colegiado, imputando responsabilidade por abuso de poder econômico, por quaisquer das motivações elencadas no corpo deste estudo, há consequente cassação do diploma e perda ou afastamento do cargo, com consequente declaração de inelegibilidade.

Por derradeiro, importa frisar a mutabilidade das práticas perpetradas para burlar a norma eleitoral e a crescente sofisticação dos meios. Notadamente, hoje não se vê mais a figura do "coronel" que vai até o local de votação (diretamente ou por meio de pessoa interposta[70]) pressionar o eleitor ou a dos "cabos-eleitorais" que, à "luz do dia"[71], entregam dinheiro aos eleitores na fila da votação. Até mesmo "esquemas" mais sofisticados de abuso de poder econômico já foram judicialmente reprimidos, passando a serem mais gravemente investigados, a exemplo do "caixa dois". Ainda assim, é inegável que a dimensão econômica do abuso eleitoral é corrente na realidade brasileira. Ou seja, o abuso de poder econômico – e todos os outros – tem um perfil camaleônico. Isto é, as forças antidemocráticas se reinventam para tomar para si os cargos eletivos. Quando a justiça passa a coibir certa conduta, inventam-se outras – ainda mais sofisticadas.

Tendo isso em mente, iremos analisar se o serviço de disparo de mensagens "em massa" via redes sociais é uma dessas reinvenções dos inimigos íntimos da democracia. Para tanto, insta aprofundar a compreensão acerca da sua natureza jurídica.

---

candidatura ou cassado o diploma, se já houver sido outorgado" (grifo nosso). Ademais, nos termos do art. 25 do mesmo diploma: "o partido que descumprir as normas referentes à arrecadação e aplicação de recursos fixadas nesta Lei perderá o direito ao recebimento da quota do Fundo Partidário do ano seguinte, **sem prejuízo de responderem os candidatos beneficiados por abuso do poder econômico**".

70 O "jagunço".

71 Não seríamos ingênuos ao ponto de crer que em 2020 não há mais "compra de votos". O que se quer dizer é que tal conduta, mesmo nos rincões mais longínquos, se dá com mais discrição.

3. NATUREZA JURÍDICO-ELEITORAL DO FINANCIAMENTO DO SERVIÇO DE DISPARO DE MENSAGENS 'EM MASSA' COM CONTEÚDO POLÍTICO-PARTIDÁRIO VIA REDES SOCIAIS.

Castanho (2018), Nogueira Jr. (2017) e Cioccari (2015) destacam o impacto do avanço tecnológico no século XX, sobretudo o da internet e seus consectários: redes sociais e mecanismos de comunicação em massa, no processo eleitoral brasileiro. Em geral, os estudiosos apontam que os meios de comunicação, que sempre influíram significativamente no processo eleitoral, com o fomento da internet e seus corolários, tal interferência tornou-se ainda mais intensa e incisiva. Isto, pois, até pouco tempo atrás a mídia resumia-se basicamente à televisão, jornal e rádio, cujo controle – infelizmente – encontra-se sob influência de poucas famílias (normalmente envolvidas como a política local). Entretanto, corolário a expansão do horizonte virtual, tem-se, além do aprimoramento de técnicas e meios de comunicação, a difusão do "domínio" dos canais de comunicação de massa e a consequente quebra do monopólio das vias comunicativas. Com efeito, a "mídia tradicional" perde força e os meios alternativos de comunicação em massa o ocupam. Assim, as redes sociais, tais como "Facebook", "Twiiter" e "WhatsApp" a cada dia que passa têm mais influencia no processo eletivos

Foi nesse contexto que se deram as eleições gerais de 2018. Prova disso é que a candidatura presidencial que logrou o almejado êxito eleitoral, ao menos oficialmente[72], gastou pouco mais de dois milhões e meio de reais e dispunha de um tempo de rádio e televisão irrisório, tendo sido ela totalmente fomentada por meio de redes sociais.

72 Fonte: TSE, disponível em: http://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/candidato/2018/2022802018/BR/280000614517/integra/despesas

Inclusive, é nela – mas não só – que paira a suspeita de financiamento empresarial de serviço de disparo "em massa" de mensagens com conteúdo político partidário no período de campanha.

Nesse contexto, dada à atualidade e a gravidade do tema, buscamos estudá-lo com objetivo de apresentar uma contribuição à questão que certamente ainda será objeto de acaloradas discussões doutrinárias e judiciais.

Para tanto, é indispensável apresentar um posicionamento acerca da natureza jurídica do citado serviço, pois, acreditamos que juízo de convicção a respeito deste perpassa pela sua feição jurídica. Nesse mister, o critério é adotado com base nas lições do Prof. Francisco Amaral (2008), segundo as quais a indicação da natureza jurídica de um serviço perpassa pela compreensão dos seus dados adjetivos e jurídicos-normativos.

No tocante às características gerais, insta ratificar que o objeto em questão é um serviço, e por sinal, de consumo. Visto que se trata de atividade prestada mediante remuneração (direta ou indireta[73]), ofertada no mercado de consumo[74].

Uma prova disso nos é fornecido pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que em diversos julgados conferiu alcunha de fornecedor às empresas que gerenciam redes sociais, responsabilizando-as objetivamente por danos à personalidade consumada em meio à rede social (MARQUES, BEIJAMIN, MIRAGEM, 2013, p. 518-519[75]).

---

73 Sobre remuneração direta e indireta, Cf. Miragem (2014, p. 191-192).

74 Sobre conceito de serviço enquanto bem de consumo, Cf. Miragem (2014, p. 175 e ss.).

75 Cf. (STJ – Resp. n. 1117633/RO, Rel. Min. Herman Beijamin, julgado em 09.03.10). Segue um trecho do Acórdão: " PROCESSUAL CIVIL. *ORKUT*. (...) quem viabiliza tecnicamente, quem se beneficia economicamente e, ativamente, estimula a criação de comunidades e páginas de relacionamento na internet é tão responsável pelo controle de eventuais abusos e pela garantia dos direitos da personalidade de internautas e terceiros como os próprios internautas".

Pode-se depreender que se trata de um serviço dotado de conteúdo econômico-patrimonial e economicamente mensurável. Portanto estar-se diante de um bem de consumo.

Com efeito, pode-se concluir que quando empregado como objeto de doação eleitoral, é imperioso que o classifiquemos como contribuição estimável em dinheiro, já que se trata de bem economicamente dimensionado, pois, para tê-lo a disposição, é indispensável o aporte financeiro às fornecedoras deste serviço; é um bem oriundo da atividade econômica desenvolvida direta ou indiretamente pelo doador; e sua dimensão teleológica é o êxito da campanha eleitoral do beneficiado, seja proliferando mensagens positivas a seu respeito, seja depreciando a imagem de seus adversários.

Ademais, é notória a semelhança teleológica entre o citado serviço e outras contribuições consagradas na doutrina e na jurisprudência como sendo estimáveis em dinheiro, tais como o empréstimo de imóvel, disponibilização de veículo, doação de "santinhos" e outros materiais gráficos, p.ex. Tanto o disparo de mensagens, quanto estes ora citados, são empregados com a finalidade de incrementar a campanha.

Portanto, é inegável que o citado serviço tem caráter de contribuição economicamente estimável[76].

Por sê-lo, faz jus ao tratamento jurídico-normativo que a lei eleitoral dispensa aos serviços de tal perfil.

Portanto, a natureza jurídica do nosso objeto de estudo é de bem de consumo que quando doado às campanhas eleitorais toma forma de bem economicamente mensurável.

Nesse sentido, o marco regulatório do nosso objeto de investigação é delineado na legislação eleitoral, p.ex., nos arts. 23 e 24 da Lei das Eleições[77] e arts. 31 e 38 da Lei Orgânica dos Partidos[78]. Da

76 Para relembrar o conceito de contribuição estimável em dinheiro, Cf. Lula (2012).

77 Cf. lei n. 9594/97.

78 Cf. lei n. 9096/95.

leitura teleológica e sistemática dos dispositivos depreende-se que o legislador pátrio dispendeu as contribuições de caráter economicamente estimável o mesmo tratamento jurídico dispensado às doações pecuniárias.

Posto isso, passa-se à apresentação da resposta à questão principal, o financiamento do serviço de disparos de mensagem com conteúdo político partidário no período de campanha por pessoas jurídicas configura abuso de poder econômico?

4. CONCLUSÃO

Ilegalidade do financiamento empresarial do serviço de disparo de mensagens 'em massa' com conteúdo político partidário via redes sociais – abuso de poder econômico via "WhatsApp".

Antes de apresentar resposta à questão principal, importa destacar algumas conclusões alcançadas ao longo da pesquisa.

Primeiro, as pessoas jurídicas estão terminantemente proibidas de prestar suporte financeiro às campanhas eleitorais, em razão da decisão prolatada no Supremo Tribunal Federal, em sede de ADI (n. 4650).

Segundo, o serviço de disparo "em massa" com conteúdo político partidário tem caráter de contribuição estimável em dinheiro.

Terceiro, por sê-lo, faz jus ao mesmo tratamento jurídico dispensado às doações pecuniárias.

Assim, ainda em caráter parcial, conclui-se que o financiamento empresarial para execução deste serviço configura prática de ilícito eleitoral.

Continuando... quarta premissa: todo ato ou fato que açoite a institucionalidade normativo-eleitoral dotado de dimensão econômica, trata-se de abuso.

Quinta, quando o abuso tem dimensão econômico-patrimonial, faz jus à alcunha de abuso de poder econômico.

Por fim, configurado o abuso de poder econômico, quem dele se aproveita para amealhar proveito eleitoral deverá ser condenado à cassação do diploma, perda do cargo e/ou declaração de inelegibilidade.

Pode-se concluir, portanto, que o financiamento empresarial do serviço de disparos "em massa" de mensagens de conteúdo econômico patrimonial no curso da campanha eleitoral é um notório abuso de poder econômico.

Com efeito, se no caso concreto restar comprovado que algum candidato lançou mão desse expediente, fomentado por capital privado graciosamente ofertado, por meio da rede social de troca de mensagens conhecido como 'WhatsApp", estar-se-á diante de abuso de poder econômico via "WhatsApp".

REFERÊNCIAS

ABRAMO, Cláudio Weber. **"Um mapa do financiamento político nas eleições municipais brasileiras de 2004"**. Disponível em www.asclaras.org.br, acessado em 01.03.2020.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARRUDA, Marcus Vinicius Taques. **E AGORA, JOSÉ? FINANCIAMENTO DE CAMPANHA E VOTO NO BRASIL (2012 E 2016).** 2018. 97 f. Tese (Doutorado) - Curso de Ciência Política, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2018.

BARROSO, L. R**.**. A Reforma Política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil. RDE. **Revista de Direito do Estado**, v. 3, p. 287, 2011.

BESSA, António Marques; PINTO, Jaime Nogueira. **Introdução à Política**: **ideologias, regimes políticos e ordem internacional**. –Lisboa: Editora Verbo, 2002.

BIM, Eduardo Fortunato. O polimorfismo do abuso de poder no processo eleitoral: o mito de Proteu. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 230, p. 113-140, out. 2002.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Ministério Público Eleitoral. 2017. Disponível em:http://www.tse.jus.br/eleitor/glossario/termos/ministerio-publicoeleitoral> Acesso em 01.03. 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

CASTANHO, Maria A. F. da Silva. **O processo eleitoral na era da internet: as novas tecnologias e o exercício da cidadania**. 2014. 337 f. Tese, Doutorado em Direito, USP, São Paulo, 2014.

CIOCCARI, Deysi. Operação Lava Jato: escândalo, agendamento e enquadramento. **Revista ALTEJOR**, São Paulo, n. 12, jun-dez, pp. 59-76 2015.

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

DIAS, Alexandre Pessenha. **O abuso do poder sob a ótica do direito eleitoral: análises das espécies de abuso e perspectivas**. 2018. 93f. Monografia (especialização), curso de Direito, UERJ, Rio de Janeiro, 2018.

DIAS, Alexandre Pessenha. **O abuso do poder sob a ótica do direito eleitoral: análises das espécies de abuso e perspectivas**. 2018. 93f. Monografia de pós-graduação, direito, UERJ, Rio de Janeiro, 2018.

Eleitoral. – Florianópolis: TRE/SC, 1995.

FARHAT, Saïd. **Dicionário parlamentar e político**: o processo político e legislativo no Brasil. São Paulo: Melhoramentos; Fundação Petrópolis, 1996.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. – Salvador: jusPODIVIVM, 2014.

FREITAS, Amanda Araújo. **A INFLUÊNCIA DO PODER ECONÔMICO NO FINANCIAMENTO DAS CAMPANHAS ELEITORAIS.** 2017. 93 f. Monografia (Especialização), Curso de Direito, Uniceub, Brasília, 2017.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**.6.ed.. São Paulo: Atlas, 2011.

LULA, Carlos Eduardo de Oliveira. **Direito Eleitoral**. 3.ed. – Leme, SP: Imperium Editora, 2012.

MACHADO, Luiz Melibio Uiraçaba. Abuso do Poder Econômico no Processo Eleitoral. **Resenha Eleitoral**, vol. 2, Florianópolis: TER/SC, 1995.

MACUSO, Wagner Pralon; HOROSHOVSKI, Rodrigo Rossi; CAMARGO, Neilor Fermino. Financiamento eleitoral empresarial direto e indireto nas eleições nacionais de 2014. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 27. Set-Dez, pp. 9-36, 2018.

MANCUSO, Wagner Pralon. Investimento eleitoral no Brasil: balanço da literatura (2001-2012) e agenda de pesquisa, **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 54, jun., pp. 155-183, 2018,

MANCUSO, Wagner Pralon. O empresariado como ator politico no Brasil: balanço da literatura e da agenda de pesquisa. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 28, jun, pp. 131-146, 2007.

MARQUES, Claudia Lima; BEIJAMIN A. H. V.; BRUNO, Miragem. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.4.ed – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, A C. Apontamentos sobre o abuso do poder economico em materia eleitoral. **Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral**, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 24-31, 1988.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. 6.ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Abuso de poder no processo eleitoral. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 100, jan-jun, pp. 155-172, 2010.

MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 5.ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron. **Do Espírito das Leis**. – São Paulo: Martin Claret, 2010.

NOGUEIRA Jr., Flávio Aurélio. **Novos tipos de abuso de poder: uma contribuição a partir da interpretação da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral**. 2017.175f. Dissertação. Mestrado em Direito, Uniceub, Brasília, 2017.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

REBOUÇAS, João Batista Rodrigues. Abuso de poder econômico e o seu instrumento sancionador. **Revista Eleitoral TER/RN**, vol. 26, pp. 29-49, 2012.

REIS, Márlon. O gigante acordado: manifestações, Ficha Limpa e reforma política. – Rio de Janeiro: LeYa, 2013.

REIS, Márlon. **O nobre deputado: relato chocante (e verdadeiro) de como nasce, cresce e se perpetua um corrupto na política brasileira**. – Rio de Janeiro: LeYa, 2014.

RIBEIRO, Renato Ventura. **Lei eleitoral comentada**. – São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12.ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Bruno Fernando da Silva; CERVI, Emerson Urizzi. Padrões de financiamento eleitoral no Brasil: as receitas de postulantes à Câmara dos

Deputados em 2010 e 2014. **Revista Brasileira de Ciência** Política, n. 23, Brasília, mai-ago, pp. 75-110, 2017.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 20.ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2002.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.20.ed.-São Paulo: Malheiros Editora, 2002.

SILVA, Suzana Alves. **Relação entre abuso de poder econômico e despesa de campanha nos municípios brasileiros (2012-2016)**. 2018. 127 f. Dissertação. Mestrado em Direito, UFMG, Belo Horizonte, 2018.

SILVA, Virgílio Afonso. **Constitucionalização do direito**: direitos fundamentais nas relações particulares. – São Paulo: Malheiros editora, 2005.

SOARES, Ana Beatriz; Depieri, Matheus; NAISER, Sarah. **Tribunal Superior Eleitoral: julgamento da chapa Dilma-Temer**. 2018. Disponível em: <http://www.idp.edu.br/idpjuris/wp-content/uploads/2018/09/TSE.pdf>. Acesso em 01.03.2020

ANOMIA SOCIAL E DIREITO: OS IMPACTOS DA CORRUPÇÃO ADMINISTRATIVA E AS ELEIÇÕES BRASILEIRAS

Pedro Leandro Lima Marinho[1]
Jessica Silva Oliveira[2]

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Apesar de ser um tema muito recorrente na atual conjuntura política, é algo que permeia o país desde o seu descobrimento, já que foi algo semeado desde o período colonial com as constantes práticas de uso da terra apenas como forma de obtenção de recursos naturais com total desrespeito aos que aqui já se encontravam.

A cada dia vem ganhando mais espaço nos noticiários nacionais, principalmente, em razão de grandes escândalos nacionais, como foi o caso do mensalão, em 2005, e da operação lava-jato, em 2014. Estes escândalos despertaram no povo brasileiro o desejo de saber mais sobre o que acontece dentro da estrutura política do país e a sede de buscar um país melhor, onde casos como esse se tornem apenas uma lembrança distante na memória de um povo.

Nesse sentido a fim de evitar que situações como essas se repetissem, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.650, determinou pelo fim do financiamento de campanhas por parte das pessoas jurídicas, o que se

1 Advogado. Professor de Direito Constitucional e Direito Eleitoral na Universidade CEUMA. Pós-graduado em Direito Processual Civil e Direito Eleitoral. Mestre em Meio Ambiente. E-mail: pedrolmarinho.adv@gmail.com.

2 Bacharel em Direito pela Universidade CEUMA. E-mail: jessica.s.oliveira3@gmail.com.

espera que resulte na diminuição da influência do poder econômico nos pleitos eleitorais tendo como objetivo que a soberania popular volte a imperar e não mais o poder econômico. Nesse mesmo sentido, foram as mudanças trazidas pela Lei nº 13.165/2015, responsável por realizar a chamada minirreforma eleitoral, onde os dispositivos que tratavam sobre as doações de campanhas feitas por empresas fossem suprimidos das Leis nº 9.504/1997 (Lei das Eleições), n.º 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos) e n.º 4.737/1965 (Código Eleitoral).

Traçando uma linha tênue entre os tempos remotos e atuais e a partir do supracitado contexto, para a compreensão da corrupção, especificamente, administrativa, faz-se necessária a aplicação de um modelo teórico para o estudo de tal fenômeno como um fato social, coercitivo, externo e geral, estabelecendo um diálogo entre tal fato e a teoria durkheimiana.

Nessa toada, o presente artigo visa abordar o que leva os administradores públicos, agentes públicos que possuem o dever de zelar pelos bens públicos, a esquecerem sua verdadeira função e se deixarem levar pela prática de reiterados atos corruptos, onde parecem esquecer que o bem público não pode e não deve ser usurpado, além de se buscar entender como as mudanças legislativas estão afetando o combate à corrupção, tudo isso levando em conta a visão durkheimiana acerca de fato social e sua definição de anomia social.

2. ANOMIA SOCIAL E A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CORRUPÇÃO

2.1. O Histórico da Corrupção

Sérgio Habib, em sua obra "Brasil: quinhentos anos de corrupção", destaca que:

> Não é sinal característico de nenhum regime, de nenhuma forma de governo, mas decorrência natural do afrouxamento moral, da desordem e da degradação dos costumes, do sentimento de impunidade e da desenfreada cobiça por bens materiais, da preterição da ética e do exercício reiterado e persistente da virtude, substituindo-se pelas práticas consumistas e imediatistas tão caras ao hedonismo. Esta constatação é possível pelo cotejo da história, pelo estudo da trajetória do homem através dos tempos, donde se infere que a corrupção esteve presente por todo o tempo, contida e limitada, em alguns períodos, crescente e fortalecida em outros, incomensurável e avassaladora em outros tantos[1]. (1994 *apud* BITENCOURT, 2012, p. 264).

Por consequência, observa-se que definir o que é corrupção não é tarefa de pequena envergadura, tendo em vista que a corrupção é um fenômeno que acompanha as sociedades, estando presente nos mais diferentes núcleos e se adaptando a cada realidade, possuindo vários significados e conotações.

Dessa forma, fica claro que a corrupção foi algo que se impregnou na sociedade como um mal que se arrasta sem o mínimo controle, infectando de tal maneira que se tornou quase um comportamento social adequado, já que não se fala apenas de grandes atos, mas sim daquelas pequenas situações, situações estas que no Brasil ganharam o título de "jeitinho brasileiro", que pode ser entendido como pequenos atos praticados no dia a dia de forma sutil e que a priori parecem quase inofensivas, mas que acabam por alimentar todo um sistema cheio de falácias.

2.1.1 O Brasil Colonial

Quando a família real portuguesa chegou ao Brasil, de acordo com as explicações de Gomes[2], a população era constituída por pes-

soas, em sua maioria, pobres e analfabetos que eram mantidos por Portugal em uma política de isolamento, já que no final do século XVII houve a descoberta de ouro e diamante nas terras tupiniquins o que fez com que Portugal buscasse cada vez mais manter o Brasil como um território destinado exclusivamente ao extrativismo. Tal política portuguesa teve efeito, pois o Brasil foi mantido em isolamento por três séculos, sem total conhecimento do mundo exterior.

O controle da mineração, conforme explica Laurentino Gomes[2], era feito de forma rigorosa, o ouro deveria ser enviado apenas às casas de fundição de cada distrito que fossem autorizadas para tanto, onde eram feitas as cobranças daquilo que pertencia a Coroa. Contudo, apesar de todos os esforços, metais e pedras preciosas eram contrabandeados para a Europa sem que os impostos devidos à Coroa fossem pagos.

Outra prática que agravava os indíces de corrupção na época, era o fato de os funcionários públicos serem distribuídos em cargos sem nenhum tipo de ordem dentro da burocracia. Era fácil encontrar funcionários ocupando cargos para os quais não possuíam nenhum tipo de conhecimento técnico, como cargos da Justiça, religiosos, defesa ou fazenda, pois o único critério seguido era ser indicado pelo rei. Outro ponto que influenciava na prática de condutas ilegais pelos agentes públicos, era o fato de que o rei, ao seu livre arbítrio, podia vender, ceder, arrendar, de forma temporária ou vitalícia, bens, cargos ou até títulos[3].

Contudo, tal cenário de completo desnivelamento associado ao fato de que tais funcionários não possuíam qualquer preparo para exercer os cargos aos quais estavam sendo indicados, a acumulação de cargos públicos e o fato de que estes mesmos funcionários possuíam péssimas remunerações, faziam com que estes buscassem formas de aumentar os seus ganhos patrimoniais, sendo estes ganhos, em sua maioria obtidos através de meios ilícitos.

Já a Coroa, como bem explica a Profa. Dra. Rita Biason[4], ao invés de procurar meios para solucionar o problema, mantinha-se inerte, pois sua grande preocupação era manter a classe aristocrática satisfeita com os seus rendimentos.

2.1.2 O Brasil Imperial

Quando o rei D. João VI voltou para Lisboa em abril de 1821, deixou um Brasil extremamente fragilizado, constituído por uma população de pessoas pobres e, em sua grande maioria, analfabetos.

Agravando ainda mais todo o cenário, explica Gomes[5], que quando D. Pedro assumiu o governo como príncipe regente, os cofres estavam vazios, já que seu pai tinha retirado todo o dinheiro existente nos cofres do Banco do Brasil, além de ter levado todo o ouro, diamantes e outras pedras preciosas que existiam no Tesouro.

O caso de corrupção de maior relevância que é encontrado na época, de acordo com Daibert[3] (*apud* AIRES; MONTEIRO DE MELO, 2015, p. 582), diz respeito ao furto das joias da coroa, da residência imperial do Palácio São Cristovão, cujo valor era de aproximadamente 400 contos de réis.

Conforme explica a Profa. Dra. Rita Biason[4], a partir da independência em 1822 e da instauração do Brasil República, surgiram novas formas de corrupção, entre elas a eleitoral e a de concessão de obras públicas.

Continua a citada autora explicando que a corrupção eleitoral foi um momento muito particular na história brasileira:

> No Brasil Império, 1822-1889, o alistamento de eleitores era feito a partir de critérios diversificados, pois somente quem possuísse uma determinada renda mínima poderia participar do processo.

> A aceitação dos futuros eleitores dava-se a partir de uma listagem elaborada e examinada por uma comissão que também julgava os casos declarados suspeitos. Enfim, havia liberdade para se considerar eleitor quem fosse de interesse da própria comissão. A partir disso ocorria o processo eleitoral, sendo que os agentes eleitorais deveriam apenas verificar a identidade dos cidadãos que constava na lista previamente formulada e aceita pela comissão[4].

Por conseguinte, o processo eleitoral não cabia a todos, mas sim a uma pequena parte da população que poderia trazer algum tipo de retorno financeiro aos que governavam o país, tendo em vista que a renda era o fator determinante para uma pessoa ser considerada um eleitor ou não.

2.1.3 O Brasil República

O dia 15 de novembro de 1889 trouxe em seu bojo várias promessas à população da época, população esta, em sua maioria, composta por analfabetos, por pobres e por aqueles que se viam a pouco tempo livre da escravidão. Os discursos pregavam que todo o sistema de castas e privilégios que perseguia o povo desde a época da colonização do país cairia por terra, o que significava o nascimento de uma era, de uma era de prosperidade para todo o povo.

Contudo, não foi esse o contexto instalado, e nem poderia ser, já que a realidade apontava para um lado distinto. A República foi instalada em um contexto muito conturbado, a partir de um golpe militar com uma mínima e tardia participação das lideranças civis.

Sendo assim, a proclamação da República acabou sendo o resultado do total esgotamento da Monarquia do que realmente da força do movimento republicano.

O voto de "cabresto", segundo explica Biason[4], também foi uma marca do período. O "coronel" que era nada mais nada menos do que o proprietário do latifúndio, impunha que seus funcionários ou qualquer pessoa que com ela vivesse votasse no candidato desejado por ele. Além disso, havia a compra de votos onde o eleitor "vendia" seu voto para o empregador.

Outro fato de grande relevância, explicado pela supracitada autora, dizia respeito ao "sistema de degolas", sistema este pelo qual os governadores eram os responsáveis, onde as eleições para deputado federal eram manipuladas objetivando garantir o apoio do presidente. Os deputados federais que fossem eleitos contra a vontade dos governadores eram retirados da lista ou "degolados" pelas comissões que eram responsáveis pelas atas de apuração eleitoral.

Mais adiante, conforme esclarece Carvalho[6], já no Governo Vargas, houve um momento de grande destaque que foi a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da Última Hora. A investigação buscava apurar as denúncias que diziam que o então presidente havia "intercedido na liberação de um empréstimo do Banco do Brasil para que fosse criado o jornal Última Hora, de propriedade de Samuel Wainer".

A subida de João Goulart ao poder significou a volta do varguismo o que deixou os opositores muito preocupados, já que este era acusado de ser tolerante no que dizia respeito a práticas corruptas e ao favorecimento do comunismo. Este argumento foi extremamente utilizado como meio de explicar o golpe militar de 1964.

Outro ponto agravante do governo de Jango foi a existência de comunistas dentro da Petrobrás, tendo estes sido acusados de desviar dinheiro da empresa, somado a isso, após a saída do general Albino Silva, este atribuiu toda a culpa dos desvios de dinheiro na empresa aos comunistas.

2.1.4 A Ditadura Militar

A Ditadura Militar no Brasil nasce como uma forma de combater a subversão (ou comunismo) e a corrupção que já estava instaurada no país, resultando do golpe que ocorreu em março de 1964 que resultou na derrubada do Governo de João Goulart. As Forças Armadas juntamente com os civis buscavam combater tanto o comunismo quanto a corrupção e para isso foram criadas várias investigações organizadas pela "Comissão Geral de Investigação" (CGI), como as Comissões de Sindicância e Inquéritos e os Inquéritos Policiais Militares (IPM), sendo que todas essas comissões dispunham de jurisdição em todo o território nacional.

O Ato Institucional n. 5 (AI-5) trazia em seu bojo uma promessa de ser duro no combate à corrupção prometendo atacá-la com todo o rigor possível. Apesar de inúmeras investigações terem sido abertas pela Comissão Geral de Investigações, pouquíssimas tiveram algum tipo de resultado, como por exemplo o confisco de bens.

De acordo com Aires e Monteiro de Melo[3], um dos pontos que mais comprometeu o combate à corrupção pelas Forças Armadas foi a forma como tal fenômeno foi compreendido. A corrupção era vista como um mal de vertente moral e ética, sendo entendida apenas como o mal uso do dinheiro público e estava associada diretamente à pessoa que estivesse no poder, sendo um vício muito particular da pessoa e tal vício era associado aos comunistas.

O grande problema envolto nesse posicionamento moralista acerca da corrupção é que acarreta uma visão exclusivamente individual, dando ao agente um olhar de indivíduo corrupto, o que acaba resultando um uma exclusão da chamada corrupção política, já que a culpa é atribuída apenas às pessoas e não a todo o contexto político que o cerca.

2.2. Anomia Social

Ensina Durkheim eu sua obra "As regras do método sociológico", que:

> É fato social toda maneira de agir fixa ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior; ou então ainda, que é geral na extensão de uma determinada sociedade, apresentando uma existência própria, independentemente das manifestações individuais que possa ter[7] (1978 *apud* GARCIA; BARSALINI, 2012, p. 60).

Durkheim entende os fatos socias a partir de três características distintas, sendo elas: a exterioridade, a coercitividade e a generalidade.

A exterioridade explica que o fato social existe independentemente do indivíduo, ou seja, o fato social já está naturalmente configurado, não guardando nenhuma relação de dependência com o sujeito.

No que diz respeito à coercitividade, esta origina-se da própria coerção social ou da força que os fatos sociais existentes vão ter sobre o indivíduo, o que acaba por fazer com que ele se comporte de acordo com as regras pré-estabelecidas na sociedade em que se encontra.

Já a terceira característica, a generalidade, é entendida a partir da capacidade que as crenças, as tendências e os atos praticados pelos grupos da sociedade possuem de se difundir. Dessa maneira, um fato é entendido como social em razão de ser visto de uma forma coletiva e, consequentemente, entendido como algo pertencente aquele coletivo de pessoas.

Durkheim explica que apesar de um determinado fenômeno poder agredir as concepções morais existentes, pode vir a ser entendido como algo normal e aceitável, desde que seja praticado de for-

ma usual por uma determinada sociedade e que tal fato não ponha a integridade das pessoas em risco.

Para Durkheim o crime é considerado como um fato normal, pois:

> 1. Porque o crime é encontrado "em todas as sociedades de todos os tipos". Portanto é o fenômeno que é geral na extensão de uma sociedade, num determinado momento do seu desenvolvimento.
>
> 2. Além disso, é útil à sociedade, na medida em que a transgressão cometida conduz a um fortalecimento dos valores feridos, por relembrar o quanto é repudiada[7]. (1978 *apud* GARCIA; BARSALINI, 2012, p. 67).

O problema social pode ser explicado como um comportamento que em uma certa sociedade é visto como a quebra das normas que estão impostas, das normas tidas como aceitas, assim, um problema social é aquele entendido como uma conduta desviante e imoral pela sociedade.

O sociólogo Émile Durkheim em suas obras "A divisão do trabalho social" e "O suicídio" foi o responsável por criar o conceito de anomia, que pode ser explicada como uma carência de regulamentação social, ou ainda, uma ausência de regras, oriunda tanto do enfraquecimento dos vínculos socias, como pela perda da capacidade que a sociedade possui de regrar o comportamento daqueles indivíduos que nela convivem, ou seja, pode ser mais claramente explicada como a falta de um "corpo de normas sociais".

De acordo com Garcia e Barsalani[7], Durkheim defendia que o estado de anomia era uma consequência da própria sociedade, pois esta entrava em um estado de desregramento tão grande que os indivíduos que nela viviam perdiam a noção dos fins individuais e dos limites. Para ele, tal crise poderia ser superada a partir do momento em que o Estado passasse a ter uma participação ativa tanto no estí-

mulo, quanto na "[...] regulamentação das corporações de profissionais, na organização da educação laica e universal e na preservação de alguns princípios morais"[7].

Robert K. Merton[8] (*apud* PINTO, 2017). deu segmento ao estudo da anomia social, chegando ao entendimento de que no momento em que os indivíduos deixam para traz as normas e buscam apenas satisfazer seus anseios pessoais, ocorre uma intensificação do estado anômico.

Apesar do pensamento de Merton divergir em certos pontos do pensamento de Durkheim, ambos possuem como ponto comum a forma pela qual o processo de anomia é iniciado. Para os dois pensadores, tal instituto nasce quando os indivíduos não conseguem satisfazer aquilo que é esperado que eles alcancem pelos meios pré-determinados pela sociedade.

No tocante às diferenças, importante salientar a forma como cada um visualiza o desvio. Para Durkheim o desvio ocorre de uma forma naturalística, sendo algo inerente ao homem, enquanto Merton parte do determinismo sociológico, que significa que apesar de as aspirações não serem algo inerente ao homem, elas são consequência do que é estipulado pela sociedade.

Por todo o exposto, a teoria da anomia, em especial aquela explicada por Merton, pode traduzir e esclarecer as condutas desviantes encontradas na sociedade brasileira, assim como se torna nítido o impacto que essas condutas possuem no Judiciário e na criação de leis que visam sanar os problemas encontrados na sociedade.

3. VISÃO POLÍTICO - ELEITORAL

O Código Penal Brasileiro[9] apresenta dois tipos de corrupção, a corrupção ativa e a corrupção passiva. A primeira, presente no

caput do artigo 333 do Código Penal, manifesta-se quando alguém oferece ou promete alguma vantagem indevida a um funcionário público, com o objetivo de convencê-lo a praticar, omitir ou até mesmo retardar ato de ofício. No que tange à corrupção passiva, disposta no artigo 317 do Código Penal, essa pode ser entendida como o ato que o funcionário público tem de solicitar ou receber, para si ou para outrem, seja de maneira direta ou indireta, não importando se está na função ou se ainda irá assumi-la, desde que em função dela, qualquer tipo de vantagem indevida ou promessa de receber vantagem indevida.

No que tange à corrupção passiva, esta somente pode ter como sujeito ativo funcionário público, ou seja, trata-se de um crime funcional. Desta forma diferencia-se da corrupção ativa, que pode ter como sujeito ativo qualquer pessoa que ofereça uma vantagem indevida a um funcionário público.

Nessa mesma toada, a Constituição de 1988 inovou ao trazer o ato de improbidade administrativa no capítulo que versa sobre Administração Pública.

> 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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).
>
> § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível[10].

A Lei nº 8.429/1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, foi criada para regulamentar o art. 37, §4º, da Constituição Federal com o intuito de disciplinar sanções que devem ser aplicadas no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo,

mandato, emprego ou função pública, na administração pública direta, indireta ou fundacional.

O Supremo Tribunal Federal, em 29 de agosto de 2008, editou a súmula vinculante nº 13 pacificando o entendimento já existente acerca do nepotismo.

Ao lado das supracitadas leis, temos a Lei complementar nº 135, de 2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, oriunda de um projeto de lei de iniciativa popular onde foram obtidas mais de 1 milhão e 600 mil assinaturas em apoio. Tal projeto foi encabeçado por entidades que integram o Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE).

A referida lei veio para alterar a Lei Complementar nº 64, de 1990 e, assim, cumprir o que determina o disposto no art. 14, §9º da Constituição da República.

Assim, pode-se observar que foram editadas diversas normas visando coibir as práticas corruptas a fim de proteger o Estado daqueles que não possuem a capacidade de exercerem atividades públicas por visarem atender seus próprios interesses ou de terceiros e não os interesses da coletividade que deveriam proteger.

3.1 Corrupção Eleitoral Ativa e Corrupção Passiva

No tocante ao crime de corrupção eleitoral, este encontra sua tipificação no artigo 299 do Código Eleitoral:

> Art. 299. Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita: Pena – reclusão até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa[11].

Antes de mais nada, é importante destacar o que a doutrina entende como crime eleitoral:

> O crime eleitoral é apenas uma especificação do crime em geral, com a particularidade de objetivar a proteção de bens e valores político-eleitorais caros à vida coletiva. Tais bens são eminentemente públicos, indisponíveis e inderrogáveis pela autonomia privada. São bens necessários à configuração da legítima ocupação dos cargos político-eletivos e, portanto, do regular funcionamento do regime democrático. Entre eles destacam-se a lisura e a legitimidade do processo eleitoral (em sentido amplo), o livre exercício da cidadania e dos direitos políticos ativos e passivos, o resguardo do direito fundamental de sufrágio, a regularidade da campanha política, da propaganda eleitoral, da arrecadação e do dispêndio de recursos, a veracidade do voto, a representatividade[12].

Assim, os crimes eleitorais podem ser compreendidos como aqueles que ferem o poder de escolha dos cidadãos, afetando diretamente a democracia, já que atingem o poder de sufrágio, dessa forma, o processo eleitoral acaba sendo violado, afinal a soberania popular é desrespeitada, sendo a liberdade de escolha atingida. Destaca-se ainda ser este um crime comum, já que qualquer pessoa pode estar no polo ativo.

O crime de corrupção eleitoral teve um agravamento tão grande no cenário brasileiro que a lei nº 9.840 de 1999 inseriu o artigo 41-A na chamada "Lei das Eleições" (Lei nº 9.504/1997) estabelecendo consequências tanto no plano cível como no político pela prática de corrupção eleitoral.

Este crime é constituído pela modalidade ativa (dar, oferecer e prometer), conforme explica Gomes[12], não sendo obrigatório que o sujeito ativo seja o candidato ou alguém diretamente vinculado a ele, pois qualquer um pode praticar este ilícito a fim de obter o voto do eleitor ou garantir que este não vote em outro candidato.

Já na modalidade passiva (solicitar ou receber), existe uma parte da doutrina que entende que nesta modalidade quem atua é o eleitor, manifestando sua vontade de votar em determinado candidato desde que este lhe proporcione algo em troca de seu voto, assim, se quem praticar os verbos nucleares não for um cidadão em pleno gozo de seus direitos políticos, o crime seria impossível.

> Contudo, essa interpretação é equivocada. Na modalidade passiva, a solicitação ou o recebimento de vantagem também pode ser "para conseguir ou prometer abstenção", conforme registrado no próprio tipo legal. Uma pessoa cujos direitos políticos estejam suspensos, portanto um não eleitor, pode solicitar ou receber vantagem ou benefício (para si, para outrem, para si e para outrem) para obter voto de terceiro ou para conseguir abstenção de outrem. Isso, aliás, aconteceu incontáveis vezes – e ainda hoje ocorre –, bastando pensar em situações em que alguém recebe vantagem não só para apoiar determinada candidatura, como também para obter o apoio de seus familiares. O mesmo se pode dizer na hipótese em que o eleitor se encontra inscrito em circunscrição eleitoral diversa daquela em que ocorre o fato; por exemplo: em eleição municipal, alguém solicita ou recebe vantagem de candidato de município diverso daquele em que ele se encontra inscrito, prometendo-lhe, porém, conseguir o voto ou a abstenção de eleitor do município do candidato[12].

Outro ponto sensível diz respeito à contratação dos cabos eleitorais, pessoas contratadas para prestarem serviços nas campanhas eleitorais. Os cabos eleitorais são os responsáveis por auxiliarem os candidatos a angariar os votos necessários para a eleição, sendo a ponte entre os possíveis eleitores e o candidato. Contudo, o cenário que inúmeras vezes se manifesta é que essas pessoas possivelmente contratadas para exercerem a função de cabos eleitorais representam nada mais nada menos que a compra do voto dessas pessoas, já que a função que deveriam ocupar e os serviços que deveriam prestar, não ocorrem, configurando-se a função apenas como uma fachada para

a compra de votos, o que por óbvio se configura como corrupção eleitoral.

Por todo o exposto, a lei nº 12.891 de 2013 trouxe limites em seu artigo 100-A no que tange à contratação de cabos eleitorais, determinando limites para que tais contratações possam ser feitas pelos candidatos.

> Os limites são definidos a partir de uma relação proporcional entre o número de eleitores dos municípios e a quantidade de cabos eleitorais que poderão ser contratados. As regras valem para a disputa a todos os cargos eletivos, sejam eles majoritários (presidente da República, governador de Estado, senador e prefeito) ou proporcionais (deputado federal, deputado estadual/distrital e vereador). Além disso, segundo a Minirreforma, na prestação de contas de campanha, os candidatos que contratarem cabos eleitorais serão "obrigados a discriminar nominalmente as pessoas contratadas, com indicação de seus respectivos números de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF)[13].

Caso o disposto na lei não seja observado por qualquer um dos candidatos a cargos eletivos, poderão ser encaixados no crime previsto no artigo 299 do Código Eleitoral.

O sujeito passivo dos crimes eleitorais sempre será o Estado tendo em vista que violam a lisura e a legitimidade das eleições, além de afetarem o exercício da cidadania, manifestado pelo poder de sufrágio.

3.2 O PSL e a suposta fraude eleitoral da cota das mulheres

Por expressa determinação contida do §3º do artigo 10 da Lei nº 9.504/97, cada partido ou coligação deve obrigatoriamente

ter um percentual de no mínimo 30% (trinta por cento) e de no máximo 70% (setenta por cento) reservados para candidaturas de cada sexo.

Contudo, a partir da determinação estabelecida pela EC nº 97/2017, que determinou que não existirão mais coligações nas eleições proporcionais a partir de 2020, as cotas deverão ser aplicadas e respeitadas por cada partido.

Contudo, tendo sido o sufrágio feminino instituído há pouco mais de 80 anos, o equilíbrio na participação política entre homens e mulheres nunca foi algo alcançado, sendo que os homens ainda se mantém como grande maioria na política.

> A desigualdade de representação no Congresso Nacional é brutal. Apenas 12 dos 81 senadores são mulheres, 15%. Na Câmara, são 77 deputadas e 436 deputados (15%). No ano passado, o número de mulheres registradas pelos partidos ficou próximo ao mínimo exigido por lei —30,7% dos pedidos de registro para a disputa aos cargos de deputado estadual e 31,59% para as vagas de deputado federal. Sem as cotas as candidaturas poderiam ser ainda menores[14].

No caso do PSL, as primeiras denúncias começaram a surgir em fevereiro de 2019 em relação às candidaturas de mulheres em Minas Gerais, Pernambuco e Ceará.

Foram feitas inúmeras denúncias contra o partido, que caso comprovada a fraude estaria atentando contra a autenticidade eleitoral, além de uma clara violação ao poder de escolha do eleitor e à própria autenticidade do pleito eleitoral. Tudo isso resultaria no chamado "constitucionalismo abusivo", possuindo grande incidência na América Latina, nesse fenômeno os métodos constitucionais são empregados visando um aumento da participação popular acabam sendo utilizados de forma inadequada pelos governos autoritários, visando prejudicar o sistema democrático, já que os instrumentos

criados para aumentar a participação democrática, são usados contra o próprio sistema[15].

> Na visão de David Landau, cunhador do termo, o constitucionalismo abusivo consiste no processo de utilização das regras pensadas à proteção da democracia com o objetivo de enfraquecer o próprio sistema democrático. São duas as principais formas de enfraquecimento: a) redução do grau de competitividade de figuras de oposição em disputas eleitorais e políticas e b) proteção dos direitos individuais e de grupos minoritários[15].

No caso do PSL, as primeiras denúncias começaram a surgir em fevereiro de 2019 em relação às candidaturas de mulheres em Minas Gerais, Pernambuco e Ceará.

Tanto no Ceará quanto em Pernambuco, existem mulheres que afirmam veementemente terem sido candidatas para atender à determinação estipulada pelo Supremo acerca da determinação de que 30% do dinheiro público é distribuído para ser utilizado para o financiamento de campanhas eleitorais, deveriam ser revertidos para estimular as candidaturas das mulheres. Isso significa, que caso o partido de fato tenha se utilizado de candidaturas laranjas, esse percentual dos recursos foi desviado[16].

O caso está sendo investigado pela Polícia Federal juntamente com o Ministério Público do estado e sendo constatado que de fato houve candidaturas laranjas, os envolvidos podem receber até cinco anos de reclusão.

3.3. Caixa Dois de Campanha

O financiamento de campanha eleitoral é um tema extremamente polêmico dentro do sistema democrático em razão das doa-

ções feitas aos partidos e aos candidatos que movimentam em suas campanhas valores exorbitantes objetivando garantir os votos necessários para que possam ser eleitos.

Visando combater o abuso de poder econômico, conforme explica Machado[17] o financiamento das campanhas (artigos 17 a 32 da Lei nº 9.504/1997) deve seguir o que determina o princípio da transparência, para que os eleitores possam ter acesso aos gastos financeiros, passando a terem conhecimento dos nomes daqueles que financiaram as campanhas e, dessa forma, possam escolher da maneira mais adequada, além de viabilizar o controle dos gastos feitos pela Justiça Eleitoral.

Pelo atual ordenamento jurídico, a partir da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 4.650, após longos anos de permissibilidade de doações por parte de pessoas jurídicas, tal instituto foi vetado, entendendo-se não ser mais possível que as campanhas eleitorais sejam abastecidas a partir de doações feitas por empresas, afinal estas acabavam se utilizando desse instituto como uma forma de vincular o administrador público a elas próprias, já que essas "doações", ao final, teriam um preço para o candidato ora eleito.

Consubstanciando tal cenário, houve as mudanças implementadas pela lei nº 13.165/2015, que promoveu uma minirreforma eleitoral, alterando dispositivos das Leis n.º 9.504/1997 (Lei das Eleições), n.º 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos) e n.º 4.737/1965 (Código Eleitoral), onde foram revogados os dispositivos que tratavam das doações para as campanhas eleitorais por parte das empresas.

O caixa dois é definido como sendo um tipo de falsidade ideológica (prestação de declaração falsa), estando tipificado no artigo 350 do Código Eleitoral:

> Art. 350. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, para fins eleitorais:
>
> Pena – reclusão até cinco anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa, se o documento é público, e reclusão até três anos e pagamento de 3 a 10 dias-multa se o documento é particular.
>
> Parágrafo único. Se o agente da falsidade documental é funcionário público e comete o crime prevalecendo-se do cargo ou se a falsificação ou alteração é de assentamentos de registro civil, a pena é agravada[11].

Referido crime que traz consequências tão nefastas para as disputas eleitorais ainda não possui uma tipificação específica, estando abarcado pelo crime do supracitado artigo.

3.3.1 Mensalão

A discussão acerca do caixa dois ganhou força em 2005, durante o terceiro mandato do então Presidente Lula, quando veio à tona aquele que é tido até hoje como o maior esquema de caixa dois do país: o mensalão.

Este esquema, que durou entre os anos de 2002 a 2005, consistia em repasses oriundos de fundos de empresas que através de doações feitas diretamente ao Partido do Trabalhadores (PT) objetivavam garantir o apoio dos políticos.

Conforme explica Rocha[18], este esquema foi desenvolvido pelo PT com o objetivo de comprar os votos da oposição o que daria maiores poderes ao então presidente Lula e ao seu partido. Todo esse escândalo resultou na instauração de uma CPI que visava apurar a veracidade das denúncias. As investigações concluíram que de fato a distribuição de recursos aos parlamentares realmente havia ocorrido de forma recorrente durante 2002 e 2003.

> A maior transferência conhecida de dinheiro até então envolvia R$15,5 milhões pagos à Duda Mendonça, marqueteiro da campanha de Lula. Mendonça afirmou, na CPI, que recebera o dinheiro, parte dos R$ 25 milhões cobrados por ele para desenvolver a campanha de mídia de Lula, sabendo que ele era proveniente de "caixa dois", mas que era a única maneira de receber o valor que estava pendente. Estima-se que, no total, cerca de 2 bilhões de reais estavam envolvidos no esquema, sem origem definida. Embora pagamentos não registrados e transferências entre contas clandestinas no exterior sejam tolerados há muito tempo na política brasileira, operações de tamanha magnitude e o esquema de pagamento de propinas em valores tão altos em dinheiro foram uma surpresa para a opinião pública[18].

Observando-se todo o caso, fica nítido o quanto a corrupção é algo enraizado dentro da política brasileira e o quanto um financiamento de campanhas sem delimitações apenas continua alimentando todo esse cenário, em que políticos vendem suas funções em troca de subornos, aumentando a influência de grandes empresários dentro do sistema político, o que acaba resultando no desaparecimento de uma política que seja igual para todos, onde os privilegiados acabam sendo os políticos corruptos e os empresários detentores de todo o poder econômico.

3.3.2 Operação Lava Jato

A operação Lava Jato é tida como a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que já ocorreu no país, tendo recebido esse nome em razão de postos de combustíveis e lava a jatos de automóveis que foram utilizados de fachada para lavar dinheiro oriundo de negócios escusos de uma organização criminosa integrante do esquema.

Pelo apurado na investigação, estima-se que tenham sido desviados da Petrobrás um montante que esteja na casa dos bilhões de reais. O esquema corrupto que envolveu empreiteiras que, organizadas em forma de cartel, acordavam o pagamento de propina tanto para os executivos que ocupavam os cargos mais altos da empresa, como para os agentes públicos. Tendo durado pelo menos dez anos, essa propina ficava na casa de 1% a 5% dos valores relativos aos contratos bilionários que haviam sido superfaturados, sendo que essa porcentagem era entregue aos respectivos donos através dos operadores financeiros responsáveis por toda a operação do esquema, estando estre eles os chamados doleiros que foram alvos na primeira fase da operação[19].

Conforme declarou o Ministério Público Federal, eram cobradas propinas pelos diretores e funcionários da Petrobrás a fim de que pudessem ajudar com que empreiteiras conseguissem realizar seus negócios com a estatal. Além da facilitação no processo de escolha, os contratos firmados eram superfaturados para que pudesse ser desviado dinheiro da estatal com facilidade para os envolvidos. Essa propina era repassada aos políticos e funcionários públicos envolvidos no esquema através dos lobistas, doleiros e outros operadores, responsáveis por fazerem essa ponte. Esse esquema, conforme declarou o Ministério Público, tinha como grandes beneficiários aqueles partidos que eram responsáveis por indicar quem ocuparia o posto de diretor da estatal[20].

Segundo informações apresentadas pelo Tribunal Superior Eleitoral, as empreiteiras que tiveram seus nomes ligados ao da operação lava-jato, foram responsáveis por 46,6% das doações destinadas aos partidos no ano de 2013, tendo sete partidos como grandes beneficiários: PT (que recebeu sozinho R$ 35,4 milhões), PSDB, PMDB, PSB, DEM, PSD e PP[18].

Assim, as doações objetivavam garantir que a relação entre os doadores e os partidos se mantivesse consolidada a fim de que o pro-

cesso de escolha nas licitações juntamente com o superfaturamento dos contratos não fosse prejudicado.

3.4 Compra de Votos (Captação Ilícita de Sufrágio)

A Lei nº 9.840/1999 foi a primeira lei no cenário nacional que teve seu nascimento da iniciativa popular, trazendo em seu bojo o artigo 41-A, que dispõe acerca do instituto da captação ilícita de sufrágio ou compra de votos, apresenta como sanções, a depender do momento em que tenha sido comprovada a compra de votos, a cassação do registro da candidatura, no caso de condenação na esfera administrativa antes da realização do pleito ou, caso a compra de votos só consiga ser provada após a realização das eleições, será determinada a cassação da diplomação, não sendo impedimento para a fixação de multa.

Sendo comumente associados ao abuso de poder econômico, esses dois ilícitos eleitorais apresentam diferenças significativas. A compra de votos caracteriza-se quando o candidato doa, oferece, promete ou entrega, seja um bem ou algum tipo de vantagem a fim de que seja retribuído com o voto do eleitor, sendo, dessa forma, violada a liberdade de voto, já que em troca de determinada coisa cede seu voto ao candidato como uma forma de pagamento pelo "bem" realizado.

O abuso de poder econômico para ser configurado, não irá necessitar a potencialidade que o ato ilegal tem de alterar as eleições, mas sim a gravidade das circunstâncias que o caracterizam, por expressa determinação legal do inciso XVI do artigo 22 da LC nº 64/1990.

Já em relação à sanção imposta por eventual condenação, apesar do abuso de poder econômico resultar na cassação do registro ou

do diploma dos candidatos, não prevê a aplicação da pena de multa, mas sim a declaração de inelegibilidade.

O artigo 41-A vem com uma abordagem diferente, onde sua proteção está focada em garantir que o eleitor vote de acordo com a sua vontade, não se preocupando com o resulto que será oriundo da realização das eleições.

Assim, a infração administrativa do artigo 41-A restará configurada com a compra de apenas um voto, não se exigindo a demonstração de lesividade ao resultado do pleito eleitoral[21]. O que também pode traduzir-se no fato de que é necessário a prática de apenas um dos verbos núcleos presentes no artigo, sendo desnecessário provar que o candidato tenha atuado pessoalmente na compra de votos ou que tenha sido realizada uma proposta formal para comprar os votos.

Por fim, é importante destacar que sendo reconhecida a captação irregular de sufrágio e, consequentemente, cassado o diploma do candidato, todos os votos que este tiver recebido na eleição serão tidos como nulos[21].

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A corrupção, de tão comum nas sociedades, acabou tornando-se um fato social natural, uma prática recorrente enraizada na cultura de um povo, prática esta que se disseminou de tal forma que acabou gerando a perda do controle deste fenômeno, que é visto como uma doença social, possuindo como suas maiores vítimas a democracia e a sociedade. Este cenário associado a impunidade dos corruptos acaba sendo uma mola condutora para que estes continuem praticando seus atos, utilizando-se, inúmeras vezes, das funções que ocupam para essa prática.

Dando-se um especial enfoque à corrupção eleitoral, esta manifesta-se por afetar o poder de escolha dos cidadãos, ferindo a lisura e afetando a legitimidade do processo eleitoral que trará consequências no que tange aos candidatos que serão eleitos como ocupantes dos cargos eletivos.

Nesse sentido, verificou-se que a corrupção é um fenômeno de inúmeras facetas, manifestando-se através de diversas formas o que gera com que o legislador esteja constantemente buscando meios a fim de tentar minimizar a prática desse ilícito.

Por fim, em razão de todo o exposto, não restam dúvidas de que o caminho de enfretamento à corrupção apresenta uma trajetória árdua, mas a diminuição da influência do poder econômico associada a uma legislação mais severa acerca do tema podem significar o pontapé inicial para o fortalecimento da democracia aliado ao retorno do poder de escolha dos representantes nas mãos dos cidadãos, garantindo que a competição pelos cargos eletivos possam alcançar o máximo possível de igualdade entre os candidatos, além de garantir uma escolha mais consciente por parte dos eleitores e uma consequente diminuição nos índices de corrupção.

REFERÊNCIAS

1 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** Parte Especial.. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 5 v. Dos Crimes Contra a Administração Pública e dos Crimes Praticados por Prefeitos.

2 GOMES, Laurentino. 1808: **Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram História de Portugal e do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Planeta, 2007.

3 AIRES, Hilton Boenos; MONTEIRO DE MELO, Arquimedes Fernandes. **A corrupção política e o seu papel na formação da identidade política brasileira**. RJLB, ano 1, n. 6, p. 567-509,2015.Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/6/2015_06_0567_0609.pdf. Acesso em: 28 ago. 2019.

4 BIASON, Rita. **Breve história da corrupção no Brasil. Contra Corrupção**, out. 2013. Disponível em: http://www.contracorrupcao.org/2013/10/breve-historia-da-corrupcao-no-brasil.html. Acesso em: 11 set. 2019.

5 GOMES, Laurentino. 1822: **Como um homem sábio, um princesa triste e um escocês louco por dinheiro ajudaram D. Pedro a criar o Brasil – um país que tinha tudo para dar errado**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010.

6 CARVALHO, Aloysio Castelo de. **As denúncias de corrupção no governo Vargas**. Observatório da Imprensa, n. 746, 14 maio 2013. Disponível em: http://observatoriodaimprensa.com.br/armazem-literario/_ed746_as_denuncias_de_corrupcao_no_governo_vargas/. Acesso em: 8 set. 2019.

7 GARCIA, Dirce Maria Falcone; BARSALINI, Glauco. Émile Durkheim. In: LEMOS FILHO, Arnoldo; BARSALINI, Glauco; VEDOVATO, Luís Renato; Mellim FILHO, Oscar (Orgs.). Sociologia Geral e do Direito. 5.ed. São Paulo: Alínea, 2012.

8 PINTO, Hélio Pinheiro. **Teoria da anomia segundo Robert King Merton e a sociedade criminógena: seria o delito uma resposta à frustração de não ser bem sucedido na vida?** Revista da Esmal, n. 6, nov. 2017. Disponível em: http://revistadaesmal.tjal.jus.br/index.php/revistaEletronicaEsmal/article/view/78. Acesso em: 14 set. 2019.

9 BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17 out. 2019.

10 BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

11 BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. **Código Eleitoral**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm. Acesso: 7 nov. 2019.

12 GOMES, José Jairo. **Crimes Eleitorais e Processo Penal Eleitoral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

13 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Especial Minirreforma: lei impõe limites para a contratação de cabos eleitorais**. 17 dez. 2013. Disponível em: https://tse.jusbrasil.com.br/noticias/112252624/especial-minirreforma-lei-impoe-limites-para-a-contratacao-de-cabos-eleitorais. Acesso em: 1 nov. 2019.

14 SCORSE, Carol**. Para PSL, solução para fraude é tirar mulheres da política**. Carta Capital, 21 mar. 2019. Disponível em: https://www.cartacapital.com.br/politica/para-psl-solucao-para-fraude-e-tirar-mulheres-da-politica/. Acesso em: 6 nov. 2019

15 KREUZ, Letícia. **Análise: a fraude eleitoral do PSL quanto aos 30% da cota de gênero**. Justificando, 3 maio 2019. Disponível em: http://www.justificando.com/2019/05/03/analise-a-fraude-eleitoral-do-psl-quanto-aos-30-da-cota-de-genero/. Acesso em: 6 nov. 2019.

16 O GLOBO. **Entenda as suspeitas de candidaturas laranjas do PSL, investigadas em ação da Polícia Federal**. 27 jun. 2019. Disponível em: https://oglobo.globo.com/brasil/entenda-as-suspeitas-de-candidaturas-laranjas-do-psl-investigadas-em-acao-da-policia-federal-1-23767312. Acesso em: 6 nov. 2019.

17 MACHADO, Raquel Ramos. **Manual de Direito Eleitora**l. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018

18 ROCHA, Rafael Sampaio. **Financiamento político por empresas privadas no Brasil: mácula ao exercício da representatividade democrática e desvirtuamento do princípio "um cidadão, um voto".**

2015. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Programa de Pós-Graduação em Direito - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2015. Disponível em: http://www.repositoriobib.ufc.br/000032/00003278.pdf. Acesso em: 3 nov. 2019

19 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Entenda o caso - Caso Lava Jato (Old).** 2019. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/entenda-o-caso. Acesso: 4 nov. 2019.

20 FOLHA DE SÃO PAULO. **Operação lava jato.** 2019. Disponível em: http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/#capitulo2. Acesso em: 4 nov. 2019.

21 PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Realizado o Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Lei nº 10.994, de 14 de dezembro de 2004.

Título	DIREITO ELEITORAL E DEMOCRACIA Estudos em homenagem ao Desembargador Cleones Carvalho Cunha
Capa	Francisco Batista Freire Filho
Projeto Gráfico	Francisco Batista Freire Filho
Revisão	Maria da Salete Carvalho Coelho
Formato	15 x 22 cm
Páginas	970
Tipografia	Adobe Garamond Pro, Calibri | Miolo
Edição	1ª edição - Digital - Setembro de 2020
Publicação	Editora da Universidade Federal do Maranhão EDUFMA

O juiz CLEONES CARVALHO CUNHA pode ser comparado a um barqueiro, que, mesmo solitário, enfrenta as tempestades com serenidade ímpar. Importante relembrar as luzes de harmonia que jogou sobre o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão quando exerceu a presidência e o ciclo de modernização que imprimiu ao Judiciário maranhense, compreendendo com sensibilidade - sua marca pessoal, já naquela época, que estávamos vivenciando um tempo de urgências e de emergências, e que o tempo urgia!

Não se pode olvidar o período do árduo encargo de Corregedor-Geral da Justiça do Maranhão, quando então mais orientou os juízes maranhenses e se fez notável, não pelas punições, mas pelo exemplo dos seus atos, incutindo nos juízes que é preciso ser justo, não apenas nas sentenças proferidas, mas em todos os atos da vida.

O homenageado é um juiz agregador. Aliás, só seres muito especiais conseguem ser juízes e agregadores ao mesmo tempo. A missão de julgar tem o efeito de trazer para nossas vidas o secessionismo, por razões óbvias, mas o homenageado, por ter qualidades diferenciadas, consegue ser um agregador devido ao alto grau de amorosidade que dele emana.

NANCY ANDRIGHI,
Ministra do Superior Tribunal de Justiça - STJ

Associação Brasileira
das Editoras Universitárias

ISBN:978-65-86619-63-8
9 786586 619638