

ISSN 0104-6152

RESENHA ELEITORAL

vol. 24, n. 1
2020



EJESC

Escola Judiciária Eleitoral
de Santa Catarina

RESENHA ELEITORAL



EJESC



UNIVALI



ACALEJ

Resenha Eleitoral: Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina
Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. v. 24, n. 1 (2020) -.
Florianópolis: TRE, 2020.

Semestral

ISSN 0104-6152

Continuação de: Resenha Eleitoral (1949-1951)

1. Direito Eleitoral 2. Direito Constitucional 3. Direito Administrativo
4. Ciência Política. I. Santa Catarina. Tribunal Regional Eleitoral

CDU 342.8(816.4)(05)

RESENHA ELEITORAL

RESENHA ELEITORAL (ISSN 0104-6152)

Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina

Rua Esteves Júnior, 68 - Centro - Florianópolis/SC - 88015-130 - Fone: (48) 3251-7421

Contato: resenha@tre-sc.jus.br

Missão do TRES: Garantir a legitimidade do processo eleitoral e o livre exercício do direito de votar e ser votado, a fim de fortalecer a democracia.

Missão da Resenha Eleitoral: Democratizar a divulgação do conhecimento científico na área eleitoral, por meio de publicação de trabalhos inéditos que promovam a transformação baseada na convergência entre a teoria e a prática.

Presidente

Desembargador Jaime Ramos

Vice-Presidente e Corregedor Regional Eleitoral

Desembargador Fernando Carioni

Diretor da Escola Judiciária Eleitoral (EJESC)

Juiz Wilson Pereira Junior

Vice-Diretora da Escola Judiciária Eleitoral (EJESC)

Isabella Bertoncini

Diretor-Geral do TRES

Daniel Schaeffer Sell

Secretário Executivo da EJESC

Ayrton Belarmino de Mendonça Moraes Teixeira

Editor-Chefe da revista

Luiz Magno Pinto Bastos Junior

Editores Executivos

Isabella Bertoncini

Ayrton Belarmino de Mendonça Moraes Teixeira

Vitor Guilherme Lübke

Edmar Sá

Rodrigo Camargo Piva

Identidade visual e comunicação

Ana Patrícia Trancredo Gonçalves

Jairo Ângelo Grisa

Projeto gráfico e diagramação

Rodrigo Camargo Piva (TRES)

Apoio

Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI)

Academia Catarinense de Letras Jurídicas (ACALEJ)

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Moraes da Rosa (UFSC/UNIVALI)

Ana Claudia Santano (UNIBRASIL)

Ángel Ricardo Oquendo (Univ. Connecticut/EUA)

Bruno Makowiecky Salles (UNIVALI/TJ-SC)

Carlos Gonçalves Júnior (PUC-SP)

Carlos Luiz Strapazzon (UNOESC e Univ. Positivo)

Cesar Luiz Pasold (UNIVALI)

Clarissa Fonseca Maia (UESPI)

Cláudio Brandão de Oliveira (EMERJ)

Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva (TJ/SC)

Daniel Castro Gomes da Costa (UFMS)

Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis (IDP)

Diogo Rais Rodrigues Moreira (MACKENZIE-SP)

Eduardo de Avelar Lamy (UFSC)

Eduardo de Carvalho Rêgo (CESUSC)

Edilene Lôbo (Univ. de Itaitina, MG)

Elaine Hazrheim Macedo (IGADE)

Elizete Lanzoni Alves (AJ-SC e ENA/Brasil)

Eneida Desiree Salgado (UFPR)

Fernando Gaspar Neisser (PUC-MG/ABRADEP)

Fernando Vieira Luiz (TJSC)

Flávio Cheim Jorge (UFES)

Flávio Pansieri (PUC-PR)

Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto (UFSC/UNIVALI)

Frederico Franco Alvim (TRE-SP)

Gustavo Bohrer Paim (UNISINOS)

Ingo Wolfgang Sarlet (PUC-RS)

Jaime Barreiros Neto (UFBA/TRE-BA)

João Andrade Neto (PUC-MG)

João Batista Lazzari (ESMAFE-RS/CESUSC-SC)

José Filomeno de Moraes Filho (UNIFOR)

José Isaac Pilati (UFSC)

José Jairo Gomes (PRE-DF)

Juliana Rodrigues Freitas (CESUPA)

Lilian Márcia Balmant Emerique (UFRJ)

Luciana Panke (UFPR)

Luiz Fernando Casagrande Pereira (UNICURITIBA)

Luiz Guilherme Arcaro Conci (PUC-SP)

Luiz Magno Pinto Bastos Junior (UNIVALI)

Marcelo Ramos Peregrino Ferreira (Advogado/SC)

Marcelo Weick Pogliese (UFPPB)

Marilda de Paula Silveira (IDP)

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (UNIFOR)

Matheus Felipe Castro (UFSC e UNOESC)

Orides Mezzaroba (UFSC e UNOESC)

Orlando Luiz Zanon Junior (UNIVALI)

Paulo de Tarso Brandão (ACALEJ)

Paulo Márcio Cruz (UNIVALI)

Pedro Manoel Abreu (UNIVALI)

Pedro Miranda de Oliveira (UFSC)

Rafael da Cás Maffini (UFRGS)

Raquel Cavalcanti Ramos Machado (UFCE)

Roberta Maia Gresta (PUC-MG)

Rodolfo Viana Pereira (UFMG)

Sérgio Roberto Baasch Luz (UNIVALI)

Silvana Batini Cesar Góes (FVG-RJ)

Silvana Krause (UFRGS)

Tarcísio Vieira de Carvalho Neto (UnB)

Vania Siciliano Aieta (UERJ)

Walber Moura Agra (UFPE)

Sumário

ARTIGOS CIENTÍFICOS

- 13 Os Efeitos da Decisão de Remoção de Conteúdo Digital Eleitoral após as Eleições**
Alinne Lopes Gomes, Diogo Raís, Frederico W. P. Fernandes e Patrícia Helena Marta Martins
- 33 Análise da Decisão Judicial sobre Infidelidade Partidária (Adin n. 50.81/2015) a partir da Teoria Argumentativa de Neil Maccormick**
José Filomeno de Moraes Filho e Katarina Karol de Melo Rocha
- 57 Fraudes à Cota de Gênero na Perspectiva do Direito Eleitoral Sancionador**
Amanda Guimarães da Cunha e Luiz Magno Pinto Bastos Junior
- 85 O Processo Eleitoral e a Garantia de Ampla Defesa e Contraditório, em Face às Alterações Impostas pela Lei n. 11.719/2008**
Adriana Martins Festugatto, Guilherme Apolinário Aragão e Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz
- 105 Ativismo Cego, Espada Amolada: ensaio sobre revisão judicial de atos políticos**
Luis Lima Verde Sobrinho
- 129 Os Efeitos da Cláusula de Votação Nominal Mínima no Sistema Eleitoral Brasileiro**
Henrique Kurscheidt
- 149 A Quem Pertencerá o Mandato Parlamentar? Reflexões para as Eleições do Ano de 2020**
Allan Waki de Oliveira
- 163 Tempo Mínimo de Propaganda Eleitoral em Rádio e TV: por um jogo justo**
Nelson Zunino Neto

Apresentação

Esta edição da *Resenha Eleitoral* vem a lume em momento de grandes incertezas. Neste ano de 2020, a pandemia da Covid-19 impactou diretamente na vida das pessoas, tendo influenciado também na realidade da nossa revista científica. Reuniões, debates e discussões de planejamento, que anteriormente eram realizados presencialmente, tiveram que ser travados por meios eletrônicos e foi justamente por essa via que o trabalho ora apresentado pode ser viabilizado e concluído.

É relevante apontar que, no âmbito eleitoral, o segundo semestre do ano de 2020 foi sensivelmente “achatado”. Nesse sentido, a readaptação dos prazos eleitorais e a inédita mudança das eleições para o mês de novembro fizeram com que os profissionais envolvidos com o Direito Eleitoral estivessem bastante focados em suas atividades técnico-profissionais nesse período. Não obstante, muitos daqueles que estão na linha de frente, na honrosa missão de viabilizar as eleições municipais do corrente ano, reservaram tempo para contribuir com a nossa revista, sobretudo por meio do envio de artigos científicos e das avaliações realizadas na sistemática do *double blind review*, todas elas feitas por professores doutores integrantes do nosso Conselho Editorial, ou ainda, pareceristas *ad-boc*.

Enaltecendo o trabalho realizado por todos os envolvidos, apresentamos uma pequena síntese dos artigos científicos aprovados para publicação, na ordem constante do sumário:

No artigo *Os Efeitos da Decisão de Remoção de Conteúdo Digital Eleitoral após as Eleições*, os autores Alinne Lopes Gomes, Diogo Rais, Frederico W. P. Fernandes e Patrícia Helena Marta Martins se ocupam de apresentar a atividade normativa e jurisdicional do Tribunal Superior Eleitoral diante do período de eficácia das ordens judiciais que venham a determinar a remoção de conteúdo digital durante as eleições. Além disso, abordam a atuação da Justiça Eleitoral no julgamento dos conflitos sobre a regularidade da propaganda eleitoral na internet, em especial diante do art. 33, § 6º, da Resolução TSE nº 23.551 de 2017, que determina a perda da eficácia das ordens judiciais que removem conteúdo digital após as eleições.

No artigo *Análise da Decisão Judicial sobre Infidelidade Partidária (Adin nº 5.081/2015) a partir da Teoria Argumentativa de Neil MacCormick*, os autores José Filomeno de Moraes Filho e Katarina Karol de Melo Rocha abordam competentemente a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre infideli-

dade partidária (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5081), a qual asse-
ntou que não se deve aplicar a sanção de perda de mandato aos cargos
majoritários, tal como constava da Resolução nº 22.610/2007, do Tribu-
nal Superior Eleitoral, sob pena de violação ao princípio democrático (art.
1º, parágrafo único, da Constituição) e à soberania popular (art. 14, *caput*,
também da Constituição), ambos intrínsecos ao Estado Democrático de
Direito. Na análise, foi utilizada a teoria de Neil MacCormick, no que tange
à argumentação racional e aos processos de justificação utilizados para fun-
damentar as decisões judiciais.

No artigo *Fraudes à Cota de Gênero na Perspectiva do Direito Eleitoral Sancionador*, os autores Amanda Guimarães da Cunha e Luiz Magno Pintos Bastos Junior tratam da questão da participação feminina na política, salien-
tando que o avanço legislativo na promoção formal da igualdade de gênero
não foi acompanhado por mecanismos que coibissem o uso de “candidatas
laranja”, nem de previsão legal que estabelecesse uma punição diante de
seu descumprimento. O foco do trabalho recai sobre o alcance da punição:
se limitada àqueles diretamente envolvidos no ilícito, limitada aos candida-
tos vinculados ao partido político onde ocorreu a fraude ou deve atingir a
todos os integrantes da coligação. A conclusão dos autores é no sentido de
que a responsabilização pelo cometimento destas fraudes não pode ultra-
passar àqueles que tenham concorrido diretamente para a perpetração do
ilícito, podendo atingir excepcionalmente os filiados a partido político que
tenha institucionalmente agido no sentido de fraudar a política afirmativa.

No artigo *O Processo Penal Eleitoral e a Garantia de Ampla Defesa e Contraditório, em Face às Alterações Impostas pela Lei nº 11.719/2008*, os autores
Adriana Martins Festugatto, Guilherme Apolinário Aragão e Marco Aurélio
Rodrigues da Cunha e Cruz têm por objetivo analisar os reflexos da Lei nº
11.719/08 no processamento dos crimes eleitorais, o qual, apesar de deter
regras próprias previstas no Código Eleitoral, ampara-se subsidiária e expre-
samente nas disposições do Código de Processo Penal. O artigo defende a
tese jurídica da aplicação dos critérios da hierarquia e da temporalidade, para
a solução desta antinomia jurídica, com fundamento jurisprudencial no RES-
PE nº 2-75.2014.6.13.0044, de 2018. O referencial teórico adotado é o siste-
ma jurídico de Kelsen. Utilizou-se de pesquisa bibliográfica e documental e
de abordagem dedutiva para estabelecer uma relação lógica e ordenada entre
as proposições apresentadas. Como principais resultados, evidenciou-se que
o entendimento correto é que houve a derrogação tácita dos art. 359 e 360,
do Código Eleitoral, devendo ser adotado o rito processual mais benéfico ao
acusado, nos termos da Constituição de 1988 e da Lei nº 11.719/08.

No artigo *Ativismo Cego, Espada Amolada: ensaio sobre revisão judicial de atos políticos*, o autor Luis Lima Verde Sobrinho apresenta a questão do ativismo judicial e a Teoria dos Atos Políticos, na perspectiva de discutir quais seriam os limites da revisão judicial sobre tais atos no Brasil, diferenciando-os dos tradicionais atos administrativos. Com metodologia exploratória e explicativa, o estudo aponta as possíveis limitações ao referido controle e propõe a adoção das ideias de democracia deliberativa e das teorias do diálogo institucional. O Poder Legislativo, enquanto fiscal político natural do Governo, deve ter maior participação nas lides que envolvem controle judicial de atos políticos, de modo a incrementar a legitimidade de atuação do Poder Judiciário. Juízes podem ser catalisadores do debate constitucional, num esforço para fazer da democracia um regime mais cooperativo e menos adversarial.

No artigo *Efeitos da Cláusula de Votação Nominal Mínima no Sistema Eleitoral Brasileiro*, o autor Henrique Kurscheidt trata do sistema proporcional adotado pelo Direito Eleitoral brasileiro para preenchimento das vagas nas eleições de Deputados Federais, Deputados Distritais e Estaduais e de Vereadores, os objetivos e razão de ser de tal sistema e pondera o efeitos trazidos em tal sistemática pela cláusula de votação nominal mínima, instituída pela Minirreforma Eleitoral de 2015 (Lei 13.165/2015), que deu nova redação ao art. 108 da Lei 4.737/1965 (Código Eleitoral), para vedar a eleição de candidatos, nas eleições proporcionais, cuja votação não alcance 10% do quociente eleitoral e que foi recentemente declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 5920).

No artigo *A Quem Pertencerá o Mandato Parlamentar? Reflexões para as Eleições do ano de 2020*, o autor Allan Waki de Oliveira analisa a possível tendência jurisprudencial em relação ao tema da titularidade do mandato parlamentar, após o implemento da Emenda Constitucional (EC) nº 97/2017, mais especificamente em relação a vigência de seu artigo 2º, o qual modificou o artigo 17 da Carta Constitucional para instituir a proibição das coligações nas eleições proporcionais a partir do ano de 2020. No texto, foi realizada a revisão jurisprudencial e bibliográfica sobre o tema, demonstrando a evolução do entendimento dos Tribunais Superiores e respectivos comentários doutrinários nos últimos 13 anos, constatando, num primeiro momento, uma descentralização da titularidade (do parlamentar para o partido e depois do partido para as coligações) e, recentemente, um movimento oposto, com a proibição das coligações a partir de 2020 e uma possível oportunidade para a candidatura avulsa (e consequentemente o retorno da titularidade para o candidato).

Finalmente, no artigo *Tempo Mínimo de Propaganda Eleitoral em Rádio e TV: por um jogo justo*, do autor Nelson Zunino Neto, há tratamento da questão da distribuição do tempo de propaganda eleitoral em rede de rádio e televisão, avaliando se tal distribuição obedece a critérios de proporcionalidade entre os partidos, de acordo com a quantidade de parlamentares no Congresso Nacional. Para o autor do artigo, o problema não está na proporcionalidade, que é parâmetro validamente adotado pelo legislador, mas na falta de um piso. O tempo mínimo de propaganda é relevante porque pode representar uma afronta direta ao que seria razoável. A exposição ínfima equivale à falta de exposição, pela impossibilidade de transmissão eficaz de uma ideia. A propaganda nessa condição será uma não-propaganda. Em conclusão, o autor defende a existência de um limite mínimo para o tempo de propaganda eleitoral, que pode ser empregado como forma de garantia dos princípios referidos e em decorrência de uma interpretação conforme à Constituição Federal.

Antes de encerrar esta apresentação, não poderia deixar de reiterar o agradecimento, em nome de todos os integrantes do Conselho Editorial da nossa Resenha, ao apoio incondicional do Des. Jaime Ramos (Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina) e, em especial, do Juiz Wilson Pereira Junior (Diretor da Escola Judiciária Eleitoral). Bem como, o trabalho incansável dos Diretores Executivos Ayrton Belarmino de Mendonça Moraes Teixeira, Isabella Bertoncini, Vitor Guilherme Lübke, Edmar Sá e Rodrigo Camargo Piva.

A todos, excelente leitura!

Luiz Magno Pinto Bastos Junior
Editor-Chefe da Revista *Resenha Eleitoral*

Apresentação (EJESC)

A *Resenha Eleitoral*, publicação científica do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina (TRESC), segue sendo a revista especializada em direito eleitoral mais bem classificada pelos critérios da CAPES. E vem observando cada vez mais e melhor os critérios científicos, de forma a que alcance estratos superiores, tornando-se mais atrativa para os autores e para seus leitores.

Mantendo o formato impresso, ainda que com tiragem reduzida, está migrando para o formato digital, que possui os benefícios de reduzir impactos financeiros e ao meio ambiente e o da facilidade na localização de artigos por palavras-chave.

O presente número da *Resenha Eleitoral* (24-1) será o último lançado durante a presente gestão da Escola Judiciária Eleitoral de Santa Catarina (EJESC), que está se encerrando. Mas não será a última a ser lançada em decorrência desta mesma gestão. Com efeito, ainda teremos a *Resenha* 24-2, com lançamento previsto para dezembro deste ano. Somadas às *Resenhas* 22 1-2, 23-1 e 23-2, serão cinco publicações que consubstanciam o atendimento do compromisso assumido perante o ex-Presidente Cid Goulart e o Presidente Jaime Ramos, qual seja, retomar e manter o cumprimento da previsão no Regulamento Interno do TRESC (inciso XI do art. 67 da Resolução TRESC nº 7.930/2015), pela qual a *Resenha* foi perenizada.

Neste período, indispensáveis foram os esforços empreendidos por Vice-Diretoria, Secretaria Executiva e Assistência de Assuntos Acadêmicos e Pedagógicos da EJESC, pela Secretaria Judiciária, Coordenadoria de Gestão da Informação e Seção de Publicações Técnico-Eleitorais e pela Assessoria de Comunicação Social deste Tribunal.

Também indispensáveis foram as atuações científicas do Editor-Chefe, do Conselho Editorial, dos avaliadores e dos autores.

Mas também relevantíssima tem sido a recepção da *Resenha* pelos seus leitores, alvo final de uma publicação.

Agradecimentos e boa leitura!

Wilson Pereira Junior
Juiz Diretor da EJESC

Isabella Bertoncini
Vice-Diretora da EJESC

Ayrton Belarmino de Mendonça Moraes Teixeira
Secretário Executivo da EJESC

OS EFEITOS DA DECISÃO DE REMOÇÃO DE CONTEÚDO DIGITAL ELEITORAL APÓS AS ELEIÇÕES

The Effects of the Decision to Remove Electoral Digital Content after the Elections

Alinne Lopes Gomes

Diogo Rais

Frederico W. P. Pol Fernandes

Patrícia Helena Marta Martins

Resumo: Este artigo tem por objetivo apresentar as atividades normativa e jurisdicional do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) diante do período de eficácia das ordens judiciais que determinem a remoção de conteúdo digital durante as eleições. Além disso, aborda a atuação da Justiça Eleitoral no julgamento dos conflitos sobre a regularidade da propaganda eleitoral na internet, em especial, diante do art. 33 § 6º da Resolução/TSE nº 23.551, de 2017 que foi o primeiro a regulamentar sobre a perda da eficácia das ordens judiciais que determinam a remoção de conteúdo digital após as eleições. Busca também, compreender os avanços e as alterações nos limites da sistematização legal acerca da remoção de conteúdo digital definida pelo TSE na Resolução 23.610/2019, vigente para as eleições de 2020, e a aplicação de tais diretrizes nas resoluções futuras.

Palavras-chave: Resolução. Remoção de conteúdo. TSE. Julgados. Eleições.

Abstract: This article aims to demonstrate the Superior Electoral Court normative and jurisdictional functions regarding digital content removal judicial decisions effectiveness period during the election season. The article also addresses the Electoral Justice's role in judging conflicts over the regularity of electoral advertising on the Internet, regarding especially the applicability of art. 33 § 6º of Resolution/TSE 23551/2017, which states that illegal electoral advertising removal decisions, issued during elections, should be suspended after the electoral season. Finally, this study seeks to understand the development and changes in the legal systematization limits, considering the new digital content removal ruling brought by Resolution/TSE 23610/2019 and its applicability on future resolutions.

Keywords: Resolutions. Content removal. TSE. Precedents. Elections.

1 Introdução

O presente artigo tem como objetivo trazer ao leitor uma ideia concreta de como se organiza a função fiscalizatória da Justiça Eleitoral em relação ao combate das propagandas eleitorais irregulares durante o período eleitoral no âmbito virtual, considerando a sua larga propagação, estritamente na web, durante os últimos anos.

Será demonstrado que, além da atividade fiscalizatória atribuída à Justiça Eleitoral, sua função normativa também traz relevante papel para o combate às referidas propagandas eleitorais irregulares, na medida em que legitima diversos métodos utilizados pela atividade jurisdicional da justiça especializada, como a determinação de remoção de conteúdos considerados ilícitos, no intuito de que o debate democrático político não seja afetado, principalmente, pela desinformação.

A esse respeito, o artigo busca expor em detalhes a aplicabilidade do art. 33 § 6º da Resolução n. 23.551/2017, que foi o primeiro a regulamentar, especificamente, questões envolvendo os limites da eficácia das decisões judiciais que tratam sobre a retirada de circulação de propagandas eleitorais e condutas ilícitas em campanhas eleitorais para a disputa presidencial do ano de 2018 na internet; a importância de sua manutenção nas disputas eleitorais futuras, garantindo ao eleitorado proteção a direitos fundamentais relevantes como a liberdade de expressão, acesso à informação e vedação à censura e, ainda, às alterações trazidas pelo art. 38, § 7º da Resolução n. 23.610/2019, que trata sobre a mesma temática na disputa eleitoral do ano de 2020.

O disposto no art. 33 § 6º da Resolução n. 23.551/2017, sobre a perda de eficácia das ordens judiciais de remoção de conteúdo após o encerramento do pleito, foi ratificado pelo Tribunal Superior Eleitoral e aplicado pelos demais Tribunais Regionais Eleitorais durante as eleições do ano de 2018.

Tomando conhecimento da edição especial da Revista Resenha Eleitoral deste Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Santa Catarina, diretamente ligada à Sistematização das Normas Eleitorais, coordenada pelo Grupo de Trabalho do TSE, o presente artigo traz amplo substrato sobre os impactos da aplicabilidade do referido art. 33 § 6º da Resolução n. 23.551/2017 durante as eleições de 2018, de que forma isso afetou os

debates legislativos para a eleição do ano de 2020 e, principalmente, a estruturação de tal diretriz na Resolução n. 23.610/2019 do TSE.

Denota-se que a aplicabilidade do art. 33 § 6º da Resolução n. 23.551/2017, assim como o art. 38, § 7º, da Resolução n. 23.610/2019, é de suma importância para a instrumentalização do combate às propagandas eleitorais irregulares veiculadas na web, diante da possibilidade de que os conteúdos veiculados nessa modalidade, principalmente em redes sociais, que venham a ser removidos em cumprimento à determinada ordem judicial proferida pela Justiça Eleitoral, sejam reestabelecidos após o encerramento do pleito caso não se verifique quaisquer ilegalidades que transcenda o ilícito eleitoral.

Não há dúvida de que a utilização da Internet em larga escala pelos candidatos na divulgação de suas campanhas representa um benefício que apenas foi possível de ser alcançado a partir das novas tecnologias desenvolvidas nos últimos anos, como as redes sociais, por exemplo.

Com base nas conclusões apresentadas no presente artigo, poderá ser realizada uma análise específica sobre a aplicabilidade do art. 33 § 6º da Resolução n. 23.551/2017, a relevância de sua manutenção para o debate democrático político no âmbito virtual durante os próximos períodos eleitorais e os aperfeiçoamentos trazidos pelo TSE em 2019 a esse respeito, refletidos no art. 38 § 7º da Resolução n. 23.610/2019.

A pesquisa ora apresentada foi elaborada, principalmente, com base em análise jurisprudencial de julgados proferidos pelo Tribunal Superior Eleitoral referentes à remoção de conteúdos e a eficácia do artigo 33 § 6º da Resolução n. 23.551/2017. Foram utilizados, ainda, como fonte primária, artigos científicos e, de forma secundária, doutrinas de direito eleitoral, bem como as sugestões do grupo de Sistematização das Normas Eleitorais (SNE), alterações concretizadas pela Resolução n. 23.610/2019 e os recentes debates acerca da responsabilização das plataformas e a remoção de conteúdo para as eleições de 2020.

A pesquisa realizada foi de natureza qualitativa, focando na exposição e compreensão aprofundada de conceitos e ideias, referentes à aplicabilidade do artigo 33 § 6º da Resolução n. 23.551/2017 na disputa eleitoral do ano de 2018 e das alterações trazidas pela Resolução n. 23.610/2019, usando como fundamento, principalmente, conclusões extraídas das análises documentais de precedentes jurisprudenciais e dados disponíveis nos

Tribunais Regionais Eleitorais. Os resultados foram apresentados de forma a compreender o posicionamento atual do TSE sobre o assunto

O objetivo principal do artigo foi construir uma perspectiva para as futuras eleições, ressaltando a importância da manutenção do racional trazido pelos respectivos artigos legais em referência, e os limites de eficácia das decisões proferidas pela Justiça Eleitoral quando se trata de remoção de conteúdo digital.

2 A modernização das tecnologias e o processo eleitoral

O Direito Eleitoral é um ramo do direito público, instrumentalizado por meio de uma legislação específica e especializada, como o Código Eleitoral (Lei 4.737/65) e a Lei das Eleições (Lei 9.504/97)¹, que busca regular o exercício da soberania popular principalmente em relação ao sufrágio, com o intuito de garantir a efetiva democracia, adequada corretamente entre a vontade do povo e a atividade governamental.

Dentre as competências desempenhadas pela Justiça Eleitoral, destaca-se a sua função normativa², caracterizada pela edição de resoluções expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral.

As resoluções devem ser expedidas até o dia 5 (cinco) de março do ano de cada eleição, conforme previsões do art. 105 da Lei 9.504/97³, e têm como objetivo principal regulamentar o processo eleitoral, conferindo-lhe eficácia e garantindo que seu andamento esteja de acordo com o momento vivido pelo país.

Para além do poder normativo, a Justiça Eleitoral também atua julgando conflitos eleitorais, dentre eles, as questões sobre propaganda eleitoral irregular, como ocorre tanto com as propagandas eleitorais antecipadas

¹ Outros diplomas também regulamentam o Direito Eleitoral, como a Constituição Federal de 1988; a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990 (Lei de Inelegibilidade); a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos); e até o Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) de forma subsidiária.

² Além da função normativa, a Justiça Eleitoral desenvolve funções consultiva, administrativa e jurisdicional.

³ Art. 105. Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral, atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nessa lei, poderá expedir todas as instruções necessárias para sua fiel execução, ouvidos, previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos.

(veiculadas antes do início do período eleitoral)⁴, quanto com as propagandas eleitorais negativas⁵.

Alguns conflitos jurisdicionais sobre propaganda eleitoral antes dos avanços do cenário digital eram, de certa forma, menos desafiadores. Em regra, a mensagem era transmitida para os eleitores via televisão, rádio ou imprensa escrita, refletindo um modelo de comunicação “de um para muitos”, ou seja, um emissor e inúmeros receptores. Nesses veículos, o objeto de controle era reduzido porque a quantidade de emissores também era limitada.

Atualmente, a atividade de atuação da Justiça Eleitoral tomou uma nova dimensão na medida em que as propagandas eleitorais estão migrando dos veículos exclusivos de imprensa, como rádios e televisão, para a *web*.

Na internet, os usuários produzem conteúdo e/ou repassam informações de maneira mais dinâmica, quer via blogs, quer via aplicativos de mensagens instantâneas e redes sociais.

Diversamente dos veículos tradicionais de comunicação, na internet, aquele que emite a informação é também aquele que a recebe, gerando um modelo de comunicação baseado na interação de “muitos para muitos”. Ou seja, agora, os próprios candidatos podem, a qualquer instante durante o período eleitoral, veicular na rede, notícias e informações a seu respeito e a respeito de seus adversários, atingindo um número imenso de eleitores que estejam conectados.

Segundo o IBGE⁶, o Brasil conta com aproximadamente 126,3 milhões de usuários conectados à internet. Nesse sentido, outra relevante fonte sobre a utilização da Internet em escala global, a “*Digital Global Overview*”⁷, discorre que os usuários conectados à rede no Brasil permanecem

⁴ A propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 15 de agosto do ano da eleição.

⁵ “A propaganda eleitoral pode ser de dois tipos: positiva e negativa. A propaganda positiva é aquela que exalta qualidades do candidato ou de suas propostas, currículos e biografia política. A propaganda negativa, por sua vez, é aquela que busca exaltar os pontos depreciativos de determinado candidato, podendo referir-se às características pessoais ou políticas”. [BORBA, Felipe. Propaganda negativa nas eleições presidenciais brasileiras. In: Opinião Pública, Campinas, v. 21, nº 2, agosto, 2015. p. 280].

⁶ Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23445-pnad-continua-tic-2017-internet-chega-a-tres-em-cada-quatro-domicilios-do-pais>>. Acesso em: 03 ago. 2019.

⁷ “Digital in 2018 Global Overview”. Disponível em: <<https://digitalreport.wearesocial.com/>>. Acesso em: 03 ago. 2019.

cerca de nove horas e 14 minutos diários conectados, principalmente em redes sociais (aproximadamente três horas e 23 minutos).

Contando com isso, não é à toa que o conteúdo on-line vem desempenhando relevante influência na tomada de decisão do eleitor. Segundo o Ibope⁸:

(...) as mídias sociais têm algum grau de influência para mais da metade dos eleitores brasileiros (56%) na escolha de seus candidatos e, para nada menos que 34% dos eleitores, os meios digitais têm muita influência⁹.

Diante dessa nova realidade, o Tribunal Superior Eleitoral já se manifestou sobre a distinção entre a internet e os veículos de comunicação tradicionais:

(...) Isso porque, ao contrário dos demais meios de comunicação social, a transmissão de dados pela internet não se exaure no momento em que se realiza. Nos rádios e nas televisões, uma vez divulgada a notícia, o espaço de divulgação passa a ser ocupado pela programação que se segue.

A internet, neste aspecto, é estática. A manutenção da informação em sítio da rede permite o acesso contínuo, a qualquer hora, de qualquer lugar do mundo.

A internet se diferencia dos veículos de comunicação impressos por não sofrer as consequências dos desgastes naturais que esmaecem e tornam esquecidos os jornais e as revistas. E mais: os mecanismos existentes permitem constante interação e atualização do conteúdo e não exigem enormes espaços físicos dos usuários para a conservação de material impresso.¹⁰ (...)

⁸ IBOPE Inteligência. Redes sociais e mídias tradicionais são as fontes de informação com mais influência na escolha do presidente em 2018. Disponível em: <<http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/redes-sociais-e-midias-tradicionais-sao-as-fontes-de-informacao-com-mais-influencia-na-escolha-do-presidente-em-2018/>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

⁹ Direito Digital Eleitoral / Diogo Rais, coordenador; São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 19.

¹⁰ TSE, Agravo Regimental em Ação Cautelar 138443/DF, Rel. Min. Henrique Neves da Silva, j. em 29.06.2010, DJe 17.08.2010.

Nesse novo cenário social, a Justiça Eleitoral se adaptou e definiu novas regras para cessar o fluxo de propagandas eleitorais irregulares veiculadas pela internet¹¹. Como resultado, hoje a Lei das Eleições conta com um capítulo específico (Propaganda na Internet – art. 57-A ao 57-J) para regulamentar as propagandas virtuais.

Na mesma esteira, o TSE editou a Resolução n. 23.551/2017 – publicada para as eleições de 2018 –, que, pela primeira vez, trouxe disposições específicas para o tratamento da “Remoção de Conteúdo da Internet”.

Contudo, é essencial que a necessidade de cessar propagandas eleitorais irregulares durante o período eleitoral por meio da remoção específica desses conteúdos não sobreponha à garantia da liberdade de expressão e ao acesso à informação dos candidatos e eleitores, que são pilares do sistema democrático vigente no País.

3 A perda da eficácia das decisões que determinam a remoção de conteúdo eleitoral digital em face da modernização da propaganda eleitoral: art. 33 § 6º da Resolução n. 23.551/2017

Muitos julgados entendem que após o encerramento do período eleitoral, as representações eleitorais ajuizadas com o objetivo de cessar eventual propagação de propagandas eleitorais antecipadas ou negativas perderiam o objeto¹².

A perda do objeto das representações eleitorais garante que o poder fiscalizatório da Justiça Eleitoral não ultrapasse o limite do pleito, inclusive em atenção ao princípio da menor interferência possível no debate democrático. Afinal, é plenamente possível que certa ilicitude em determinado conteúdo seja caracterizada como ilícita exclusivamente no âmbito do período eleitoral.

Embora haja julgados nesse sentido, há também algumas decisões que entendem pela manutenção da indisponibilidade do conteúdo eleitoral irregular, mesmo após o encerramento do pleito.

¹¹ Alterações significantes ocorreram em 2009 (Lei 12.034/2009) e 2017 (13.488/2017).

¹² Nesse sentido: (TSE - AI: 06028412020186130000 Belo Horizonte/MG, Relator: Min. Luiz Edson Fachin, Data de Julgamento: 14/02/2019. Data de Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico - 18/02/2019).

O questionamento é pertinente: com a perda do objeto da representação eleitoral decorrente do encerramento do pleito, os conteúdos removidos em cumprimento à determinada ordem judicial eleitoral (no geral, propagandas eleitorais negativas), devem ser reativados pelas mídias digitais após o contexto eleitoral?

A Resolução n. 23.551/2017, editada pelo Tribunal Superior Eleitoral para regulamentar a disputa eleitoral de 2018, detalhou a matéria e determinou a perda dos efeitos da decisão de tal natureza logo após o encerramento do período eleitoral.

Art. 33 § 6º. Findo o período eleitoral, as ordens judiciais de remoção de conteúdo da internet deixarão de produzir efeitos, cabendo à parte interessada requerer a remoção do conteúdo por meio de ação judicial autônoma perante a Justiça Comum.

Em outras palavras, a Justiça Eleitoral, por meio de autocontenção, limitou o alcance de suas decisões ao período eleitoral.

Entretanto, na atuação jurisdicional, em especial durante os debates travados em duas representações eleitorais ajuizadas durante o período eleitoral para disputa presidencial do ano de 2018, o TSE retomou a questão.

A representação eleitoral de nº 0601765-21.2018.6.00.0000¹³, ajuizada pelo então candidato à presidência da República, Fernando Haddad, e pelo ex-presidente Lula, junto à Coligação “O povo feliz de novo”, em face do *Facebook Brasil*, *Twitter* e *Google*, tratou de potencial necessidade de envolvimento da Justiça Eleitoral para que fossem removidos conteúdos veiculados nas plataformas das mídias sociais por, supostamente, configurarem propaganda eleitoral negativa.

Em análise sumária dos fatos trazidos pelos representantes, a Corte entendeu que alguns, dentre os conteúdos demandados, configuravam propaganda eleitoral negativa, por envolverem informações inverídicas. Em razão disso, a Justiça Eleitoral determinou, em antecipação de tutela, a retirada de circulação de tais conteúdos.

Nessas circunstâncias, a decisão liminar determinou que as empresas *Facebook* e *Google* retirassem do ar, em 24 horas, os conteúdos indicados

¹³ (TSE - Rp: 06017652120186000000 Brasília/DF, Relator: Min. Sérgio Silveira Balthos. Data de Julgamento: 19/10/2018. Data de Publicação: PSESS - Mural eletrônico - 20/10/2018).

pela Corte. E, em cumprimento à tal decisão, as empresas comprovaram, tempestivamente, a indisponibilização do material demandado.

Ao final, foi proferida a sentença da representação eleitoral, em que restou consignada a prejudicialidade do pedido de direito de resposta em função do fim das eleições e a improcedência do pedido de aplicação de multa aos usuários dada a inexistência de anonimato¹⁴, afastando-se expressamente os efeitos da medida liminar anteriormente deferida, em atenção ao art. 33 § 6º da Resolução n. 23.551/2017.

Em desacordo com o resultado, os representantes recorreram da decisão, buscando a continuidade dos efeitos da liminar, sob o argumento de que os danos causados à figura política permaneceriam mesmo após o término do pleito. Ainda, os recorrentes alegaram no apelo que, como já teria sido reconhecido o potencial lesivo do conteúdo, a revogação de decisão da Justiça Eleitoral caracterizaria complacência com a conduta ilegal.

Durante o julgamento do recurso, o Ministro Alexandre de Moraes expressou divergência irreconciliável com o artigo 33 parágrafo 6º da Resolução n. 23.551 do TSE, adotando entendimento de que a proteção da honra e a decisão devidamente fundamentada da Justiça Eleitoral devem garantir a segurança jurídica dos representantes, mesmo depois de encerrado o período eleitoral. Segundo o Ministro, a honra permanece sendo ferida após as eleições e, com a manifestação da Justiça Eleitoral acerca da ilicitu-

¹⁴ “Assim, não constatados o falseamento de identidade ou o anonimato e vedada a adoção de interpretação extensiva para incidência de multa, é inviável o deferimento do pedido de aplicação de sanção aos responsáveis pela divulgação do conteúdo alegado inverídico e ofensivo. Ademais, a Res.-TSE no 23.551/2017, em seu § 6º do art. 23, afasta a responsabilidade das pessoas naturais que, espontaneamente, se manifestarem na Internet em matéria político-eleitoral – sob a forma de elogio ou crítica a candidato ou partido político – por meio de blogs, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e aplicações de Internet assemelhadas cujo conteúdo seja gerado ou editado. Da mesma forma, no tocante às representadas Facebook Serviços Online Brasil Ltda., Google Brasil Internet Ltda. e Twitter Brasil Rede de Informações Ltda., também não deve incidir a sanção prevista na legislação eleitoral, pois não houve descumprimento de decisão judicial que autorize a aplicação da reprimenda. Do exposto, em relação ao representante extingue a representação Luiz Inácio Lula da Silva, ante sua ilegitimidade ativa. Quanto ao pedido de direito de resposta, julgo prejudicada a ação, pela perda superveniente de seu objeto, e improcedente o pedido de aplicação de multa aos responsáveis pelas publicações, restando, por fim, sem efeito a medida liminar concedida nestes autos, consoante preconiza o art. 33 § 6º da Res.-TSE no 23.551/2017.”

de, mostra-se contraproducente ingressar na Justiça Comum para conseguir nova liminar sobre a mesma questão.

Apesar disso, no que diz respeito à aplicabilidade do art. 33 parágrafo 6º da Resolução n. 23.551 do TSE, o Ministro Relator do caso, Admar Gonzaga, manteve o entendimento da decisão recorrida pela perda da eficácia da liminar anteriormente concedida, votando pelo desprovimento do recurso interposto.

Em vista, o Ministro Edson Fachin seguiu o Relator no sentido de extinguir os efeitos da liminar, porém, manifestou apoio à continuação do debate durante a elaboração das resoluções futuras, de modo a expandir o amparo ao candidato, aos eleitores e ao processo político como um todo. Conforme suas palavras “A proteção que se dá ao candidato pode, na medida em que também protege o cidadão, projetar os seus efeitos mesmo que depois de findo o processo eleitoral”.

Ao final, por maioria dos votos, negou-se provimento ao recurso, mantendo a revogação da medida liminar anteriormente deferida, nos termos do art. 33 § 6º da Resolução n. 23.551/2017, do TSE¹⁵.

Essa decisão também aparece refletida em acórdão proferido nos autos de outra representação eleitoral que tramitou na Corte Superior e que tinha como objeto a mesma discussão. Nesse caso, restou consignado que:

(...) encerrado o período eleitoral, as ordens judiciais de remoção do conteúdo da internet proferidas por esta justiça especializada, independentemente da manutenção dos danos gerados pelas inverdades divulgadas, deixam de surtir efeito, devendo a parte interessada redirecionar o pedido, por meio de ação judicial autônoma, à Justiça Comum. (Autos nº 0601635-31.2018.6.00.0000).

O mencionado acórdão foi originado da representação eleitoral movida pela então candidata à vice-presidência, Manuela D’Ávila, também ajuizada em conjunto com a Coligação “O povo feliz de novo”, em face do Facebook. A lide contestou a veracidade de vídeos que envolviam a então candidata, razão pela qual foi pleiteada, em caráter de urgência, a remoção do material da rede social.

¹⁵ Embora o inteiro teor do acórdão não esteja disponível, os debates e decisão podem ser acessados em: <https://www.youtube.com/watch?v=WlUgBoIFem0>

Após o deferimento de duas ordens liminares que determinaram a remoção das mídias caracterizadoras de propaganda eleitoral negativa, o Facebook comprovou o cumprimento das obrigações impostas, com a indisponibilização dos conteúdos.

Nesse mesmo sentido, o Ministro Sérgio Banhos, quando já encerrado o período eleitoral, decidiu que restou prejudicado o pedido de direito de resposta e julgou improcedente o pedido de aplicação de multa aos responsáveis pela divulgação dos conteúdos, entendendo que não houve comprovação do anonimato, sendo também revogados os efeitos das medidas liminares anteriormente deferidas, com fundamento no art. 33 § 6º da Resolução n. 23.551/2017¹⁶.

Interposto recurso pelos representantes defendendo a continuidade dos efeitos da medida liminar para que os conteúdos removidos conti-

¹⁶ “Ao apreciar o pedido de tutela de urgência, entendi, com base no art. 57-D, § 3º, da Lei n. 9.504/1997, viável a concessão da liminar, porquanto o conteúdo o questionado, por ser inverídico, mesmo em caráter pedagógico, demandava a atuação desta Justiça Eleitoral, uma vez que, por atingir negativamente a imagem da candidata Manuela D’Ávila, poderia interferir na disputa eleitoral. Contudo, ultimado o pleito eleitoral de 2018, não perdura interesse processual no julgamento da representação, em relação ao pedido de concessão de direito de resposta, por suposta ofensa veiculada na Internet durante a campanha eleitoral. No que diz respeito ao pedido de aplicação de multa, verifico que as representantes fundamentam a incidência da sanção na violação aos arts. 57-B, §§ 2º e 5º, e 57-D, caput e § 2º, da Lei no 9.504/1997, que vedam o falseamento de identidade e o anonimato dos usuários de aplicação de Internet. Entretanto, cumpre esclarecer que não houve comprovação do alegado. Também não há falar em anonimato no Facebook, porquanto os dados cadastrais e os registros de acesso permitem a identificação dos responsáveis pelo conteúdo questionado (IDs 519280 e 560255). A propósito, veja-se o que já assentado por esta Corte (...) Dessa feita, não constatados o falseamento de identidade ou o anonimato e vedada a adoção de interpretação extensiva para incidência de multa, é inviável o deferimento do pedido de aplicação de sanção aos responsáveis pela divulgação do conteúdo apontado como ofensivo. Ademais, a Res.-TSE no 23.551/2017, em seu § 6º do art. 23, afasta a responsabilidade das pessoas naturais que, espontaneamente, se manifestarem na Internet em matéria político-eleitoral – sob a forma de elogio ou crítica a candidato ou partido político – por meio de blogs, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e aplicações de Internet assemelhadas cujo conteúdo seja gerado ou editado. Da mesma forma, no tocante à representada Facebook, também não deve incidir a sanção prevista na legislação eleitoral, já que não houve descumprimento de decisão judicial que autorize a aplicação da reprimenda. Do exposto, quanto ao pedido de direito de resposta, julgo prejudicada a representação, ante a perda superveniente de seu objeto, e improcedente o pedido de aplicação de multa aos responsáveis pelas publicações, ficando, por fim, sem efeito a medida liminar concedida nestes autos, consoante preconiza o art. 33 § 6º da Res.-TSE no 23.551/2017.”

nuassem indisponíveis definitivamente, o Relator, Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho, se posicionou pelo desprovemento, o que foi confirmado por maioria dos votos no Tribunal.

De igual forma, o Ministro Alexandre de Moraes registrou sua divergência, ratificando que os conteúdos deveriam permanecer removidos depois de encerradas as eleições por força da ordem judicial emanada pela Justiça Eleitoral. O Ministro Fachin novamente mencionou que o tema merecia maior reflexão para as próximas resoluções.

Contando com esse panorama, conclui-se que a posição atual do Tribunal Superior Eleitoral é no sentido de que as ordens de remoção de conteúdo diante da propaganda eleitoral, seja ela negativa, seja antecipada, devem perder os efeitos após o encerramento do período eleitoral.

Como visto, após diversas discussões e apesar das divergências, o TSE optou por confirmar que as ordens proferidas pela Justiça Eleitoral deixarão de produzir efeitos após o encerramento do período eleitoral. Justifica-se tal entendimento em observância ao disposto na Resolução n. 23.551/2017, especificamente em seu art. 33, § 6º, atendendo ao princípio da menor interferência possível da Justiça Eleitoral no debate democrático.

Além disso, outro fundamento abordado é no sentido de que o encerramento do período eleitoral importa na finalização da proteção da honra do candidato, havendo o desaparecimento superveniente do interesse jurídico que lastreia a demanda.

Segundo o TSE, a tutela de honra dos cidadãos é matéria estranha à competência da Justiça Eleitoral especializada, e deve ser tutelada no âmbito da Justiça Comum. E, sendo assim, uma vez cassada a eficácia de uma decisão proferida pela Justiça Eleitoral, caso a ofensa persista, o prejudicado deverá pleitear o que entender de direito perante a Justiça Comum, inclusive de forma simultânea à eventual ação perante a Justiça Eleitoral, caso entenda conveniente.

Como afirmado pelo Tribunal Superior Eleitoral no julgamento das representações eleitorais mencionadas, a atividade da Justiça Eleitoral – no sentido de vedar o acesso de usuários a diversos tipos de conteúdos eventualmente publicados nas redes sociais – deve estar restrita ao período eleitoral, sendo certo que a Justiça Comum, tanto no âmbito Cível como no Criminal, tem plena capacidade de avaliar se um conteúdo, cujo ilícito

foi verificado pela Justiça Eleitoral anteriormente, também seria ilícito na perspectiva generalista.

Outro ângulo sobre este debate reside na conexão indissociável do conteúdo e seu contexto. A aferição dos impactos do conteúdo depende, frequentemente, da análise de seu contexto. Em um contexto eleitoral e dependendo das peculiaridades que envolvam seus atores ou o cenário em que se desenvolve a campanha eleitoral, até eventuais elogios podem se transformar em ofensas.

Os requisitos avaliados pela Justiça Eleitoral para configuração de ilícitos são sempre específicos, ou seja, determinado conteúdo pode ser considerado ilícito pela Justiça Eleitoral por afetar diretamente de forma negativa a disputa eleitoral em andamento, mas, de forma oposta, pode não ser considerado ilícito sob uma perspectiva da Justiça Comum, quando o período eleitoral não estiver mais em andamento.

O retorno do conteúdo não parece afrontar a competência da Justiça Eleitoral, pelo contrário, é justamente pela delimitação especial da matéria eleitoral que, após o fim do contexto eleitoral, a atuação da Justiça Eleitoral em restrição de conteúdo digital deve cessar e com ela, caberá à Justiça Comum analisar a matéria, caso seja provocada especificamente para isso.

E, caso a Justiça Comum também considere ilícito o conteúdo em pauta, tem-se que a parte prejudicada continuará a ter a proteção necessária nesse sentido. Afinal, compete à Justiça Comum zelar pela honra dos jurisdicionados, ao passo que à Justiça Eleitoral compete proteger apenas a honra do candidato, que perde tal característica junto com o encerramento do pleito.

A esse respeito, vale mencionar a citação do Ministro Luis Felipe Salomão feita pelo Ministro Sérgio Banhos na decisão liminar proferida nos autos da Representação Eleitoral n. 0601765-21.2018.6.00.0000, referida no presente parágrafo:

encontradas publicações que apresentam realmente teor ofensivo ou negativo, é forçoso reconhecer que exteriorizam o pensamento crítico dos usuários das plataformas de rede sociais ora impugnadas, de modo que a liberdade de expressão no campo político-eleitoral abrange não só manifestações, opiniões e ideias majoritárias, socialmente aceitas, elogiosas, concordantes ou neutras, mas também aquelas minoritárias, contrárias às crenças estabelecidas, discordan-

tes, críticas e incômodas”. É que “o controle sobre quais conteúdos ou nível das críticas veiculadas, se aceitáveis ou não, deve ser realizado pela própria sociedade civil, porquanto a atuação da Justiça Eleitoral no âmbito da Internet e redes sociais, ainda que envolva a honra e reputação dos políticos e candidatos, deve ser minimalista, sob pena de silenciar o discurso dos cidadãos comuns no debate democrático” .

Tendo em jogo, portanto, princípios constitucionais democráticos indispensáveis, tais como a vedação à censura, liberdade de expressão e manifestação de pensamento, bem como o acesso à informação, o art. 33 § 6º da Resolução n. 23.551/2017 do TSE se mostrou como ponto de partida fundamental para que a atividade da Justiça Eleitoral exerça seu papel em proteção ao bom andamento do pleito, sem ultrapassar os limites estabelecidos pelos direitos fundamentais supracitados.

4 A nova Resolução n. 23.610/2019 do TSE e o aprimoramento no escopo dos efeitos da decisão que determina a remoção de conteúdo ilícito eleitoral

Apesar de o Tribunal Superior Eleitoral ter definido a posição disscorrida acima acerca do objeto em discussão, ao que tudo indica, o debate sobre a perda de eficácia das ordens de remoção após o período eleitoral continuará se desenvolvendo para os próximos pleitos.

Como visto no julgamento dos *leading cases* sobre o assunto no TSE durante o ano de 2018, os Ministros Alexandre de Moraes e Edson Fachin manifestaram certa divergência quanto à aplicabilidade do art. 33 § 6º da Resolução n. 23.551/2017 nos exatos termos de sua redação, sendo o instituto da coisa julgada ponto essencial para fundamentar tal contrariedade.

Embora o racional do mencionado artigo tenha o objetivo de limitar o poder fiscalizatório da Justiça Eleitoral ao pleito, impedindo que a interferência na liberdade de expressão ultrapasse esse período, seria temerário ignorar que a redação do artigo nada dispõe sobre as situações em que já tenha transitado em julgado no mérito e sem revogação, a decisão que impôs obrigação de remoção de determinando conteúdo na internet.

Portanto, os termos do art. 33 § 6º da Resolução n. 23.551/2017 abrem margem, ainda que indiretamente, para que se discuta uma forma de superar a coisa julgada da decisão de mérito eleitoral. E, como é cediço, o

art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal prevê que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Obviamente que se a redação do referido artigo fosse mantida nos termos em que foi inserida na Resolução n. 23.551/2017 do TSE, muitos questionamentos sobre sua constitucionalidade seriam levantados, gerando um risco à segurança jurídica, não apenas para a Justiça Eleitoral especializada, mas ao sistema legal como um todo.

Considerando esse contexto e particularidades, especificamente com relação ao pleito de 2020, já houve avanços, alterações e aprimoramento no entendimento anteriormente firmado pelo TSE frente ao disposto no art. 33 § 6º da Resolução n. 23.551/2017. O grupo de trabalho criado para a sistematização das normas eleitorais para as eleições do corrente ano, coordenado pelo próprio Tribunal Superior Eleitoral¹⁷, se manifestou no sentido de que:

(...) A ideia de se dar efemeridade sobre o resultado dos processos de remoção de conteúdo pode levantar o debate sobre violação à coisa julgada. É necessária a discussão acerca da melhor interpretação do texto da Resolução. (BASÍLIO et al., 2019).

Referido grupo de Sistematização das Normas Eleitorais foi capitaneado pelo Ministro Luiz Edson Fachin e teve como objetivo mapear inconsistências na legislação eleitoral vigente em 2018 e apontar soluções adequadas. O Eixo Temático III, coordenado pelo professor Alexandre Basílio Coura, foi responsável pela análise da legislação de regência da propaganda eleitoral e das pesquisas eleitorais, com vista à identificação de conflitos normativos, excessos ou falhas, e à propositura da respectiva sistematização.

Durante o projeto, foram analisados cerca de 30 diplomas normativos e 230 dispositivos, sendo levantadas em torno de 70 inconsistências, para as quais apresentaram-se as respectivas propostas de solução¹⁸.

¹⁷ BASÍLIO, Alexandre et al. Diálogos para a construção da sistematização das normas eleitorais: Grupo II : Propaganda Eleitoral, Poder de Polícia, Direito de Resposta e Representações. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2019. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/sne/arquivos/gt-iii-propaganda-estudos-preliminares>>. Acesso em: 07 ago. 2019.

¹⁸ Brasil. Tribunal Superior Eleitoral. Sistematização das normas eleitorais [recurso eletrônico]: eixo temático III: propaganda eleitoral e temas correlatos / Tribunal Superior Eleitoral. – Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2019.

No referido grupo de trabalho, quando analisados os artigos da Resolução n. 23.551/2017 para nova sistematização das normas que regeriam o próximo pleito de 2020, foi indicado, quanto ao teor do art. 33, § 6º, a existência de inconsistência em relação ao art. 5º inciso XXXVI da Constituição Federal, como esperado.

Para diagnosticar esse problema de incompatibilidade, foi avaliado que a própria redação do art. 33 § 6º da Resolução n. 23.551/2017 levava à interpretação de que a coisa julgada seria “efêmera”, quando se tratasse de conteúdo removido da internet, pois o artigo não tratava do possível cenário em que a decisão eleitoral que determinou a remoção do conteúdo já estivesse transitada em julgado no mérito sem revogação. Nesse sentido, o grupo de trabalho entendeu pela necessidade de implementação de mudanças no texto normativo do dispositivo, para promover melhor interpretação da resolução e evitar a possibilidade de eventual violação à coisa julgada¹⁹.

Assim, foi sugerida a seguinte alteração para a redação do dispositivo em voga na Resolução de 2019:

Findo o período eleitoral, as ordens judiciais de remoção de conteúdo da internet sem trânsito em julgado deixarão de produzir efeitos, cabendo à parte interessada requerer a remoção do conteúdo por meio de ação judicial autônoma perante a Justiça Comum.

Essa sugestão foi absorvida e lançada com pouquíssimas alterações na minuta da Resolução do TSE sobre propaganda eleitoral para as eleições do ano de 2020. Ocorre que, como pode ser percebido pelo teor da sugestão abaixo, essas alterações não afetaram o racional pretendido pelo grupo de sistematização das normas eleitorais:

Art. 38 § 7º: Realizada a eleição, as ordens judiciais de remoção de conteúdo da internet não confirmadas por decisão de mérito transitada em julgado deixarão de produzir efeitos, cabendo à parte interessada requerer a remoção do conteúdo por meio de ação judicial autônoma perante a Justiça Comum.

¹⁹ Brasil. Tribunal Superior Eleitoral. Sistematização das normas eleitorais [recurso eletrônico]: eixo temático III: propaganda eleitoral e temas correlatos / Tribunal Superior Eleitoral. – Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2019 – p. 83.

Como é cediço, após a divulgação das minutas das resoluções que regulamentam as eleições de determinado ano, o TSE promove audiências públicas para discuti-las²⁰. O objetivo é “receber contribuições de representantes de partidos políticos, de instituições públicas e privadas, de advogados que atuam na área eleitoral e da sociedade em geral com o objetivo de aperfeiçoar as minutas de resoluções relativas às eleições”²¹.

Entretanto, os demais *players* do processo eleitoral não apresentaram resistência à sugestão defendida pelo grupo de trabalho acerca da redação sugerida ao art. 38 § 7º da nova Resolução. Nessas condições, a redação do mencionado artigo se manteve tal como lançada na minuta e segue vigente na Resolução n. 23.610/19 (art. 38 § 7º) para a corrida eleitoral de 2020.

Apesar disso, percebe-se que o entendimento do TSE foi alterado com o lapso temporal de apenas uma eleição, o que demonstra a dinâmica e velocidade que evolui a legislação eleitoral quando comparada com as demais normas positivadas pelo direito. Isso demonstra que a legislação eleitoral é mais flexível e capaz de acompanhar simultaneamente os anseios sociais que necessita atender.

De outra parte, o racional aplicado para tal alteração pontual na redação do artigo em discussão, que regulamenta a eficácia da decisão que determina a retirada de conteúdo na internet, apenas aperfeiçoa o dispositivo para que não haja prejuízo a outro instituto do direito garantido constitucionalmente, qual seja, a coisa julgada. Tal mudança, consequentemente, garante maior segurança jurídica à Justiça Eleitoral especializada, mas não afeta a pretensão de que a atividade fiscalizatória da Justiça Eleitoral seja limitada ao pleito, deixando apenas claro que, para eventual conteúdo ser reativado, a ordem de remoção deverá ser revogada antes de seu trânsito em julgado no mérito.

²⁰ As audiências públicas relacionadas às resoluções das eleições são obrigatórias e ocorrem no segundo semestre do ano anterior ao pleito. A obrigatoriedade das audiências é fixada pelo art. 105 da Lei nº 9.504/1997. Disponível em: < <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Novembro/tse-realizara-audiencias-publicas-sobre-as-resolucoes-das-eleicoes-e-das-financas-e-contabilidade-dos-partidos-politicos> >. Acesso em: 14 out. 2020.

²¹ Disponível em: < <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Novembro/tse-realizara-audiencias-publicas-sobre-as-resolucoes-das-eleicoes-e-das-financas-e-contabilidade-dos-partidos-politicos> >. Acesso em: 14 out. 2020.

5 Considerações finais

Este artigo teve como missão explorar a perda da eficácia das decisões judiciais que determinam a remoção de conteúdo na internet durante o processo eleitoral. Para isso, foram analisados casos concretos, como a Representação Eleitoral de nº 0601765-21.2018.6.00.0000, embasados na Resolução n. 23.551/2017, que disciplinou a matéria durante o pleito de 2018. Assim, foi possível perceber uma inclinação do Tribunal Superior Eleitoral em garantir que a competência da Justiça Eleitoral não ultrapasse as suas atribuições e invada o espaço íntimo e comum do cidadão fora do período das eleições.

Foi feita análise cautelosa do disposto no art. 33 parágrafo 6º da referida resolução mediante construção do panorama fiscalizatório da Justiça Eleitoral, passando pelo fenômeno da modernização da forma de fazer propaganda e a instituição de novas tecnologias no processo. Temas como censura, liberdade de expressão, acesso à informação e à proteção a outros direitos fundamentais foram explorados a partir de uma perspectiva normativa frente à aplicabilidade do referido art. 33.

Os pontos levantados pelo grupo de trabalho trouxeram luz ao tema e deram pistas a respeito de como seriam elaboradas as resoluções para 2020. De fato, os debates sobre o tema de retirada de conteúdo e da perda de eficácia das decisões foi posto frente a uma lente mais recente, quando analisamos mais a fundo a nova Resolução n. 23.610/2019 que disciplina as eleições de 2020.

As mudanças em conceitualização desses conceitos e do ponto de partida da volta do conteúdo indicam que a forma de aplicar o assunto ainda não se consolidou. Assim, entende-se ser necessário mais um ciclo eleitoral para definir com mais clareza a inclinação definitiva do TSE a respeito da reativação do conteúdo eleitoral irregular removido da internet após o encerramento do pleito.

Conclui-se, portanto, que, como perspectivas para o futuro, a constante consolidação dos entendimentos sobre a perda do objeto deverá acompanhar o resultado de outros estudos e discussões, visto que as alterações nas resoluções de 2017 e 2019 não permitem estabelecer, ainda, total certeza jurídica sobre o tema. Como o assunto é recente e, portanto, longe de estar consolidado, somente com a publicação das novas resoluções para as próximas eleições é que será possível confirmar o destino da disposição

do art. 33 § 6º da Resolução n. 23.551/2017 e do art. 38 § 7º da Resolução n. 23.610/2019 do TSE, assim como suas aplicabilidades para o futuro.

Referências

- COURA, Alexandre et al. **Diálogos para a construção da sistematização das normas eleitorais**: Grupo II : Propaganda Eleitoral, Poder de Polícia, Direito de Resposta e Representações. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2019. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/sne/arquivos/gt-iii-propaganda-estudos-preliminares>>. Acesso em: 07 ago. 2019.
- BRAGA, Sérgio; CARLOMAGNO, Márcio Cunha. Eleições como de costume? Uma análise longitudinal das mudanças provocadas nas campanhas eleitorais brasileiras pelas tecnologias digitais (1998-2016). **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 26, p. 7-62, maio/ago. 2018.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Sistematização das normas eleitorais** (recurso eletrônico): eixo temático III: propaganda eleitoral e temas correlatos. Brasília : Tribunal Superior Eleitoral, 2019. 97 p. (Coleção SNE, 4)
- FUNDO amplia em 25 vezes dinheiro público a partidos políticos. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 21 jul. 2019. Disponível em:<<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,fundo-amplia-em-25-vezes-dinheiro-publico-a-partidos-politicos,70002930509>>. Acesso em: 23 jul. 2019.
- GOLDZWEIG, Rafael. **Por que devemos nos preocupar com a influência das redes sociais nas eleições 2018?** Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/09/21/opinion/1537557693_143615.html>. Acesso em: 23 jul. 2019.
- IBOPE, Inteligência. **Redes sociais e mídias tradicionais são as fontes de informação com mais influência na escolha do presidente em 2018**. Disponível em: <<http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/redes-sociais-e-midias-tradicionais-sao-as-fontes-de-informacao-com-mais-influencia-na-escolha-do-presidente-em-2018/>>. Acesso em: 23 jul. 2019.
- RAIS, Diogo; FALCÃO, Daniel; MENEGUETTI, Pamela; GIAC-CHETA, André. Direito Eleitoral Digital. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2018.
- RODEGHERI, Letícia Bodanese. (2013). Liberdade de expressão na web: análise de decisões judiciais sobre a remoção de conteúdo em sites. **Revista Espaço Acadêmico**, 13 (151), 54-62.

TEIXEIRA, Viviani Corrêa. **Competição Eleitoral no Cenário Brasileiro Utilizando a Internet: Ágora ou Clientela.** Esferas, [s.l.], v. 1, n. 12, p.9-18, 8 nov. 2018. Universidade Católica de Brasília. DOI: <http://dx.doi.org/10.31501/esf.v1i12.8267>.

Alinne Lopes Gomes - Advogada na Diogo Rais Consultoria Jurídica. Diretora de Comunicação e Pesquisadora do Instituto Liberdade Digital. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie com bolsa pesquisa em direito eleitoral digital pelo grupo MackEleições, coordenado pelo professor Diogo Rais. Autora da pesquisa “LGBT policies and overall safety in Brazil” em conjunto com a ONG Safety First For Girls. E-mail: alinne.lopes@diogorais.com.br.

Diogo Rais - Mestre e Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Eleitoral da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Colunista do Valor Econômico nas eleições de 2016 e da Folha de S. Paulo nas eleições de 2018. Coordenador dos livros “Direito Eleitoral Digital” e “Fake News: a conexão entre a desinformação e o Direito”, ambos publicados pela Revista dos Tribunais, em 2018. E-mail: professordiogorais@gmail.com.

Frederico W. P. Pol Fernandes - Advogado nas áreas de contencioso civil e eleitoral, especializado em direito digital e do consumidor de TozziniFreire Advogados. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-graduando em Propriedade Intelectual e Novas Tecnologias pela FGV-SP. E-mail: ffernandes@tozzinifreire.com.br.

Patrícia Helena Marta Martins - Sócia de TozziniFreire Advogados nas áreas de contencioso civil e eleitoral, especializado em direito digital e do consumidor de TozziniFreire Advogados. E-mail: pmarta@tozzinifreire.com.br.

ANÁLISE DA DECISÃO JUDICIAL SOBRE INFIDELIDADE PARTIDÁRIA (ADIN Nº 50.81/2015) A PARTIR DA TEORIA ARGUMENTATIVA DE NEIL MACCORMICK

*Analysis of the Judicial Decision on Party Infidelity (Adin nº 5.081/2015)
Based on the Argumentative Theory of Neil MacCormick*

Katarina Karol Brazil de Melo Rocha

José Filomeno de Moraes Filho

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre infidelidade partidária (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5081), a qual assestou que não se deve aplicar a sanção de perda de mandato aos cargos majoritários, tal como constava da Resolução nº 22.610/2007, do Tribunal Superior Eleitoral, sob pena de violação ao princípio democrático (art. 1º, parágrafo único da Constituição) e à soberania popular (art. 14, *caput*, também da Constituição), ambos intrínsecos ao Estado Democrático de Direito. Na análise será utilizada a teoria de Neil MacCormick, no que tange à argumentação racional e aos processos de justificação utilizados para fundamentar as decisões judiciais.

Palavras-chave: Infidelidade partidária. Supremo Tribunal Federal. Argumentação jurídica. MacCormick.

Abstract: This article analyzes the decision of the Federal Supreme Court on party infidelity (Direct Action of Unconstitutionality ADI 5081), which established that the sanction of loss of mandate should not apply to politicians in public offices (elected through majority run-off system), as set by Resolution 22610/2007, under penalty of violation of the Democratic Principle (article 1, sole paragraph of the Constitution) and popular sovereignty (article 14, *caput*, also on the Constitution), both intrinsic to the Democratic Rule of Law. The analysis adopted the theory of Neil MacCormick to examine the rational argumentation and the processes of justification used to support judicial decisions.

Keywords: Party infidelity. Federal Supreme Court. Legal arguments. MacCormick.

1 Introdução

A Constituição Federal de 1988 reafirmou a centralidade dos partidos políticos no Estado Democrático de Direito. Todavia, apesar das diversas perspectivas importantes que isso possa representar em termos democráticos, uma delas decorre do peso que se deu ao princípio democrático político (MORAES, 2016). Por isso mesmo, dedicou-lhes um artigo próprio (art.17). Nele, contudo, delega-se aos seus estatutos internos o estabelecimento de normas de disciplina e fidelidade partidária. Por sua vez, o art.55 também não previu, entre as hipóteses de perda de mandato, a infidelidade partidária. A despeito disso, já em 1989, o tema foi levado ao Supremo Tribunal Federal (STF), quando do julgamento do Mandado de Segurança n.º 20.927-5/DF (BRASIL, STF, 1989), sob relatoria do ministro Moreira Alves, que confirmou o entendimento da impossibilidade de perda de mandato em função da ausência mesma de previsão constitucional expressa. Em 2004, assim também o entendeu o relator do caso, ministro Gilmar Mendes, no julgamento do Mandado de Segurança 23.405-9/GO (BRASIL, STF, 2004).

A mudança jurisprudencial a respeito da fidelidade partidária se dá em 2007, em consulta, quando o PFL (Partido da Frente Liberal), hoje DEM (Democratas), apresenta ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) a Consulta n.º 1.398 (BRASIL, TSE, 2007), que versava sobre a possibilidade de político em exercício de cargo legislativo vir a perdê-lo por infidelidade partidária, ainda que fora das hipóteses para tal constantes no art.55 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). O TSE, na Resolução 22.610 (BRASIL, TSE, 2007), estabeleceu, então, hipóteses de perda do mandato, justificando sua perda por infidelidade partidária tanto no sistema proporcional quanto no majoritário. Em função disso, em 2007, chegam ao STF os Mandados de Segurança de nº 26.602 – PPS (BRASIL, STF, 2007a), 26.603 – PSDB (BRASIL, STF, 2007b) e 26.604 – DEM (BRASIL, STF, 2007c) contestando a Resolução 22.610 do TSE. Na ocasião, o Supremo decidiu pela constitucionalidade da resolução, sem, entretanto, analisar questões substantivas, ou seja, tendo como pano de fundo apenas o sistema proporcional.

Dentro desse contexto, em 2015, a Procuradoria-Geral da República (PGR) ingressou no STF com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin) nº 5081, de 27 de maio (BRASIL, STF, 2015), formulando pedido para declarar-se a inconstitucionalidade da Resolução 22.610/2007, do Tri-

bunal Superior Eleitoral, quanto ao uso do termo “ou o vice”, constante do art. 10, da expressão “e, após 16 (dezesseis) de outubro corrente, quanto a eleitos pelo sistema majoritário”, constante do art. 13, e para conferir-se interpretação conforme a Constituição ao termo “suplente”, constante do art. 10, com a finalidade de excluir do seu alcance os cargos do sistema majoritário.

Esse artigo tem por objetivo analisar o tema da infidelidade partidária à luz da decisão proferida pelo STF, na Adin nº 5.081, de 27 de maio de 2015, a qual assentou, de uma vez por todas, que a perda do mandato em razão da mudança de partido não se aplica aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário, sob pena de violação da soberania popular (Art.1º, parágrafo único, e art.14, *caput*, da Constituição Federal de 1988).

A análise dos votos dos ministros, bem como do acórdão da decisão judicial, será feita com base nas ideias de Neil MacCormick, que se dedicou à construção de uma teoria racional para identificar a validade dos argumentos evocados nas decisões judiciais de casos concretos, sobretudo aqueles difíceis, os chamados *hard cases*. Assim, divide-se o artigo em três partes. Na primeira delas, tratar-se-á das bases teóricas do autor em questão. Na segunda, serão apresentados quadros com os argumentos evocados pelos ministros em seus votos. Na última seção, empregar-se-ão os critérios de validade de MacCormick aos votos dos ministros e ao acórdão da decisão.

2 Breves considerações sobre os argumentos interpretativos à luz da Teoria de Neil MacCormick

Neil MacCormick (2009) começa por demonstrar a centralidade da razão prática na análise dos fundamentos da argumentação jurídica, razão pela qual se opõe ao ceticismo de Hume, quando ressalta que aderir a princípios gerais é também uma manifestação da razão. MacCormick afirma ainda que se deve estudar “o processo de argumentação como um processo de justificação”¹. Ato contínuo, o autor se debruça sobre o método de justificação dedutivo, segundo o qual “a conclusão está implícita em alguma outra proposição ou proposições, as premissas da argumentação”, e ressalta

¹ Em um Estado Democrático de Direito, a justificação das decisões judiciais é componente essencial de sua legitimidade. Isso se encontra estabelecido, inclusive, na Constituição de 1988, que, em seu art. 93, IX, afirma que: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]” (BRASIL, 1988).

que “a função específica da lógica como ramo do conhecimento consiste em estudar as formas de argumentação válidas” (MACCORMICK, 2009).

O autor, contudo, alerta para o fato de que as mesmas normas podem resultar “ambíguas ou obscuras em algum contexto questionado ou questionável de litígio”, citando ainda Hart, que as vê como uma “trama aberta e vagas em certos sentidos”. Daí os limites da argumentação puramente dedutiva. MacCormick, na mesma obra, faz a distinção entre justificação e justiça, e ressalta que a última compreende uma dimensão abstrata, e a primeira, formal. No âmbito formal, para que se faça justiça, os casos semelhantes deverão receber tratamento semelhante; e os diferentes, tratamento diferente. No entanto, o autor enfatiza que o olhar dos juízes deve contemplar mais o futuro do que o passado, já que pode existir conflito entre a observância aos precedentes e a percepção de justiça no caso atual. Assim, entende-se que “as decisões jurídicas devem fazer sentido no mundo e devem também fazer sentido no sistema jurídico”. O desdobramento natural da análise do autor é a consideração sobre os argumentos consequencialistas, que são de caráter avaliatório e, portanto, implicam algum grau de subjetividade (MACCORMICK, 2009).

Nesse sentido, Chamon Junior (2009) afirma que tão somente o argumento de autoridade já não pode sustentar as decisões judiciais, pois na Modernidade impõe-se como dever “lidar racionalmente com a pluralidade ética”. Com esse contexto, portanto, hoje se “pressupõe uma justificação não mais sacralizada”, ou seja, não apenas “embebida em argumento de autoridade”. Analogamente, Lopes e Benício (2015) assinalam, quando da análise do julgamento do STF da Adin nº 1856/2011 – sobre a briga de galos –, que essa decisão exigiu argumentos “capazes de atender os preceitos constitucionais vigentes em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder político da autoridade não é condição suficiente da legitimidade de sua atuação”.

MacCormick (2009) discorre sobre os critérios de coesão e de coerência para a análise da argumentação. No âmbito da coesão, afirma que o sistema jurídico é um “corpo coeso de normas num sentido estrito”, assim, “por mais desejável que uma dada deliberação seja quanto a fundamentos consequencialistas”, não há como ser aceita se colidir com uma “norma válida e de caráter obrigatório do sistema”. Quanto à coerência, ele a vê como uma reflexão sobre os valores do sistema, compreendendo que a ordenação é a manifestação de princípios mais gerais, indicando dois tipos

de argumentação coerente: aquela que se dá por analogia e a que implica o apelo a esses mesmos princípios como forma de justificação. Ele vê, ainda, no critério da coerência um elemento limitador do sistema judiciário (MACCORMICK, 2009).

O assunto será retomado e desenvolvido pelo autor em artigo no qual categoriza de forma sintética e sistemática as variedades de argumentação e os critérios de análise das decisões judiciais do ponto de vista argumentativo. Nesse texto, o autor discorre sobre as “razões autoritativas”, que são aquelas amparadas pela autoridade da lei. Observa, contudo, que elas, na opinião de muitos autores contemporâneos, são hoje restritivas, e trata-se, segundo o autor, de uma “falácia positivista” acreditar que atualmente essa classe de razões seja o único argumento válido no Direito, pois as decisões, à luz da razão prática, exigem a aplicação da norma em sentido mais geral, uma vez que os juízes devem fundamentar sua argumentação tanto nas razões autoritativas quanto nas substantivas. Aqui, a interpretação – em sentido estrito – e a argumentação se encontram, afinal, “a norma posta em uma fonte autoritativa de direito tem de ser compreendida antes de ser aplicada”. Só assim, poder-se-á, consoante o autor, “formar um juízo a fim de resolver a dúvida para decidir a partir do significado que pareça mais adequado ao contexto” (MACCORMICK, 2011, p. 68).

2.1 Categorias dos argumentos interpretativos de MacCormick (2011)

Segundo o autor, as três principais categorias de argumentos interpretativos são:

a) linguísticos;

Dividem-se em dois subgrupos e tratam do significado ordinário ou técnico dos termos empregados em um texto jurídico. Ressalte-se que, nesse tipo de argumento, amiúde se fala da intenção do legislador.

b) sistêmicos;

O texto jurídico deve ser visto como parte de um sistema jurídico. Nessa categoria, destacam-se os:

- argumentos de harmonização contextual - a lei deve ser interpretada segundo as disposições mais próximas dela ou de lei *in pari matéria*;

- argumentos de precedente - a interpretação deve estar em conformidade com sua interpretação por outros tribunais, obedecendo-se à hierarquia entre eles;
- argumento de analogia - a disposição pode ser interpretada à luz de disposições análogas, mesmo que se relegue a segundo plano seu significado ordinário para que se assegure a similaridade. Isso pode se dar tanto em relação a uma norma em si mesma quanto em relação a outra interpretação prévia;
- argumento lógico-conceitual - o conceito jurídico geral reconhecido e doutrinário empregado na disposição deve ser levado em conta para que se mantenha o uso consistente da disposição por meio do sistema em seu conjunto ou de algum de seus ramos;
- argumento de princípios gerais - favorece-se a interpretação de acordo com os princípios gerais do Direito aplicável ao assunto de uma disposição legal;
- argumento histórico- a aplicação do Direito ao caso concreto deve estar em consonância com o entendimento historicamente consagrado acerca do assunto.

c) teleológicos/deontológicos;

- teleológicos - partindo de algum tipo de valoração, ocupam-se do que a decisão acarretará (MACCORMICK, 2011). Dialogando com a terminologia de Robert Summers, o autor diz que os argumentos a que classifica como teleológicos são convalidados pelas “razões de objetivo” (*goalreasons*) (SUMMERS, 1978);
- deontológicos - apelam aos princípios do correto e do incorreto à luz dos princípios maiores, caso em que os princípios são considerados como finais, e não desdobramentos de anterior argumentação teleológica (MACCORMICK, 2011). Aqui a justificação se volta às “razões do correto” (*rightnessreasons*) (SUMMERS, 1978).

Ainda sobre essas categorias, MacCormick (2011) afirma que a chamada *golden rule* (regra de ouro), consagrada classicamente, estabelece uma hierarquia, preconizando que se deve começar pelos argumentos linguísticos, passando depois aos sistêmicos e, só então, se necessário, aos teleológicos/deontológicos. Contudo, adverte que a “regra de ouro” pode levar a efeitos conflitantes com a ideia de justiça e com o bem comum. Assim, não se poderia afirmar que os argumentos de natureza teleológica/deon-

tológica só devem ser evocados se aqueles das duas outras categorias não logram resultados inequívocos. Nos chamados “casos difíceis”, podem-se manejar os argumentos de modo a que os teleológicos/deontológicos sejam evocados inicialmente para demonstrar interpretações absurdas e mudar uma conclusão *prima facie*.

Portanto, os argumentos dessas decisões restarão mais sólidos se emanados de “valores”, esses que também não são arbitrários, pois remetem à “mesma base valorativa que se reflete na estruturação principiológica de todo o ordenamento” (PEIXOTO; ROESLER; BONAT, 2016, p. 225).

Como se vê, no método proposto por MacCormick (2011), problemas práticos demandam decisões justificáveis. Por conseguinte, a divisão proposta pelo autor visa facilitar a identificação do(s) tipo(s) de argumento apresentado(s) numa decisão para que se possa proceder a uma análise objetiva de sua possível validade diante do sistema jurídico em seu conjunto (razões autoritativas) e do caso concreto (razões substantivas).

3 Análise dos tipos de argumentos interpretativos invocados na decisão da Adin nº 5081/2015

Aqui, seguir-se-á a categorização de MacCormick (2011) apresentando onze quadros em que os argumentos são classificados como linguísticos, sistêmicos ou teleológicos/deontológicos. Começar-se-á pelo quadro em que constam as razões apresentadas pela PGR para provocar o STF, embora essas, evidentemente, não façam parte da decisão. Em seguida, apresentar-se-ão àqueles com os respectivos argumentos evocados por cada um dos ministros, iniciando-se pelos argumentos constantes no voto do ministro relator e seguindo-se a sequência mesma dos votos dos ministros no texto da decisão do STF. No último quadro, classificar-se-ão os argumentos constantes na ementa da decisão. Cabe ressaltar que os textos não representam a transcrição literal dos votos, pois, sempre que necessário à clareza são feitas adaptações (paráfrases e sínteses).

QUADRO 1 - Argumentos da Procuradoria-Geral da República

Argumento linguístico	Os termos “suplente” e “ou o vice”, constantes no art. 10 da Resolução nº 22.610/2007 e o trecho “e, após 16 (dezesseis) de outubro corrente, quanto a eleitos pelo sistema majoritário”, inscrito no art. 13 da mesma Resolução, violam o sistema eleitoral e o estatuto constitucional dos congressistas, especialmente os arts. 14, caput; 46, caput; 55, caput; e os parágrafos do art. 77, todos da Constituição.
Argumento sistêmico	As Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 3.999/DF e 4.086/DF proclamaram a constitucionalidade formal da Resolução nº 22.610/2007, sem analisar questões substantivas. No mérito, entende que os Mandados de Segurança nº 26.602, nº 26.603 e nº 26.604 analisaram a perda do mandato por desfiliação exclusivamente para cargos eletivos do sistema proporcional, tendo se assinalado que o propósito da perda é a retomada do mandato pelo partido lesado. A Corte teria articulado um princípio de pertencimento do cargo eletivo de deputado ao partido, que resultaria (i) da intermediação necessária da legenda partidária para a disputa eleitoral e (ii) da natureza do sistema eleitoral proporcional, em que o eleitor vota no partido mais do que no candidato. A PGR sustenta a inaplicabilidade da regra da fidelidade partidária ao sistema majoritário. Isso porque o vínculo do mandato com o partido no sistema majoritário é mais tênue, pois não se orienta pela mesma lógica do sistema proporcional.
Argumento teleológico	A perda de mandato no sistema majoritário não necessariamente beneficiaria o partido, pois as chapas em eleições majoritárias são formadas, em diversos casos, por candidatos de diferentes agremiações partidárias.
Argumento deontológico	A aplicação da fidelidade partidária para o sistema majoritário ofende a soberania popular (art. 14, caput, CF).
Argumento sistêmico	Ofende ainda as características constitucionais do sistema majoritário (arts. 46, caput, e 77, CF) e as hipóteses de perda de mandato parlamentar (art. 55, CF).

Fonte: Elaboração própria.

QUADRO 2 - Argumentos do ministro relator Luís Roberto Barroso

Argumento sistêmico	As decisões nos Mandados de Segurança nº 26.602, nº 26.603 e nº 26.604 tiveram como pano de fundo o sistema proporcional, no qual, por sua ênfase nos votos obtidos pelos partidos, a fidelidade partidária é importante para garantir que as opções políticas feitas pelo eleitor no momento da eleição sejam minimamente preservadas. Daí a legitimidade de se decretar a perda do mandato do candidato que abandona a legenda pela qual se elegeu.
----------------------------	---

Argumento sistêmico	O sistema majoritário tem lógica e dinâmica diversas da do sistema proporcional. Suas características do sistema majoritário, com ênfase na figura do candidato, fazem com que a perda do mandato, no caso de mudança de partido, frustre a vontade do eleitor e vulnere a soberania popular (CF, art. 1º, par. ún. e art. 14, caput).
Argumento sistêmico	a) não há, na Constituição de 1988, qualquer previsão expressa da “regra da fidelidade partidária”. A Emenda Constitucional nº 1 de 1969 previa a infidelidade partidária como hipótese explícita de perda do mandato de deputados e senadores (art. 35, V). A Carta de 1988, contudo, não reproduziu a sanção, que de resto já havia sido suprimida do texto anterior pelo art. 8º da Emenda Constitucional nº 25/1985. O STF tradicionalmente considera que o artigo 55 contém rol taxativo de hipóteses de perda do mandato parlamentar, e, como se sabe, nele não se encontra a troca de partido por parlamentar. b) no sistema proporcional há fundamento constitucional consistente para a sua construção jurisprudencial; porém, no sistema majoritário não há. É absolutamente incoerente que determinado parlamentar seja eleito em razão dos votos dados à legenda ou a um correligionário com votação extraordinária e, durante seu mandato (muitas vezes logo no seu início), migre para outro partido que em nada colaborou para a sua eleição. A infidelidade partidária, principalmente na proporção assumida no Brasil, representava completo desvirtuamento do sistema proporcional, da democracia representativa e da soberania popular. c) o mesmo não ocorre no sistema majoritário. Nesse, como a fórmula eleitoral é a regra da maioria e não a do quociente eleitoral, o candidato eleito será o mais bem votado. Como serão desconsiderados os votos dados aos candidatos derrotados, não se coloca fenômeno da transferência de votos. Assim, no sistema majoritário a “regra da fidelidade partidária” não consiste em medida necessária à preservação da vontade do eleitor, como ocorre no sistema proporcional, e, portanto, não se trata de corolário natural do princípio da soberania popular (arts. 1º, parágrafo único e 14, caput, da Constituição).
Argumento deontológico	No sistema majoritário atualmente aplicado no Brasil, a imposição de perda do mandato por infidelidade partidária se antagoniza como a soberania popular, que, como se sabe, integra o núcleo essencial do princípio democrático.

Argumento teleológico	Ademais, se o objetivo da fidelidade partidária é devolver o mandato ao partido político que o conquistou com o voto, a aplicação da perda de mandato ainda menos se justifica para o cargo de Chefe do Poder Executivo. Isso porque não há obrigatoriedade de que titular e vice sejam do mesmo partido. Aliás, não é raro que, por conta das coligações partidárias, os componentes da chapa sejam de distintas agremiações partidárias. Nesses casos, a perda de mandato favoreceria candidato e partido que não receberam votos, em detrimento de candidato que obteve, no mínimo, a maioria absoluta dos votos colhidos no pleito. Assim, a substituição de candidato respaldado por ampla legitimidade democrática por vice carente de votos, claramente se descola do princípio da soberania popular e, como regra, não protegerá o partido prejudicado com a migração do Chefe do Executivo eleito pelo povo.
Argumento sistêmico	Com efeito, o vínculo entre partido e mandato é muito mais tênue no sistema majoritário do que no proporcional, não apenas pela inexistência de transferência de votos, mas pela circunstância de a votação se centrar muito mais na figura do candidato do que na do partido. Com efeito, nos pleitos majoritários os eleitores votam em candidatos e não em partidos, o que é reconhecido pela própria Constituição Federal ao prever, em seu art. 77, § 2º, que “será considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos (...)”.
Argumento sistêmico	Não parece certo afirmar que o constituinte de 1988 haja instituído uma “democracia de partidos”. Com efeito, o art. 1º, parágrafo único da Constituição é inequívoco ao estabelecer a soberania popular como fonte última de legitimação de todos os poderes públicos, ao proclamar que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.
Argumento teleológico	Se o objetivo perseguido é o aperfeiçoamento da democracia representativa e do modelo eleitoral brasileiro, a extensão da fidelidade partidária ao sistema majoritário subverte esse propósito, agravando o problema sob o pretexto de saná-lo.
Argumento sistêmico	Em suma, entendo que os arts. 10 e 13 da Resolução nº 22.610/2007, ao igualarem os sistemas proporcional e majoritário para fins de fidelidade partidária, violam as características essenciais dos sistemas eleitorais dispostos na Constituição, extrapolam indevidamente os fundamentos das decisões proferidas por esta Corte nos Mandados de Segurança nº 26.602, nº 26.603 e nº 26.604 e, sobretudo, afrontam a soberania popular.

Argumento linguístico	Diante do exposto, julgo procedente o pedido para declarar inconstitucional o termo “ou vice”, constante do art. 10 da Resolução nº 22.610/2007, e a expressão “e, após 16 (dezesseis) de outubro corrente, quanto a eleitos pelo sistema majoritário”, constante do art. 13. Por fim, confiro interpretação conforme a Constituição ao termo “suplente”, constante do art. 10, com a finalidade de excluir do seu alcance os cargos do sistema majoritário.
Argumento sistêmico	A tese que embasa o meu voto é a seguinte: “A perda do mandato em razão de mudança de partido não se aplica aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário, sob pena de violação da soberania popular e das escolhas feitas pelo eleitor”.

Fonte: Elaboração própria.

QUADRO 3 - Argumentos do ministro Teori Zavascki

Argumento sistêmico	A disciplina e a fidelidade partidária estão no art. 17, § 1º, e isso tem que gerar alguma consequência. Se é certo que, no campo dos cargos eletivos obtidos em votação proporcional, se pode retirar da Constituição a consequência da perda do mandato, pelas razões indicadas pelo ministro relator, essa mesma lógica não parece tão clara, tão evidente ou tão natural em se tratando de cargo obtido por eleição majoritária.
Argumento teleológico	Seria uma consequência que não decorre da Constituição e, pelo menos em relação ao sistema eleitoral que hoje nós temos, seria absolutamente incompatível com esse sistema que, havendo mudança de partido, a consequência seria essa tão drástica perda do cargo.

Fonte: Elaboração própria.

QUADRO 4 - Argumentos do ministro Dias Toffoli

Argumento sistêmico	Como explicita Maurizio Cotta (2010), a escolha do sistema partidário não se resume à forma de decidir quais são os eleitos; a escolha entre o sistema de listas abertas e listas fechadas significa também decidir qual o aspecto da representação que se quer ressaltar.
Argumento sistêmico	Desse modo, embora a filiação partidária seja condição de elegibilidade (art. 14, § 3º, V, CF/88), não se admitindo candidaturas avulsas, o voto só na legenda partidária é apenas uma faculdade do eleitor (art. 176 do Código Eleitoral), opção exercida por uma pequena minoria de eleitores. Conquanto se faculte a possibilidade do voto de legenda, a verdade é que o voto do eleitor brasileiro, mesmo nas eleições proporcionais, em geral, se dá em favor de determinado candidato.

Argumento teleológico	Acompanho o voto do relator, também entendendo que, no que diz respeito aos cargos majoritários, não há possibilidade de o partido político requerer esse cargo em razão de uma infidelidade. Vamos, por hipótese, imaginar que a presidenta Dilma Rousseff se desfiliasse, hoje, do PT e fosse para outro partido. O PT iria pedir o cargo majoritário para quem?
------------------------------	--

Fonte: Elaboração própria.

QUADRO 5 - Argumentos da ministra Cármen Lúcia

Argumento sistêmico	Tenho como fundamentada a distinção dos dois casos (proporcional e majoritário), exatamente, porque, num caso, escolhe-se o partido, e, então, é que se leva à conclusão sobre os eleitos, e, no caso da majoritária, como foi muito bem exposto aqui por todos que me antecederam, o que se elege é uma pessoa que está vinculada a um cargo, em face da impossibilidade de haver candidaturas avulsas.
----------------------------	--

Fonte: Elaboração própria.

QUADRO 6 - Argumentos do ministro Gilmar Mendes

Argumento sistêmico	Só queria lembrar que, no TSE, recentemente, não faz muito tempo, nós tivemos um caso em que se vindicava o mandato de um senador e se colocava exatamente a questão que o ministro Toffoli apontou: os suplentes eram de outros partidos e eles também tinham participado dessa atividade migratória, quando viram a possibilidade de abocanhar o mandato deste suposto trãnsfuga, então, voltaram à agremiação de origem. Portanto, tudo isso acaba sendo muito dinâmico no processo, e nós então assentamos que: “3. Considerando-se que os suplentes do mandato em disputa foram eleitos por partido político diverso, não será possível à legenda requerente recuperar a vaga ocupada pelo parlamentar trãnsfuga”.
Argumento sistêmico	Então, deixamos isso assente, fazendo um distinguishing em relação à situação que se colocava, tal como apontou o ministro Toffoli.

Fonte: Elaboração própria.

QUADRO 7 - Argumentos do ministro Marco Aurélio

Argumento sistêmico	O que nos vem do Código Eleitoral? Uma disciplina toda própria, mas ligada apenas à espécie proporcional, não alcançando, como estão nos artigos 106, 107, 109 do Código Eleitoral, as eleições majoritárias.
Argumento linguístico	(...) Vem-nos, presidente, sob o ângulo da fidelidade, da Lei dos Partidos Políticos – de nº 9.096/95 –, regra que sinaliza a distinção entre eleições proporcionais e majoritárias. Que regra é essa? Que há perda pelo parlamentar – e o vocábulo deve ser entendido de forma estrita, não alcançando o senador –, no caso de infidelidade partidária.

Argumento sistêmico	(...) Não podemos afirmar que as eleições proporcionais e as majoritárias têm a mesma regência. O eleitor, quando elege o senador da República, elege o prefeito, elege o governador, elege o presidente, considera, substancialmente, o perfil do candidato. E não se chega à conclusão sobre a vitória, no certame eleitoral, tendo em conta os votos atribuídos à legenda que tenha capitaneado a eleição.
----------------------------	---

Fonte: Elaboração própria.

QUADRO 8 - Argumentos do ministro Celso de Melo

Argumento sistêmico	A discussão suscitada nesta sede de controle normativo abstrato envolve aspectos que, bem destacados neste julgamento, autorizam o “distinguishing” a que procedeu ao eminente relator, especialmente no ponto em que Sua Excelência corretamente assinalou que o sistema majoritário possui “lógica e dinâmica diversas” daquelas que se revelam inerentes “ao sistema proporcional”. Ao acolher a “substanciosa fundamentação” em que se apoia o eminente relator, também julgo procedente o pedido formulado nesta ação direta e registro a minha concordância com a tese segundo a qual “A perda do mandato em razão da mudança de partido não se aplica aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário, sob pena de violação da soberania popular e das escolhas feitas pelo eleitor”.
----------------------------	--

Fonte: Elaboração própria.

QUADRO 9 - Argumentos do ministro Luiz Fux

Argumento sistêmico	No sistema proporcional, dificilmente um candidato obtém número de votos equivalente ou superior ao quociente eleitoral, i.e., número suficiente para garantir, por si, sua eleição. A maioria dos candidatos eleitos só conquista a vaga pela sistemática de redistribuição de votos no interior do partido. O eleitor, quando do exercício do iussuffragii, vota não apenas no candidato, mas também, como decorrência de nossa regra de decisão, no partido político. Justamente por essa razão, o dever de observância à soberania popular passa pela imposição da regra defidelidade partidária. Essa lógica, todavia, não é aplicável ao sistema majoritário, pois nele existe maior protagonismo do candidato, na medida em que o eleitor procede à escolha do seu voto através de qualidade políticas subjetivas do postulante (BONAVIDES, 2009, p. 266). Concluo que “a extensão da regra da fidelidade partidária nos pleitos majoritários importa inequívoca vulneração da soberania popular”.
----------------------------	---

Fonte: Elaboração própria.

QUADRO 10 - Argumentos do ministro Ricardo Lewandowski

Argumento sistêmico	Levar às últimas consequências a conclusão da Corte aplicada ao sistema proporcional levaria a criarmos uma nova hipótese de perda de mandato não prevista no art. 55 da CF/88.
Argumento teleológico	E, além disso, configuraria uma ofensa a uma das características mais expressivas do sistema majoritário: a imediatidade da relação entre os eleitores e o eleito, coisa que não ocorre no sistema proporcional, no qual a tônica é a mediação desta relação entre eleitores e eleito por um partido político.

Fonte: Elaboração própria.

QUADRO 11 - Acórdão

Argumento linguístico	O STF julgou por unanimidade de votos procedente o pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade, quanto à Resolução 22.610/2007, do Tribunal Superior Eleitoral, do termo “ou o vice”, constante do art. 10; da expressão “e, após 16 (dezesseis) de outubro corrente, quanto a eleitos pelo sistema majoritário”, constante do art. 13, e para conferir interpretação conforme a Constituição ao termo “suplente”, constante do art. 10, com a finalidade de excluir do seu alcance os cargos do sistema majoritário.
Argumento deontológico	Fixada a tese com o seguinte teor: “A perda do mandato em razão da mudança de partido não se aplica aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário, sob pena de violação da soberania popular e das escolhas feitas pelo eleitor”, nos termos do voto do relator.

Fonte: Elaboração própria.

4 Aplicação dos requisitos de Maccormick

Como se viu na introdução, MacCormick (2011) desenvolve a ideia de consistência e coerência na análise da argumentação. Esses requisitos são somados à necessidade da universabilidade dos argumentos (MARTINS; ROESLER; JESUS, 2011). E aqui, antes de aplicá-los à decisão do STF sobre a Adin nº 5081/2015 – sobre a perda de mandato para os casos de infidelidade partidária daqueles eleitos no sistema majoritário –, cabe discorrer brevemente sobre esses requisitos.

O requisito da universabilidade preconiza que os argumentos empregados na decisão sejam também aplicados a casos similares. Perceba-se que MacCormick (2008) retoma a ideia de que o juiz deve olhar mais para o futuro que para os precedentes, já que sua decisão gerará, ela mesma, precedência para casos, a partir de então.

Por sua vez, o requisito da consistência exige que uma decisão não pode contradizer seus fundamentos, isto é, não pode haver contradição entre uma ou mais proposições (MARTINS; ROESLER; JESUS, 2011). Ou seja, os argumentos apresentados na justificativa não podem colidir com a própria decisão. Vale ressaltar que MacCormick (2011), por meio desse requisito, reafirma, como se viu na introdução deste trabalho, a importância específica da lógica no estudo das formas de argumentação válidas.

Por último, o requisito da coerência implica que a coesão lógica dos argumentos apresentados na decisão seja cotejada com o sistema jurídico em sua totalidade. Mais uma vez, o autor retoma a centralidade do uso da razão prática na decisão de forma a que esteja ela em conformidade com a ordem jurídica. Cabe perceber, ainda, que deve haver a compatibilidade de valores (axiológica, portanto) entre as normas à vista de um princípio comum (MARTINS; ROESLER; JESUS, 2011).

Como se trata de decisão unânime, analisar-se-ão os argumentos usados no voto de cada ministro apenas quando acrescentem argumentos ao voto do ministro relator, haja vista que alguns ministros apenas exaltaram a qualidade dos argumentos do voto do relator e declaram votar em conformidade com ele.

- a) para a verificação do critério de universabilidade, serão analisados argumentos os votos de cada ministro e, depois, do acórdão;
- b) para a verificação da consistência, serão analisados os votos de cada ministro, comparando-os, se for o caso, e também o acórdão;
- c) na análise da coerência, serão analisados os argumentos do acórdão.

4.1 Da universabilidade

Em seu conjunto, os votos dos ministros e do acórdão cumprem o requisito da universabilidade, pois podem ser aplicados a casos semelhantes, uma vez que foi feito, como destacou o ministro Gilmar Mendes, o *distinguishing* – sobre o qual se falará na análise do requisito de coerência – entre os sistemas proporcional e majoritário. Com efeito, a decisão na Adin nº 5081 (BRASIL, STF, 2015) atende a esse requisito, valendo sua observância a qualquer outra situação em que esteja em jogo a perda de mandato por infidelidade partidária, no âmbito dos cargos do sistema majoritário.

4.2 Da consistência

Ao menos em uma parte, o voto do ministro relator não satisfaz o critério, pois, em seus argumentos, ele indica que “não há, na Constituição de 1988, qualquer previsão expressa da “regra da fidelidade partidária”, e diz ainda que “o STF tradicionalmente considera que o artigo 55 contém rol taxativo de hipóteses de perda do mandato parlamentar, e, como se sabe, nele não se encontra a troca de partido por parlamentar”. O voto dá, ainda, maior ênfase a esse aspecto, quando relembra que a “Emenda Constitucional de 1969 previa a infidelidade partidária como hipótese explícita de perda do mandato de deputados e senadores (art. 35, V)”, mas que ela, porém, não foi recepcionada pela Constitucional de 1988².

Portanto, ao alegar, mais adiante, que o “No sistema proporcional há fundamento constitucional consistente para a sua construção jurisprudencial; porém, no sistema majoritário não há”, o voto contradiz a norma de início invocada. Além disso, o ministro relator não explica como a jurisprudência poderia ser construída uma vez que contradiz a norma invocada³. Na verdade, ele apenas reafirma a decisão de 2007 em relação ao julgamento dos Mandados de Segurança nº 26.602, nº 26.603 e nº 26.604. Nesse sentido, Salgado (2015, p.153-154), ao analisar a própria decisão de 2007, já alertava que “a liberdade para o exercício do mandato eletivo é princípio constitucional estruturante” e que “na falta de suporte constitucional para a ‘extração’ da fidelidade partidária, a construção jurisprudencial é incoerente com as decisões constituintes”. Por isso mesmo, Rubinger-Betti e Roesler (2017, p.142) afirmam que “uma decisão inconsistente é extremamente frágil do ponto de vista argumentativo” e ainda consideram que “a hierarquia entre as normas também serve como exemplo do requisito da consistência”.

Do mesmo problema padece o voto do ministro Lewandowski, pois ele afirma que “levar às últimas consequências a conclusão da Corte aplicada ao sistema proporcional levaria a criarmos uma nova hipótese de

² “O instituto da fidelidade partidária foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela legislação constitucional de 1969 e regulamentado pela Lei 5.682/71. Mas, perdeu sua eficácia com a Emenda Constitucional 25/85. No processo de elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o debate sobre o instituto da fidelidade partidária voltou a ser objeto de discussão política e jurídica” (MEZZAROBBA, 2013).

³ Nesse sentido, Leite (2013), ao comentar a mudança de entendimento do STF sobre infidelidade partidária de 2007, comenta que os argumentos utilizados na decisão “foram os mais variados, os quais, por vezes, versam sobre sistemas jurídicos diversos, e que em muitos tons são incompatíveis com a realidade brasileira”.

perda de mandato não prevista no art. 55 da Constituição”, sem atentar para o fato de que a conclusão do STF sobre o próprio sistema proporcional já contradizia o “rol taxativo” das hipóteses de perda de mandato do art. 55, uma vez que o artigo não coloca entre elas a infidelidade partidária.

O acórdão, por sua vez, obedece ao critério em questão, pois não reproduz o argumento do ministro relator no que diz respeito à ausência de previsão expressa na Constituição de 1988 da infidelidade partidária e às razões possíveis – rol taxativo, segundo o texto do próprio ministro relator – para a perda de mandato no artigo 55. O acórdão limita-se, pois, a afirmar que “A perda do mandato em razão da mudança de partido não se aplica aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário, sob pena de violação da soberania popular e das escolhas feitas pelo eleitor”. Ou seja, o argumento é tão somente arts.1º, parágrafo único, e 14, *caput*, da Constituição.

4.3 Da coerência

Todos os votos e o próprio acórdão se mostram coerentes, pois que em conformidade com o argumento de que a extensão da perda de mandato ao sistema majoritário feriria o princípio da soberania popular, que é um valor intrínseco à Constituição de 1988. Isso inclusive dá vez a que o voto do ministro Gilmar Mendes (quadro 6) traga a noção de *distinguishing* em alusão ao caso, então recente, “em que se vindicava o mandato de um senador e se colocava exatamente a questão que o ministro Toffoli apontou: os suplentes eram de outros partidos” quando se assentou que “3. Considerando-se que os suplentes do mandato em disputa foram eleitos por partido político diverso, não será possível à legenda requerente recuperar a vaga ocupada pelo parlamentar trânsfuga.” (p. 64 da Decisão).

Vale lembrar que o *distinguishing*⁴ ocorre quando a fundamentação da decisão pelo magistrado remeter a um caso precedente que possui im-

⁴ O julgador ao avaliar o caso concreto e os argumentos apresentados pelas partes, precisará fundamentar sua decisão, seja acolhendo ou afastando o precedente (quando precisará aplicar o *distinguishing*), nos termos do artigo 489 § 1º, VI, do Código de Processo Civil: Art. 489. São elementos essenciais da sentença: “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

plicações diretas no caso sob julgamento. Sempre que isso ocorrer, deve-se aplicar a técnica do *distinguishing* para evidenciar as razões pelas quais determinado precedente não pode mais ser aplicado, sob pena de se proferir uma decisão judicial injusta, ou, em última análise, que contrarie a sistemática constitucional. Sobre esse tema, Marinoni (2013, p. 325) elucida que “o *distinguishing* expressa a distinção entre casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente.”

5 Considerações finais

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.081 (BRASIL, STF, 2015), na qual se estabeleceu a inaplicabilidade da sanção de perda do mandato eletivo – disciplinada por meio da Resolução do Tribunal Superior Eleitoral nº 22.610/2007 (BRASIL, TSE, 2007) – para o caso de eleitos pelo sistema majoritário constituiu mais um capítulo da tramitação do tema da infidelidade partidária no Supremo Tribunal Federal. Assim, o STF teve que avaliar os impactos dessa sanção no caso de eleitos não com base na regra do quociente eleitoral, mas sim com base na regra da maioria, fórmula que embasa as eleições para os representantes no sistema majoritário. Na ocasião, ficou assentado, por unanimidade, que a perda do mandato por infidelidade partidária não atinge o sistema majoritário, mas tão somente o proporcional.

Para a análise em profundidade dos argumentos utilizados para fundamentar essa decisão, tomaram-se como parâmetro as bases teóricas de Neil MacCormick (2009), o qual propôs, como meio de se aferir a correção das decisões judiciais, três requisitos: universabilidade, coerência e consistência. Assim, o método de MacCormick permitiu a classificação dos tipos de argumentos de que se valeram os ministros do Supremo Tribunal Federal, na fundamentação de seus votos, em três categorias: os linguísticos, os sistêmicos e os teleológicos/deontológicos.

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - 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; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (BRASIL, 2015), evitando-se desta forma, a generalização dos precedentes e, em consequência, realizando um maior controle na sua aplicação.

Por conseguinte, como foi observado na análise dos votos, em especial o voto do ministro relator, Luís Roberto Barroso, observa-se, pelo menos parcialmente, uma inconsistência, pois ele indica que “não há, na Constituição de 1988, qualquer previsão expressa da ‘regra da fidelidade partidária’”, e diz ainda que “o STF tradicionalmente considera que o artigo 55 contém rol taxativo de hipóteses de perda do mandato parlamentar, e, como se sabe, nele não se encontra a troca de partido por parlamentar”. Mais adiante, contudo, ele afirma que “no sistema proporcional há fundamento constitucional consistente para a sua construção jurisprudencial; porém, no sistema majoritário não há”. Dessa maneira, o voto, afinal, contradiz a norma de início citada. Além disso, o ministro relator não explica, em face dessa contradição, como a jurisprudência poderia ser construída. Parece, portanto, que ele apenas deseja justificar uma decisão anterior, a de 2007, quando do julgamento dos Mandados de Segurança nºs 26.602, 26.603 e 26.604, por meio do qual se alterou o entendimento do STF sobre o tema – entendimento esse que durava desde 1989.

A inconsistência também se fez presente no voto do ministro Ricardo Lewandowski, uma vez que ele ressalta que “levar às últimas consequências a conclusão da Corte aplicada ao sistema proporcional levaria a criarmos uma nova hipótese de perda de mandato não prevista no art. 55 da Constituição”, sem entrar, entretanto, no mérito de que o voto do Relator fala de “rol taxativo” das hipóteses de perda de mandato do art. 55, dentre as quais não aparece a infidelidade partidária. Ora, há que se frisar que o adjetivo “taxativo” é categórico, não admitindo nuances e gradações de sentido.

A despeito dessas inconsistências pontuais e internas no voto dos ministros, conclui-se que a decisão, por unanimidade, do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta Inconstitucionalidade nº 5081/2015, foi bem fundamentada, preenchendo os três requisitos (universabilidade, consistência e coerência) presentes na teoria de MacCormick, uma vez que o acórdão não reproduziu as inconsistências apontadas aqui, atendo-se ao fato de que a perda de mandato por infidelidade não deve ser aplicada aos cargos majoritários, pois isso traria drásticas consequências ao Estado Democrático de Direito, em face da violação do princípio democrático (art. 1º, parágrafo único, CF) e da soberania popular (art. 14, *caput*, CF), ambos valores intrínsecos à ordem democrática de 1988.

Referências

BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. **Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Das normas processuais civis. Das normas fundamentais e da aplicação das normas processuais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 29 ago. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 set. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.html>. Acesso em: 26 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-9096-19-setembro-1995-368874-norma-pl.html>>. Acesso em: 11 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1856/2011** – briga de galos (Lei fluminense nº 2.895/98). Rel. ministro Celso de Mello. Julgamento em: 26 mai. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634>>. Acesso em: 13 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3999 DF e ADI n. 4086 DF**. Rel. ministro Joaquim Barbosa. Julgamento em: 12 nov. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=586946949>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.081 Distrito Federal**. Requerente: Procurador-Geral da República. Rel. ministro Roberto Barroso. Direito constitucional e eleitoral. Ação direta de inconstitucionalidade. Resolução nº 22.610/2007 do TSE. Inaplicabilidade da regra de perda do mandato por infidelidade partidária ao sistema eleitoral majoritário. Julgamento em: 27 maio 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9175293>>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 20927/DF - Distrito Federal**. Mandado de Segurança. Fidelidade partidária. A inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária dos parlamentares empossados se estende no silêncio da constituição e da Lei, aos respectivos suplentes. Rel. ministro Moreira Alves. Julgamento em: 11 de outubro de 1989. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85369>>. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 23405/GO - Goiás**. Mandado de Segurança. Eleitoral. Possibilidade de perda de mandato parlamentar. Princípio da fidelidade partidária. Inaplicabilidade. Hipótese não colocada entre as causas de perda de mandato a que alude o art. 55 da Constituição. Rel. ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 22 de março de 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85960>>. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26602/DF - Distrito Federal**. Mandado de Segurança. O abandono de legenda enseja a extinção do mandato do parlamentar, ressalvadas situações específicas, tais como mudanças na ideologia do partido ou perseguições políticas, a serem definidas e apreciadas caso a caso pelo Tribunal Superior Eleitoral. Rel. ministro Eros Grau. Julgamento em: 04 out. 2007. 2007a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>>. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26603/DF - Distrito Federal**. Mandado de Segurança. A subsistência dos atos administrativos e legislativos praticados pelos parlamentares infiéis: consequência da aplicação da teoria da investidura aparente- o papel do Supremo Tribunal. Rel. ministro Celso de Mello. Julgamento em 04 out. 2007. 2007b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121>>. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26604/DF - Distrito Federal**. Mandado de Segurança. Direito Constitucional e Eleitoral. Natureza jurídica e efeitos da decisão do Tribunal Superior Eleitoral- TSE na consulta 1.398/2007. Natureza e titularidade do Mandato Legislativo. Os partidos políticos e os eleitos no sistema representativo proporcional. Fidelidade partidária. Efeitos da desfiliação pelo eleito: perda do direito de continuar a exercer o Mandato Eletivo. Rel. ministra Cármen Lúcia. Julgamento em: 04 out. 2007. 2007c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=552057>>. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 22.610, de 25 de outubro de 2007**. O Tribunal Superior Eleitoral, no uso das atribuições que lhe confere o art. 23, XVIII, do Código Eleitoral, e na observância do que decidiu o Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Segurança nºs 26.602, 26.603 e 26.604, resolve disciplinar o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2007/RES226102007.htm>>. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta 1.398** - Brasília- DF. Resolução nº 22526 de 27/03/2007. Consulta. Eleições proporcionais. Candidato eleito. Cancelamento de filiação. Transferência de partido. Vaga. Agremiação. Resposta afirmativa. O Tribunal, por maioria, respondeu positivamente à Consulta, na forma do voto do relator. Julgamento em: 8 maio 2007. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>>. Acesso em: 02 set. 2020.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da argumentação jurídica**: Constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes do Direito Moderno. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COTTA, Maurizio. **Dicionário de Política**. 13. ed. Brasília: UnB, 2010. v. 2, p. 1105.

LEITE, Cassio Prudente Vieira. Transfugismo partidário e representação política. In: SALGADO, Eneida Desiree; DANTAS, Ivo (Coord.). **Partidos políticos e seu regime jurídico**. Curitiba: Juruá, 2013.

LOPES, Ana Maria D´Avila; BENÍCIO, Márcio. Análise da decisão judicial sobre a “briga de galos” (Adin nº 1. 856/2011) a partir da teoria argumentativa de Neil McCormick. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 10, n. 20, p. 37-58, 2015.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do Direito**. Trad. Waldéa Barcellos. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACCORMICK, Neil. **Argumentación e interpretación em el derecho**. DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, Espanha, v. 33, p. 65-78, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Claudia Rosane; JESUS, Ricardo Antonio Resende de. **Revista NEJ – Eletrônica**, v. 16, n. 2, p. 207-221, maio/ago., 2011.

MEZZAROBÀ, Orides. **Partidos políticos**. Curitiba: Juruá, 2010.

MORAES, Filomeno. Participação e representação na ordem constitucional brasileira: continuidades e descontinuidades. In: MORAES, Filomeno; SALGADO, Eneida Desiree; AIETA, Vânia Siciliano. (Org.). **Justiça Eleitoral, controle de eleições e soberania popular**. 1 ed. Curitiba, 2016, v. 1, p. 183-211.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; ROESLER, Claudia Rosane; BONAT, Debora. Decidir e argumentar: racionalidade discursiva e a função central do argumento. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 61, n.3, p. 213 – 231, set./dez. 2016.

RUBINGER-BETTI, Gabriel; ROESLER, Claudia. As limitações e possibilidades dos critérios avaliativos propostos por Neil MacCormick para a argumentação jurídica. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v.18, n. 1, p. 133-164, jan./abr. 2017.

SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SUMMERS, Robert S. Two Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common-Law Justification (1978). **Cornell Law Faculty Publications**. Paper 1194. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/1194>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

Katarina Karol Brazil de Melo Rocha - Mestra em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Especialista em Direito Constitucional pela ESMEC. Especialista em Marketing Político e Campanhas Eleitorais pela PUC/SP. Advogada. E-mail: katarinabrazil.adv@gmail.com.

José Filomeno de Moraes Filho - Professor (aposentado) da Universidade Estadual do Ceará. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Livre-docente em Ciência Política pela Universidade Estadual do Ceará. Parecerista. E-mail: filomenomoraes@uol.com.br.

FRAUDES À COTA DE GÊNERO NA PERSPECTIVA DO DIREITO ELEITORAL SANCIONADOR

Gender Quota Fraud from the Perspective of Electoral Sanctioning Law

Amanda Guimarães da Cunha
Luiz Magno Pinto Bastos Junior

Resumo: Para fomentar a participação feminina na política, o art. 10, § 3º, da Lei 9.504/97 impõe aos partidos políticos o dever de lançarem um mínimo de 30% de candidatas nos pleitos eleitorais. Entretanto, esse avanço na promoção formal da igualdade de gênero não foi acompanhado por mecanismos que coibissem o uso de “candidatas laranja”, nem de previsão legal que estabelecesse uma punição diante de seu descumprimento. Tal lacuna foi preenchida jurisprudencialmente, de forma que tais situações passaram a ser apuradas como fraudes às cotas de gênero ou como abuso de poder (político). Não obstante, a questão mais problemática diz respeito ao alcance da punição: se limitada àquelas e àqueles diretamente envolvidos no ilícito, aos vinculados ao partido político no qual ocorreu a fraude ou se deve atingir toda a coligação. A questão tramitou pelos tribunais regionais eleitorais do País, nos quais se formou o entendimento de que toda coligação deveria ser punida, tese acatada pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) no julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 193-92/PI. Com isso, estabeleceu-se uma fórmula de responsabilização objetiva, sem análises de elementos subjetivos para caracterização das condutas, tampouco com aferição do nexo de causalidade, o que permitiu inclusive que candidatas legitimamente eleitas fossem cassadas. O objetivo deste trabalho consistiu em analisar se a fórmula adotada e o alcance das punições são compatíveis com a garantia constitucional do devido processo legal, tendo em vista que se está diante do exercício do *jus puniendi* do Estado, qualificado como *direito eleitoral sancionador*. Chegou-se à conclusão de que a responsabilização pelo cometimento dessas fraudes não pode ultrapassar àquelas e àqueles que tenham concorrido diretamente para a perpetração do ilícito, podendo atingir excepcionalmente os filiados a partido político que tenham institucionalmente agido no sentido de fraudar a política afirmativa. Sustentam os autores que a solução fixada pelo TSE importa em malversação dos pilares democráticos e constitucionais e podem levar à autofagia da própria política afirmativa.

Palavras-chave: Cota de gênero. Candidaturas laranja. Responsabilização objetiva. *Direito eleitoral sancionador*.

Abstract: To encourage female participation in politics, art. 10, § 3º, of Law 9504/97 imposes that political parties must present a minimum of 30% of women candidates in the elections. However, this advance to promote gender equality was not accompanied by monitoring mechanisms to prevent parties from bending the rule nor legal provision to punish non-compliance. Jurisprudence has worked to fill this gap, and deviant practices – such as appointing candidates to comply with the quota who were not actually running, the so-called “non-viable candidates” – started to be investigated as fraud or abuse of power. Nevertheless, the most problematic issue concerns the scope of the punishment, i.e., whether restricted to those directly involved, the political party, or the electoral coalition. Brazil’s regional electoral courts have debated this issue, and the dominant understanding is that the whole coalition should be punished. The Superior Electoral Court (TSE) accepted this theory in the judgment of RESPE 19392/PI. Thus, an objective liability formula was established, without analyzing subjective elements to characterize the conduct and with no assessment of the causal link, which has led to the removal of legitimately elected female candidates. This study examines whether the formula adopted and the scope of the punishments were compatible with the due process, considering the exercise of the state’s *jus puniendi*, which is qualified as an electoral sanctioning right. The study concluded that the accountability for committing these frauds could not go beyond those who directly participated in the deviant practice, exceptionally reaching members of the party that institutionally contributed to distorting the affirmative policy. Based on these findings, we understand that the TSE’s decision incurs the malpractice of the democratic and constitutional pillars and may lead to autophagy of affirmative politics.

Keywords: Gender quota. Non-viable candidacies (“*candidaturas laranja*”). Orange candidates. Objective liability. Electoral sanctioning right.

Artigo recebido em 12 out. 2020 e aprovado em 21 out. 2020.

1 Introdução

Dos mais diversos setores da sociedade em que a desigualdade de gênero é flagrante, sem dúvida, a esfera política se destaca como das mais proeminentes e resistentes. É sabido que, historicamente, esse lugar não só não foi concebido para as mulheres, como o pacto social pela modernidade garantiu que a autodeterminação política fosse (e permanecesse) garantida somente aos homens brancos e proprietários (PATEMAN, 1993, p. 15-37).

Para fazer frente a este machismo histórico e estrutural, tanto das instituições em geral como, e em especial, dos partidos políticos, grandes responsáveis pela dificuldade da mulher em ascender aos cargos eletivos, desde a década de 90, algumas ações afirmativas têm sido efetivadas no País. Das mais proeminentes, a que determinou que ao menos 30% das candidaturas de cada partido fossem preenchidas por mulheres, o que ficou conhecida como a “cota de gênero” (art. 10, § 3º, da Lei 9.504/97 – Lei das Eleições -LE-, com a redação dada pela Lei n.12.034/2009).

Entretanto, apesar do avanço na promoção formal da igualdade de gênero, alcançar a concretude desta ação afirmativa não está sendo tarefa fácil. Isso porque, desde que foi estabelecida, constatou-se uma série de “fraudes” na sua execução, de forma que as mulheres ainda não estão, devidamente, ocupando esse espaço, tampouco essa política afirmativa tem conseguido alcançar o fim a que se propõe: ampliação das mulheres ocupando cargos eletivos. Tais situações começaram a ser rotuladas de “candidaturas laranja”, em que as mulheres preenchiam formalmente a respectiva cota, mas, na prática, não eram candidatas.

E é nesse contexto que surge a necessidade de intervenção da Justiça Eleitoral, a fim de resguardar a legitimidade e normalidade do pleito. Em tese, a averiguação da fraude deveria ocorrer quando do registro do Demonstrativo de Regularidade de Atos Partidários (DRAP), momento em que os partidos precisam, dentre outros requisitos, comprovar o preenchimento da cota de gênero. Entretanto, é muito difícil constatar esse tipo de irregularidade nesta fase, justamente porque ela praticamente só é possível de ser identificada no curso da campanha (SILVEIRA, 2019, p. 173).

Disso decorrem duas problemáticas: não há previsão legal de um outro momento específico em que se poderia constatar e investigar a fraude à cota de gênero, nem no que precisamente ela consiste, o que a caracteriza e qual o instrumento processual que melhor permite a sua aferição.

Para além das questões processuais, ou mesmo substantivas (configuração de fraude ou abuso), outras questões de suma importância devem ser verificadas, a análise das consequências da configuração do ilícito (sanções cominadas), notadamente quanto à extensão da cassação dos mandatos em relação àqueles (homens e mulheres eleitos) que não concorreram com a realização da fraude, tampouco tinham conhecimento dela.

Em relação às eleições de 2016, após ruidosas decisões de Cortes Regionais que determinaram a cassação de chapas inteiras pelo reconhecimento da fraude à cota de gênero, a questão chegou enfim ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE), no julgamento do Recurso Especial Eleitoral n. 193-92, do Estado do Piauí, de relatoria do ministro Jorge Mussi. O julgamento deste caso foi emblemático, não somente por se constituir em um *leading case* sobre a matéria, mas pela riqueza do debate travado no âmbito do Tribunal.

Nesse contexto, este estudo visa se debruçar sobre as fórmulas de imputação da responsabilidade eleitoral e a consequente extensão das sanções aplicadas na apuração das fraudes às cotas de gênero.

A pesquisa adota como método de investigação o “método dedutivo”, em face do qual a análise sobre a extensão de aplicação da sanção pela fraude à cota de gênero se insere no âmbito do *direito eleitoral sancionador* e, como tal, exige a estrita observância do devido processo legal, que se expressa, entre outras garantias, na necessidade de demonstração de dolo e/ou culpa e de nexo de causalidade para imputação de responsabilização. Ou seja, na impossibilidade, considerando-se tratar de imposição de sanção que restringe direitos políticos fundamentais e a própria soberania popular, de uso das fórmulas de responsabilização objetiva.

Na primeira seção, é feito um breve levantamento dos primeiros mecanismos de ação afirmativa voltados à inclusão das mulheres na política até a promulgação da Lei n. 12.034/2009, com especial ênfase na criação da exigência de destinação de 30% das candidaturas às mulheres (art. 10, § 3º, da Lei 9.504/97). Além disso, é feita uma apresentação geral sobre as características gerais que passaram a caracterizar as “fraudes” às cotas, tendo em vista a ausência de regulamentação legal nesse sentido.

Na seção seguinte, é realizado um detalhamento dos principais argumentos exarados no julgamento do REspe n. 19392 do TSE, em especial no que diz respeito às fórmulas de responsabilização eleitoral e a delimitação dos beneficiários das fraudes, que levou a Corte Superior a concluir pela aplicação da cassação dos mandatos de toda a chapa.

Na última seção, é especificamente analisada a legitimidade das decisões proferidas e, tendo em vista o seu enquadramento como *direito eleitoral sancionador*, defende-se que as mesmas, com o sentido que lhes é atribuído neste artigo, afrontam ao devido processo legal.

Nas conclusões, enfrenta-se e se desconstrói o argumento de que a referida decisão promove a ação afirmativa em prol da maior participação das mulheres na política. Ainda são sintetizadas as conclusões parciais discutidas no trabalho, chamando a atenção para o fato de que, em se tratando de *direito sancionador*, deve-se assegurar aos sancionados (e, em especial, às sancionadas) um conjunto de garantias de defesa e de limites para imposição da responsabilidade eleitoral, tendo em vista que jamais se pode perder de vista que a declaração de fraude à cota de gênero (e a cassação dos mandatos respectivos) representa uma faceta do exercício do *jus puniendi* estatal.

2 “Evolução” histórica da reserva de cotas de gênero para candidaturas

As políticas de ação afirmativa para fomentar a participação política da mulher ganharam lugar na agenda nacional após a *IV Conferência Internacional sobre a Mulher*, de 1995, realizada pela Organização das Nações Unidas, em Pequim. Nesta Conferência paradigmática, todos os países que lá se reuniram, entre os quais o Brasil, comprometeram-se a adotar mecanismos destinados ao fomento da participação das mulheres nos órgãos governamentais dos países signatários (ONU, 1995).

Prontamente, houve uma mobilização por parte de parlamentares e ativistas brasileiras para que algumas ações fossem implementadas a tempo das eleições de 1996. Isso culminou com a aprovação da Lei n. 9.100, em 29 de setembro de 1995, que instituiu a cota mínima de 20% para candidaturas femininas aos partidos políticos (PIMENTEL FILHO; RODRIGUES, 2017, p. 131-133; MELO, 2018).

Apesar da grande novidade que a lei impôs, ela encerrou duas sutis artimanhas que acabaram por reduzir o impacto concreto dessa norma, quais sejam: (a) o número de candidaturas passou de 100% do número de vagas a preencher no parlamento para 120% (o que, na prática, não exigiu que os partidos “reduzissem” as candidaturas masculinas naquele pleito); e (b) o limite a ser preenchido por candidatas mulheres (20%) tinha como referência o número máximo de candidaturas a serem registradas abstrata-

mente, ou seja, se houvessem 10 cargos em disputa, como o partido poderia inscrever 12 candidatos, era obrigado a deixar 3 vagas reservadas para mulheres (já que 3 vagas é o número inteiro que corresponde a 20% de 12 vagas). Ou seja, o partido poderia lançar 9 homens e nenhuma candidata mulher e, ainda assim, estaria respeitando as vagas “reservadas” às mulheres, nos termos da lei. É por esta razão que se referem à norma como se ela tivesse um caráter opcional (RODRIGUES, 2017, p. 31).

Em 30 de setembro de 1997, com a promulgação da lei que deveria ser a Lei Geral das Eleições (n. 9.504), o percentual foi ampliado para 30% (art. 10, § 3º), tendo sido igualmente ampliado para 150% o número de candidatos que poderiam ser registrados por partidos políticos ou coligações (NORONHA, 2016, p. 64; SILVA; SANTOS, 2015, p. 439). Portanto, o mesmo “problema” resultante da política de reserva de candidaturas, acabou por reduzir o estímulo legal ao preenchimento de vagas por candidatas mulheres, dada a sua “facultatividade”.

Em essência, portanto, não houve diferença significativa entre as referidas normas, tendo em vista que apenas houve, na prática, um aumento do percentual de 120% para 150% do número de candidatos, bem como continuou não existindo quaisquer sanções para seu descumprimento (NORONHA, 2016, p. 65; SILVA; SANTOS, 2015, p. 439-440).

Somente com a edição da Lei n. 12.034/2009 é que o ordenamento jurídico brasileiro passa a adotar mecanismos um pouco mais incisivos destinados à promoção da participação feminina na política mediante, dentre eles destaca-se a inclusão de um comando obrigatório aos partidos para que inscrevessem efetivamente um “percentual mínimo de candidaturas femininas” nos pleitos eleitorais (alteração da redação do § 3º do art. 10 da Lei das Eleições, quando a expressão “deverá reservar¹” foi substituída pela expressão “preencherá²”, o que atribuiu caráter cogente à norma, eliminando de vez quaisquer dúvidas acerca de sua obrigatoriedade (NORONHA, 2016, p. 24).

¹ Art. 10, § 3º: “Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação **deverá reservar** o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo”.

² “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”.

No que diz respeito à modificação literal relacionada à cota dos 30%, isso motivou também alteração na jurisprudência sobre o tema pelo TSE, que passou a considerar a necessidade de observância do número de candidatos apresentados pelo partido/coligação para fins do cálculo do percentual mínimo exigido por gênero (SILVA; SANTOS, 2015, p. 440).

Apesar da exigência de 30% de vagas por gênero, garantida pela Lei 12.034/2009, os resultados dessa política afirmativa se mostraram pouco significativos, conforme se apontou de forma introdutória. Apesar do pequeno avanço na representatividade, à medida em que a exigência legal passou a ser cobrada e as sanções pelo descumprimento aplicadas pela Justiça Eleitoral, o que se verificou foi um efeito reverso: uma série de artifícios utilizados pelos partidos políticos para se eximirem da obrigação ou de cumpri-la apenas formalmente, conforme aponta pesquisa das professoras Malu Gatto, da University College London, e Kristin Wylie, da James Madison University (PASSARINHO, 2019)³.

Segundo o levantamento, houve um aumento no uso de candidaturas femininas fictícias entre os anos de 2008 e 2018, culminando com 35% de “laranjas” nas últimas eleições, como resposta à mudança na lei de cotas, ao contrário do que se esperava da ação afirmativa (PASSARINHO, 2019). Fato impulsionado muito provavelmente pela destinação de verbas específicas para campanhas femininas, a partir do exclusivo financiamento público de campanhas estabelecido em 2018 (SANTANO; TAILANI; BASTOS JR, 2019).

Os partidos e/ou coligações acabam por lançar candidatas apenas para cumprir o mínimo legal, dando-lhes pouco ou nenhum apoio e tornando suas candidaturas inviáveis, quando não são efetivamente “figu-

³ Não foi possível acessar diretamente o estudo realizado, tendo em vista que a reportagem não fez a devida referência, tampouco indicou link de acesso ao estudo. As demais reportagens encontradas só replicaram a original desenvolvida pela BBC. No currículo pessoal da pesquisadora Malu Gatto também não consta referência ao estudo (Disponível em: <<https://www.malugatto.com/publications>>.), somente menção à reportagem aqui citada (<https://www.malugatto.com/media>), tampouco na de Kristin Wylie (Disponível em: <https://www.jmu.edu/polisci/downloadable_materials/Wylie_CV.pdf>). Encontrou-se somente um estudo desenvolvido por esta, junto a diferentes coautores, em que também chegou à conclusão do aumento no uso de candidaturas laranja à medida de implementação das cotas, mas considerando dados de até 2016. (Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762019000100001). Acredita-se, diante disso, que o levantamento tenha sido feito realmente a pedido da BBC para fins jornalísticos.

rantes” (RAMOS, 2017, p. 07). Essas modalidades se encaixam no que se cunhou chamar de “candidaturas femininas fictícias”, que em geral podem se configurar a partir de alguns fatores como a não realização de atos de campanha, não recebimento de doações e/ou nem de votos, sequer o próprio (RAMOS, 2017, p. 07).

Pode-se dizer que candidatas “laranja”, para fins eleitorais, são as candidaturas lançadas somente para preencher a cota de gênero instituída pela Lei das Eleições e como meio para a aplicação de recursos públicos de financiamento de campanha em benefício de outros candidatos [masculinos] do partido e/ou coligação (NASCIMENTO; MOREIRA, 2019, p. 170).

Segundo decidiu o TSE, no REspe 149, também do Estado do Piauí, a fraude à cota de gênero é passível de ser perpetrada, portanto, não somente pela simulação de candidaturas de mulheres que sequer sabiam dessa condição, como também pela indicação meramente formal dessas aos cargos proporcionais (ANDRADE NETO; GRESTA; SANTOS, 2018, p. 240).

Tendo em vista a falta de previsão legal que estabelecesse a fraude à cota de gênero como um tipo específico de ilícito eleitoral, bem como, e consequentemente, quais atos a caracterizariam, a solução foi dada, segundo já apontado, pela via jurisprudencial. O que acarreta, dentre outros fatores, numa atividade *ex post facto* dos tribunais, quando estabelecem, diante dos casos concretos, o que caracteriza ou não a fraude à cota de gênero, considerando-se essa como uma modalidade de fraude ou de abuso de poder *lato sensu*. Tal característica é comum a essas categorias de ilícitos eleitorais, em especial às condutas relacionadas ao abuso de poder, o que foi já alvo de maiores aprofundamentos em outras ocasiões⁴. Como se defende neste trabalho, a aplicação automática de fórmulas de responsabilização objetiva, empregadas para a configuração das fraudes às cotas de gênero, são ainda mais graves nesse contexto, porquanto sua definição e alcance sequer se encontravam jurisprudencialmente delimitadas anteriormente às eleições de 2016.

⁴ A problemática ao redor do tratamento dos ilícitos eleitorais como ilícitos civis, com a consequente adoção de uma tipicidade aberta e amplo poder na mão dos julgadores para defini-los, foram trabalhados de forma mais ampla anteriormente em sede de Monografia (CUNHA, 2019, p. 48-58), bem como de forma específica no artigo *A natureza sancionatória dos ilícitos eleitorais não criminais*, destes autores, apresentado no XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (CUNHA, BASTOS JR, 2019).

Diante disso, e do surgimento desses novos fatos jurídicos relacionados à realização dos pleitos eleitorais, as lacunas foram sendo colmatadas pelos tribunais regionais eleitorais do País, até que sobreveio a decisão do Tribunal Superior Eleitoral, objeto de análise deste artigo.

3 Trajetória judicial para fixação da extensão das sanções por fraude à cota de gênero e o REspe 193-92 do Tribunal Superior Eleitoral

Os primeiros casos ajuizados relacionados a fraudes às cotas de gênero, conforme já mencionado preliminarmente, ocorreram no Estado do Piauí⁵. Apesar de o mérito das questões não ter sido analisado na ocasião, foi graças a esses casos que o TSE fixou, pela primeira vez em 2015, no já citado REspe 149, que tais situações poderiam ser caracterizadas como fraudes e apuradas mediante AIME⁶. Posteriormente, em 2016, no REspe 243-42, proveniente mais uma vez do Piauí, o TSE entendeu que essas situações poderiam se enquadrar como formas de abuso de poder, podendo ser apuradas também mediante a Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) para suprir a necessidade de se apurar as condutas entre o registro do DRAP e a diplomação dos eleitos⁷.

⁵ RCED n. 404/PI e AIME n.149/PI.

⁶ RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO. CORRUPÇÃO. FRAUDE. COEFICIENTE DE GÊNERO. [...] 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. Recurso especial provido. (Recurso Especial Eleitoral n. 149, acórdão, relator: min. Henrique Neves da Silva. Publicação: DJE - **Diário de justiça eletrônico**, 21 out. 2015. p. 25-26).

⁷ RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. FRAUDE. PERCENTUAIS DE GÊNERO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. [...] 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. [...]. (Recurso Especial Eleitoral n. 24342. Acórdão. Relator: min. Henrique Neves da Silva. Diário de justiça eletrônico, Tomo 196, 11 out. 2016. p. 65-66).

Ultrapassadas as delimitações processuais e conceituais, não sem as respectivas (e devidas) críticas e a persistência das problemáticas decorrentes do entendimento firmado nesses aspectos⁸, a partir das eleições de 2016, uma série de ações foram ajuizadas perante os diferentes órgãos da Justiça Eleitoral brasileira.

A partir do momento em que o TSE chancelou a possibilidade de aferição de fraude à cota de gênero (quer seja através de AIMEs, quer seja por meio de AIJEs), a controvérsia (doutrinária e jurisprudencial) passou a gravitar sobre dois aspectos centrais, quais sejam: os critérios para a configuração da fraude e o alcance das decisões judiciais que a reconhecem.

Entre as Cortes Regionais que declararam a existência da fraude à cota de gênero (Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, de Santa Catarina, do Rio Grande do Sul e do Piauí⁹), quanto às consequências deste reconhecimento, as decisões foram uníssonas: deveria ser determinada a cassação de todos os integrantes da chapa (mandatários ou não), como decorrência lógica da desconstituição do próprio DRAP, sendo sancionado pela cominação da inelegibilidade somente àqueles que concorreram ou consentiram dolosamente com a fraude.

O caso, enfim, chegou ao TSE. Nas proximidades do julgamento do paradigmático REspe 193-92, de pronto formou-se uma corrente majoritária apoiando a tese de “cassação de todo mundo senão essa ação afirmativa de defesa das mulheres não terá efeito nenhum e distorcerá o cálculo de representação paritária” (SILVEIRA, 2019, p. 164).

O REspe em questão analisou em conjunto três recursos referentes às eleições proporcionais de 2016, do Estado do Piauí, e a decisão se deu em torno de quatro aspectos, que podem ser resumidos da seguinte forma:

a) o não reconhecimento de litisconsórcio passivo necessário na demanda para inclusão dos dirigentes partidários, pelo fato de não haver provas de que tinham conhecimento ou anuíram com as fraudes¹⁰;

⁸ Dentre os posicionamentos da doutrina, destaca-se o excelente artigo escrito por João Andrade Neto, Roberta Gresta e Polianna Santos (2018) sobre o assunto.

⁹ RECURSO n. 37054/SP; RDJE n. 234/SC; RE n. 49585/RS.

¹⁰ “[...] 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 [...]” (REspe n. 19392).

- b) a exigência de provas robustas para caracterização da fraude¹¹;
- c) a impossibilidade de cassação dos candidatos ao pleito majoritário, por não se demonstrar que a higidez do pleito foi afetada¹²; e
- d) a delimitação das consequências jurídicas das fraudes, que implica na cassação de toda a chapa, considerando-se todos os candidatos beneficiários, sem a necessidade de comprovação de quaisquer aspectos subjetivos, que devem ser averiguados apenas para a imposição da sanção de inelegibilidade¹³.

Atendo-se ao objeto maior deste estudo, far-se-á algumas delimitações adicionais acerca das consequências jurídicas do cometimento da fraude à cota de gênero e a forma de imputação da responsabilização eleitoral.

Os argumentos centrais da tese vencedora, adotada pelos ministros Jorge Mussi, Tarcísio Vieira, Roberto Barroso e Rosa Weber, foram os seguintes: a) os ilícitos do art. 22, inc. XIV da Lei Complementar 64/90, dos quais

¹¹ “[...] 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 [...]” (REspe n. 19392).

¹² “[...] 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.[...]” (REspe n. 19392).

¹³ “[...] 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.[...]” (REspe n. 19392).

fariam parte as fraudes às cotas de gênero, dispensam quaisquer análises de participação ou anuência, bem como de elementos subjetivos, acarretando na cassação de todos os beneficiados; b) aqueles que cometeram, participaram, anuíram ou tiveram conhecimento da fraude, além de terem seus mandatos cassados, também são declarados inelegíveis; e c) o que está em jogo são os bens jurídicos não só de igualdade na disputa, mas também de legitimidade, normalidade e lisura do pleito, que seriam afetados pela fraude.

Ainda, merece destaque a defesa de que a não cassação de toda chapa, mas somente as candidatas fraudulentas, estimularia os partidos e as coligações a usar o mesmo artifício em outras eleições, tendo em vista o reaproveitamento dos votos em favor da legenda, nos termos do art. 175, § 4º do Código Eleitoral (CE) (TSE, 2019b, p. 37 e 126). Entretanto, ao mesmo tempo, reconhece-se que essas candidatas poucos ou nenhum voto teriam, o que também, segundo alegado pelo relator, estimularia os partidos a usar o artifício, pelo mesmo argumento de que se fossem vir a ser cassadas, não haveria grandes prejuízos para os cálculos de quociente eleitoral (TSE, 2019b, p. 80). Ou seja, por esse aspecto, não subsiste lógica que valide o raciocínio adotado.

Divergindo da maioria, inicialmente o ministro Edson Fachin pontua que a fórmula de responsabilidade objetiva adotada para os casos de abuso de poder do art. 22, XVI, da LC 64/90 se justifica porque impactam na formação da vontade do eleitor e acarretam um desequilíbrio da disputa, o que não ocorre com as cotas de gênero (TSE, 2019b, p. 71).

Discorre que a fraude à cota de gênero não guarda relação com a isonomia entre as candidaturas, pois tem objetivo de fomentar a participação feminina na política, não afetando, portanto, a igualdade da disputa (TSE, 2019b, p. 72). Dessa forma, defende que aqueles que não anuíram nem participaram da fraude à cota de gênero não podem ser equiparados àqueles que são favorecidos pelo abuso praticado por terceiro, nos moldes previstos (TSE, 2019b, p. 72). Ou seja, nas hipóteses tradicionais de abuso, o próprio jogo político está viciado pelo ilícito, desnivelando os concorrentes, enquanto que na fraude à cota de gênero a violação se dá a uma política afirmativa (TSE, 2019b, p. 72). Por essa especificidade, ressalta que a apuração dessa deve ter um regime próprio, que não afete o próprio equilíbrio de forças na disputa e a soberania popular e respeite a importância dos direitos políticos (TSE, 2019b, p. 72-73). Como solução, o ministro defende a aplicação das sanções somente àqueles diretamente envolvidos na fraude (TSE, 2019b, p. 74).

Apesar de seguir o relator em alguns aspectos, no que diz respeito à imposição e extensão das sanções, o ministro Og Fernandes acompanha o ministro Fachin e defende que, diferente dos casos tradicionais de abuso de poder, com impacto na legitimidade e normalidade do pleito, nas fraudes às cotas a regra ocorre o inverso: há um desconhecimento quanto à fraude por parte dos demais candidatos, tendo em vista que essas costumam ocorrer no mais absoluto sigilo (TSE, 2019b, p.104 e105). E ainda: que, em verdade, os demais candidatos possuem é prejuízo com tais candidaturas, tendo em vista a importância dos votos a serem conquistados numa eleição proporcional (TSE, 2019b, p. 106).

Conclui por dizer que o mero benefício de participar da legenda/coligação não se subsume ao do art. 22, inc. XIV da LC 64/90, devendo ser responsabilizado apenas aquele que tiver conhecimento e/ou anuência do ilícito praticado, chamando a atenção para o fato de que adotar tal fórmula seria decretar o instituto da responsabilização sem previsão legal (TSE, 2019b, p. 106 e 107). Ou seja, nos casos de apuração de fraude à cota de gênero não é possível a presunção do conhecimento dos demais candidatos, dada a substancial diferença quanto à natureza do benefício obtido (TSE, 2019b, p. 107).

Na esteira desse entendimento, também o ministro Sérgio Banhos salienta que as decisões relacionadas às fraudes não podem desconsiderar o elemento subjetivo dos acusados, reforçando que isso, considerando toda complexidade de formação de coligações e divisão de atribuições aos envolvidos nas eleições, fere diretamente a soberania popular e a própria normalidade do pleito (TSE, 2019b, p. 145). Chama a atenção para a necessidade de proporcionalidade e equilíbrio na atuação da Justiça Eleitoral, para que essa não promova distorções, inclusive com a cassação de mandatárias eleitas, de forma que a aplicação de sanções deve ser correspondente ao limite de responsabilidade ou anuência (TSE, 2019b, p. 146).

Por fim, de importante destaque, o ministro ressalta acertadamente que se a fraude fosse descoberta durante o processo de registro ou mesmo durante a campanha, haveria a possibilidade de redução das candidaturas de outro gênero ou de reajustes, podendo a coligação ser preservada (TSE, 2019b, p. 147), demonstrando mais uma vez a desproporcionalidade da cassação por completo da chapa.

Entretanto, apesar dessa decisão proferida pelo TSE, o debate está longe de ser considerado superado. Tramita perante o Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6338, propos-

ta pelo partido Solidariedade, com pedido cautelar, para que se interprete o art. 10 § 3º da Lei 9.504/97 conforme a constituição, ou que se declare sua inconstitucionalidade sem redução de texto, quando combinado com o art. 22, XVI, da Lei Complementar 64/90, nos casos de abuso de poder decorrentes das fraudes à cota de gênero.

Em linhas gerais, pleiteia-se nessa ADI que não haja responsabilização objetiva das chapas, devendo a sanção ser restringida à agremiação partidária da candidata “laranja” e àqueles que comprovadamente tiverem contribuído ou consentido com o abuso. Dentre os principais argumentos levantados está justamente a teoria do impacto desproporcional da decisão do TSE no REspe 192-32 sobre o objetivo da política afirmativa, que é o aumento da participação feminina na política, notadamente pela cassação de mandatos de mulheres legitimamente eleitas por conta do entendimento de que se deve punir toda coligação, bem como pelo ônus de terem que fiscalizar a escolha dos dirigentes partidários, que são os principais responsáveis pela definição de candidatos e candidatas e são os que assinam a regularidade do DRAP.

Muito embora a partir das eleições de 2020 não haja mais coligações para as eleições proporcionais, os precedentes expostos acima estão aptos a influenciar diversos julgamentos ainda pendentes nos tribunais eleitorais do país. Desse modo, considerando-se que a desconstituição do DRAP por fraude à cota de gênero e o correlato sancionamento (destituição dos mandatos e cominação de inelegibilidade) são exercidos como desdobramento do *jus puniendi* estatal, passar-se-á no próximo tópico a refletir sobre a questão pela perspectiva do *direito eleitoral sancionador*, a fim de fornecer subsídios que contribuam para encontrar uma saída para essa questão, que seja compatível com a ordem constitucional e convencional vigentes.

4 A cassação da coligação partidária por violação ao art. 10, § 3º, da Lei 9.504/97 na perspectiva do direito eleitoral sancionador

A questão que está aqui a se enfrentar é a imputação de sanções àqueles ou àquelas das quais não se pode identificar ou extrair elementos que comprovem a participação direta, indireta e/ou anuência com a fraude cometida. Exclui-se dessa análise, por óbvio, a imputação de sanções a todas e todos que contribuíram com o ilícito, correligionários partidários ou

coligados, pois comprovada a ação ou omissão, dolosa ou culposa, que contribuiu para a fraude às cotas, justifica-se a responsabilização. O problema reside na fórmula que o TSE adotou para imputar as sanções por fraudes às cotas de gênero para além desses parâmetros, que excluiu a análise de quaisquer elementos subjetivos para aferição das condutas.

Longe de ser uma inovação do tribunal, a forma de processamento desses ilícitos, aos quais a fraude à cota de gênero foi acrescida, segue uma lógica civilista, sendo tratados, portanto, como se meros ilícitos civis o fossem, apesar de sua incontestável natureza sancionatória (CUNHA, 2019, p. 53; CUNHA; BASTOS JR, 2019a, p. 263). Aplica-se, diante disso, em muitas situações, o regime de distribuição do ônus da prova e dos elementos probatórios associados às ações voltadas a reparações de danos na esfera privada, de forma desarrazoada, desproporcional e incompatível com a natureza desses institutos, segundo já vem sendo alertado¹⁴.

Essa ênfase atribuída à natureza “cível” contribui para que, em nome da preservação da legitimidade da disputa eleitoral, se promovam restrições ao exercício do devido processo legal que se mostram absolutamente inaceitáveis com a ordem constitucional vigente e com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos (CUNHA, 2019, p. 49; CUNHA; BASTOS JR, 2019a, p. 263).

Isso fica demonstrado quando se analisa as fórmulas adotadas para a responsabilização eleitoral, brevemente demonstradas para apuração das fraudes às cotas de gênero, em que a análise dos elementos subjetivos foi simplesmente descartada.

A situação se torna ainda mais grave quando essas fórmulas são aplicadas aos supostos beneficiários, quando não há sequer a demonstração de nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso sobre o bem jurídico tutelado pela norma eleitoral, que autorizaria a responsabilização do candidato (CUNHA, 2019, p. 55; CUNHA; BASTOS JR, 2019a, p. 268). Ou seja, admite-se cassar um mandato legitimamente conferido nas urnas, em razão da prática de atos cometidos por terceiros, sem qualquer prova sobre a participação na (ou conhecimento sobre a) ilicitude pela candidata (SALGADO; VALIATI; BERNADELLI, 2016, p. 337).

Adota-se nessas situações, em verdade, uma teoria do risco integral para imputação eleitoral, que torna a candidata, mesmo que sem qualquer conhecimento prévio ou participação, responsável por todos os atos

¹⁴ Vide nota de rodapé n. 4 e os estudos de Silveira (2017), (2019), (2019a).

praticados em sua campanha eleitoral (SILVEIRA, 2017, p. 37). As condutas de abuso de poder não dispensam, expressamente, o nexo de causalidade ou o elemento subjetivo para responsabilização do beneficiário do ato ilícito, limitando-se a dizer que será a eles imposta a perda de seus mandatos (SILVEIRA, 2017, p. 39).

Esse aspecto ganha maior relevância com a temática de fundo deste estudo. Esse “dever” de zelar pelos atos de todos que atuam na campanha eleitoral impõe um dever sobremaneira excessivo, especialmente sobre as candidatas, que já enfrentam uma série de dificuldades e obstáculos a mais do que os homens ao terem que lidar com todas as formas de machismo estrutural dos partidos políticos e da própria sociedade perante a qual precisam realizar suas campanhas.

Além disso, as mulheres possuem pouco ou nenhum poder decisório na liderança e direção dos partidos, sendo necessária recente intervenção judicial para que a exigência das cotas de gênero fosse estendida para as eleições dos órgãos partidários¹⁵, de forma que em hipóteses muito remotas teriam condições de saber ou mesmo anuir com quaisquer fraudes. Uma decisão dessa, tomada supostamente para protegê-las, se torna mais um peso que as mulheres passam a carregar no já árduo caminho que percorrem até o cargo eletivo.

Diante disso, há uma clara ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sem base normativa específica nem para as formas “tradicionais” de abuso de poder e/ou fraude e menos ainda para as fraudes às cotas. O uso dessa teoria excepcionalíssima segue, conforme já alertado por Silveira (2017, p. 39 e 40), sem quaisquer justificativas por parte do TSE, o qual reitera apenas que “a cassação busca restabelecer a legitimidade do processo eleitoral, ainda que o ilícito tenha sido praticado por terceiro”.

No caso das cotas de gênero, segundo demonstrado, sequer essa legitimidade é atingida, pois o que a norma protege é a ação afirmativa em prol da materialização do princípio da igualdade para promover as mulheres na política (SILVEIRA, 2019, p. 172).

Nesse contexto generalizado de desrespeito ao devido processo legal que vigora na seara eleitoral, é imprescindível reafirmar o efeito que

¹⁵ Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Maio/tse-entender-ser-aplicavel-reserva-de-genero-para-mulheres-nas-eleicoes-para-orgaos-partidarios>>.

decisões como essas acarretam no cerceamento de um direito fundamental de tamanha importância, que é o próprio direito de sufrágio (CUNHA, 2019, p. 57; CUNHA; BASTOS JR, 2019a, p. 270). Por tais motivos, decisões que impliquem em inelegibilidade, cassação de registro ou diploma deveriam ser revestidas de maiores proteções e respeitar limites estritos, devendo o Poder Judiciário intervir em casos extremos, visando garantir a livre formação e manifestação do voto, mas nunca para alterar a vontade do eleitor (SALGADO; VALIATTI; BERNADELLI, 2016, p. 345 e 346).

Conforme demonstrado, pesou mais na balança da Justiça Eleitoral a suposta proteção de legitimidade do pleito, com a tomada de uma decisão que não observou as regras do devido processo legal, culminando com sanções de tamanha gravidade e em detrimento da própria política afirmativa em favor das mulheres, pois duas delas, legitimamente eleitas, também tiveram os mandatos cassados¹⁶. Ou seja, um absoluto contrassenso, uma autofagia da ação afirmativa e um desincentivo à participação das mulheres (SILVEIRA, 2019, p. 165).

Inclusive, esse foi um argumento central levantado na ADI 6338 pelos peticionários, o qual foi rebatido pela Associação Visibilidade Feminina que, como *amicus curiae* no processo, alegou que não havia sido apontado nenhum caso em que mulheres legitimamente eleitas teriam sido afetadas pela extensão das punições a toda chapa (2020, p. 15). A realidade, conforme apontado, milita em sentido contrário.

Defende-se neste trabalho que, como quaisquer outras sanções aplicadas pela Justiça Eleitoral às agremiações partidárias ou candidatos (as) em função do descumprimento de regras legais, as punições decorrentes das fraudes às cotas de gênero devem igualmente ser compreendidas como exercício do *jus puniendi* estatal e, como tal, ensejam a aplicação daquilo que, em outra oportunidade, se convencionou chamar como *direito eleitoral sancionador* (CUNHA, 2019, p. 59; CUNHA; BASTOS JR, 2019, p. 204)^{17 18}.

¹⁶ Fátima Caetano, filiada ao PTC, e Ariana Rosa, filiada ao partido PMN, tiveram seus mandatos cassados por conta da identificação de fraudes às cotas de gênero em outros partidos que compuseram as coligações de que fizeram parte, Compromisso com Valença I e II, respectivamente, nas eleições de 2016, na cidade de Valença/PI.

¹⁷ Frederico Franco Alvim (2019, p.135) também se utiliza desta expressão para classificar o ramo ao qual pertencem todos os ilícitos eleitorais, sem, contudo, se debruçar sobre o conceito.

¹⁸ Rodrigo Lopez Zílio, em recente obra, também se utiliza dessa expressão para defender a individualização do Direito Eleitoral como ciência autônoma, de status constitucional,

O *direito eleitoral sancionador* pode ser qualificado como um ramo do contencioso eleitoral que visa à apuração de uma conduta antijurídica em face da qual o Estado aplica uma sanção que pode consistir na imposição de uma obrigação de conduta (*facere* ou *non facere*), na cominação de sanção pecuniária, na imputação de uma medida restritiva de direitos (entre as quais se destacam as inelegibilidades) e/ou, ainda, na cassação de um registro ou de um mandato resultante do exercício de sufrágio eleitoral (CUNHA, 2019, p. 50; CUNHA; BASTOS JR, 2019, p. 205).

Como todo processo de natureza sancionatória, o contencioso eleitoral voltado à apuração da imputação de condutas qualificadas como ilícitos eleitorais exige a estrita observância de garantias processuais ínsitas ao devido processo legal, sob pena de grave malversação de um dos pilares da ordem constitucional vigente, inerente à regra de ouro do Estado de Direito (CUNHA, 2019, p. 50; CUNHA; BASTOS JR, 2019, p. 205).

Por derradeiro, quanto mais severas são as sanções passíveis de serem aplicadas aos imputados, tanto mais efetivas devem ser as garantias de defesa que lhes devem ser asseguradas (CUNHA, 2019, p. 50; CUNHA; BASTOS JR, 2019, p. 205). Isso porque tais ilícitos, em que pese não estarem previstos como crimes, em muitas situações preveem sanções mais severas que muitas sanções cominadas aos ilícitos penais eleitorais, assim como, em diversos contextos, protegem bens jurídicos semelhantes em seu grau de importância ao adequado funcionamento das regras do jogo democrático (CUNHA; BASTOS JR, 2019, p. 205).

Diante disso, defende-se como premissa teórica que não há (ou não deveria haver) diferenças substanciais no que diz respeito ao regime de produção probatória, de ampla defesa e contraditório, do direito a um recurso eficaz, à segurança jurídica, à exigência de elemento subjetivo (dolo e/ou culpa) e demais garantias inerentes ao devido processo legal para imputação de sanções.

Ao qualificar que a aplicação de uma sanção (no caso, a cassação de mandato legitimamente conferido pelas urnas por conta da identificação de

com ênfase na defesa de um regime próprio de responsabilização eleitoral independente da esfera penal ou administrativa (2020, p. 77-93). Partindo dos pressupostos de que os direitos políticos são direitos fundamentais, da contramajoritariedade das decisões da Justiça Eleitoral, da problemática ao redor do amplo poder instrutório conferido pelo art. 23 da Lei de Inelegibilidades, propõe alguns critérios de conformação democrática às decisões eleitorais no contexto do *direito sancionador eleitoral*. Entretanto, ainda o faz por uma perspectiva cível e não sancionatória.

fraude às cotas de gênero estabelecidas pelo art. 10, § 3º, da Lei 9.504/97), se insere no âmbito do *direito eleitoral sancionador*, se está a reclamar que deva ser aplicado aos candidatos e candidatas um conjunto de garantias processuais próprias inerentes a esse ramo do direito¹⁹.

Na falta de estudos mais aprofundados acerca da manifestação do *jus puniendi* estatal direcionados à esfera eleitoral entre os autores nacionais²⁰, recorreu-se a autores mexicanos que, provocados pela necessidade de diferenciação entre o contencioso administrativo e judicial eleitoral que ocorre naquela jurisdição, já se ocupam em construir identidade própria a esse ramo (ÁLVAREZ GONZALEZ, 2009; VÁZQUEZ RANGEL, 2012; ROSETTE SOLÍS, 2012).

Nesse contexto, entre as garantias do devido processo apontadas por tais autores, defende-se que para caracterização dos ilícitos eleitorais, dos quais fazem parte as fraudes às cotas de gênero, deve-se exigir de forma imperiosa a identificação de elemento subjetivo (VÁZQUEZ RANGEL, 2012, p. 54; ALVARÉZ GONZALEZ, 2009, p. 41 e 42). Defende-se, ainda, que o dolo deve ganhar o papel predominante, relegando a culpa (sempre culpa grave) para hipóteses mais restritas, conforme a gravidade das pe-

¹⁹ Também no estudo ampliado realizado em sede de Monografia, a individualização e caracterização do direito eleitoral sancionador, bem como algumas premissas teóricas para a construção de um modelo processual compatível, foram desenvolvidas de forma mais aprofundada (CUNHA, 2019, p. 67-74).

²⁰ É digno de nota que Fernando Gaspar Neisser, ao se debruçar sobre um modelo intermediário de imputação subjetiva para as improbidades administrativas, situado entre o Direito Penal e o Direito Civil, construído a partir da ideia de sanções civis punitivas, denominado *middleground*, considerou que este seria aplicável às ações eleitorais, por justamente reconhecê-las como sancionatórias (2018, p. 151 – nota de rodapé n. 497). Na tese, defendeu ainda que a gravidade das sanções (aptas a atingirem os direitos políticos fundamentais) concorre para que o dolo deva ser considerado como elemento imprescindível para a configuração do ato de improbidade administrativa, de forma que somente a reserva legal poderia instituir exceções a serem interpretadas restritivamente, dispensando-se dessa forma quaisquer mecanismos de responsabilização objetiva ou presunção de culpa (NEISSER, 2018, p. 205-252). Paulo Henrique dos Santos Lucon (2016), em estudo sobre a conduta de captação ilícita de sufrágio do art. 41-A da Lei das Eleições, também defende que a imputação dos ilícitos eleitorais não pode prescindir do elemento dolo. É bem verdade que o faz de forma específica à conduta de captação ilícita de sufrágio, cujo dolo específico está previsto na LE (art. 41-A § 1º), mas sua fundamentação se dá ao redor do fato de que uma cassação de mandato ou registro não pode se dar por mera probabilidade, devendo se basear em elementos que permitam ao julgador firmar sua convicção além de qualquer dúvida razoável e somente com presunção de dolo, raciocínio que poderia se aplicar, sem sombra de dúvidas, aos demais ilícitos eleitorais “não-criminais” (LUCON, 2016, p. 309 e 310).

nas previstas pelos ilícitos (CUNHA, 2019, p. 67; CUNHA; BASTOS JR, 2019a, p. 278).

Entretanto, ressalta-se que foge ao escopo deste trabalho definir qual modalidade de dolo ou culpa deveriam ser consideradas para responsabilização eleitoral, restringindo-se à defesa imprescindível de que a cassação de registro/mandato e a sanção de inelegibilidade jamais poderiam decorrer de mecanismos de responsabilização objetiva e, mais ainda, que dispensem o ônus à acusação de demonstração da existência de nexo de causalidade entre os imputados e a conduta tida por ilícita (CUNHA, 2019, p. 67; CUNHA; BASTOS JR, 2019a, p. 278).

Diante disso, com todo acautelamento às teses contrárias, não há fundamento na ordem constitucional brasileira que dê sustentação a fórmulas de responsabilização que dispensem a imputação subjetiva em quaisquer ramos do *direito sancionador*. Nesse sentido, entendemos que não se pode também presumir quaisquer dolo e/ou culpa de todos os integrantes da chapa por conta do registro de um DRAP que tenha alguma candidatura que, ao longo do processo eleitoral, tenha se revelado fictícia, conforme defendeu também a Associação Visibilidade Feminina (2020, p. 17). Inclusive, como bem delimitado por ela, o registro das candidaturas é ato partidário, e não dos candidatos e candidatas de toda coligação^{21 22}.

²¹ “O momento do abuso ocorre, portanto, no ato do registro, momento anterior à própria campanha eleitoral e às eleições, de forma que os mandatos que acabam sendo perdidos pela cassação do registro nunca possuíram condições legais de existência. Candidatos já entraram na disputa de forma ilegal, e se torna impossível validar tanto a candidatura quanto a eleição de todos que integram a lista fraudada. Portanto, não há que se falar em responsabilidade objetiva, uma vez que o registro das candidaturas cumprindo todas as regras eleitorais é ato partidário e, ao se constatar a fraude no demonstrativo de regularidade, quaisquer cargos conquistados por integrantes são cassados porque o próprio nascimento daquelas candidaturas foi irregular, e, portanto, nunca deveriam ter sido deferidas.” (VISIBILIDADE FEMININA, 2020, p. 17).

²² Nesse sentido decidiu o TSE: ELEIÇÕES 2012. PRESTAÇÃO DE CONTAS DE CANDIDATO. VEREADOR. [...] IMPOSSIBILIDADE DE CONTAMINAÇÃO AUTOMÁTICA DAS CONTAS DO CANDIDATO. HIPÓTESE ODIOSA DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA NA SEARA ELEITORAL. [...] 7. A contaminação automática das contas do candidato, ante a desaprovação das contas de sua agremiação por auferir recursos provenientes de fonte vedada pela legislação eleitoral, encerra indevida e odiosa hipótese de responsabilidade objetiva na seara eleitoral, na medida em que a rejeição de suas contas independe de qualquer exame do dolo daquele a quem fora repassada a verba. [...] (Recurso Especial Eleitoral n. 85911/MG).

Permitir a responsabilização de toda chapa cria uma fórmula de cassação perversa, que afronta não só a própria ação afirmativa, como todo um conjunto de dispositivos constitucionais e legais (SILVEIRA, 2019, p. 175-177).

Com isso, este estudo vem somar à tese de que a imputação das fraudes às cotas de gênero não pode prescindir de identificação de elemento subjetivo para caracterização das condutas, nem de nexo de causalidade entre o suposto responsável e o dano ao bem jurídico tutelado (SILVEIRA, 2019, p. 174; SANTANO; TAILANI; BASTOS JR, 2019). Tampouco que se pode validar a defesa de que se está protegendo a legitimidade do pleito com essas medidas e a própria política de ação afirmativa, tendo em vista que a decisão proferida sobrecarrega ainda mais as mulheres em campanha.

Essa limitação para imputação da responsabilidade, considerando o dever de promoção de uma política afirmativa tão importante que está em jogo, só poderia se tornar flexível por uma concepção geral de participação indireta e de benefício da fraude nos limites da agremiação partidária (SANTANO; TAILANI; BASTOS JR, 2019). Ou seja, seria até certa medida razoável imputar, para além dos diretamente envolvidos na fraude, isto é, ao respectivo partido, as sanções aplicadas por conta do uso de candidatas fictícias, tendo em vista que é a agremiação a responsável por referendar as respectivas candidaturas (SANTANO; TAILANI; BASTOS JR, 2019).

Seguindo a mesma linha de raciocínio desses autores, ultrapassar a agremiação partidária feriria não só a individualização da responsabilidade pela fraude, conforme já bem explorado, como ignoraria o fato de que no momento em que as convenções partidárias são realizadas não há anuência da futura coligação sobre quaisquer decisões individuais dos partidos.

Porém, ressalta-se que essa responsabilização tampouco pode se dar de uma forma objetiva. Considerando ser o partido político uma pessoa jurídica, é preciso pensar de que forma essa responsabilidade se daria, especialmente pela proibição de responsabilização penal da agremiação e da aproximação entre ilícitos eleitorais e penais já brevemente apontada. Na falta de estudos nacionais sobre a temática, recorre-se à sugestão do já citado autor mexicano Osiris Vazquez Rangel que, em estudo sobre a adaptação da teoria do delito aos ilícitos eleitorais mexicanos, discorre sobre a responsabilização dos partidos políticos também depender da demonstração dos elementos de dolo e/ou culpa (2012, p. 53).

Para o autor, o partido incorrerá em dolo quando cometer uma ação ou omissão com objetivo de praticar uma conduta típica eleitoral ou o descumprimento de uma norma (VAZQUEZ RANGEL, 2012, p. 53). Esse conceito de dolo substituiria o “conhecer e o querer” do direito penal para pessoas físicas, quando, por exemplo, o partido se organiza internamente para cometer o ilícito eleitoral²³.

Já para a responsabilização por culpa, esta se daria a partir do que se conhece como erro de tipo vencível no âmbito penal²⁴, quando o partido não teve intenção de incorrer no ilícito eleitoral, mas não se organizou e agiu diligentemente a fim de evitar que a legislação fosse descumprida pelas candidatas (e por aqueles diretamente vinculados), quando podia fazê-lo, bem como por não agir prudentemente na fiscalização, o que legitimaria sua responsabilização²⁵.

²³ “*Es dolosa la concreta acción u omisión realizada con base en la autonomía y libertad de organización de los partidos políticos, coaliciones o personas, que tiene como objeto la obtención del resultado típico electoral, o el incumplimiento de la expectativa normativa. Este concepto de dolo sustituye al “conocer y querer” del derecho penal para las personas físicas, y se sintetiza en que hay dolo cuando el partido político o coalición se organiza internamente para incumplir con la expectativa normativa electoral; por ejemplo, cuando decide que no haya controles, concentra el manejo de dinero en una sola persona o decide no hacer revisiones al uso de recursos*” (VAZQUEZ RANGEL, 2012, p. 53).

²⁴ Nas lições de Cezar Roberto Bittencourt: “Erro de tipo é o que recai sobre circunstância que constitui elemento essencial do tipo. É a falsa percepção da realidade sobre um elemento do crime. É a ignorância ou a falsa representação de qualquer dos elementos constitutivos do tipo penal. [...] Por exemplo, no crime de calúnia, o agente imputa falsamente a alguém a autoria de um fato definido como crime que, sinceramente, acredita tenha sido praticado. Falta-lhe o conhecimento da elementar típica ‘falsamente’, uma condição do tipo. [...] O erro de tipo invencível (inevitável), também referido como erro de tipo essencial, sempre exclui o dolo, permitindo, quando for o caso (tratando-se de erro evitável), a punição pelo crime culposos, uma vez que a culpabilidade permanece intacta” (2015, p. 511-512). O erro de tipo está previsto no art. 20 do Código Penal, segundo o qual ‘O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei.’”

²⁵ “*En otro orden de ideas, es posible que cuando la organización tiene el objetivo de cumplir con las expectativas normativas, pero éstas no se realicen por la ejecución defectuosa y la comisión de errores; en este supuesto, la organización generada con base en la autonomía y libertad de auto-organización, debido a falta de mecanismos adecuados para el cumplimiento de las expectativas normativas, tiene como consecuencia el resultado típico electoral (incumplimiento de la expectativa normativa). La producción del resultado típico electoral por una organización que partía de una serie de errores, da lugar a que decaiga el dolo, pero al ser obligación de las asociaciones políticas el mantener una organización que garantice el cumplimiento de las expectativas normativas, subsiste un mínimo de injusto, de tal manera que dicho error, al ser normativamente exigible su evitación, es sancionable. Esta figura es conocida en el derecho penal como error de tipo*

Ou seja, diferentemente de uma responsabilização objetiva ou mesmo uma presunção de culpa²⁶, o partido realmente tem participação direta no registro das candidaturas e tem o dever de se articular para o cumprimento da ação afirmativa, o que implica necessariamente no uso de candidatas reais. Se não agiu diligentemente nesse sentido, ofendeu o bem jurídico protegido pela política de cotas, ainda que de forma culposa, pois não buscou materialmente cumprir com a legislação e, com isso, frustrou o objetivo de aumento da participação política da mulher.

A partir desses parâmetros, no caso em questão, apurado dolo e/ou culpa do partido político, ocorreria o indeferimento parcial do DRAP somente em relação a este, por não ter preenchido o requisito exigido pelo § 3º do art. 10 da LE (notadamente por ter lançado candidatas fictícias), atingindo todas e todos os candidatos (as) vinculados (as) ao partido. Dessa forma, preservar-se-ia o restante da coligação, alternativa que já foi utilizada pelo TSE quando reconheceu que a demonstração de fraude na convenção de um dos partidos integrantes de coligação não tem o condão de contaminar a coligação em sua totalidade, bastando, no caso, a exclusão da agremiação²⁷.

vencible, y se sanciona como los hechos culposos. El “error de tipo electoral”, se presenta cuando el partido político o coalición desarrolla un supuesto sancionable (tipo electoral) porque ha fallado en cuanto a organizarse de manera adecuada para evitar los resultados prohibidos, ha actuado con falta de cuidado (esto es la culpa o imprudencia en el derecho penal). De esta manera, al decir que un partido político es competente para responder por el incumplimiento de las expectativas normativas, se le reconoce como persona jurídica, y porque puede organizarse libremente, debe mantenerse dentro de los riesgos permitidos o responder por los resultados que produzca. Cuando una asociación política se organiza de tal manera que se adecua a un supuesto sancionable previsto en la normatividad electoral, desarrolla el tipo electoral (o supuesto de hecho electoral y no penal). tope, se configuran con los lineamientos mencionados.” (VAZQUEZ RANGEL, 2012, p. 53-54).

²⁶ Nesse sentido, o TSE, no Recurso Especial Eleitoral n. 181, reformou uma decisão do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, na qual este concluiu que a origem de recursos da campanha do caso em questão eram ilícitos somente porque não aceitaram a origem declarada dos respectivos recursos no processo de prestação de contas. Dessa forma, estabeleceu que não se pode presumir a culpa do candidato e condená-lo, pois isso configuraria “flagrante desrespeito ao devido processo legal e à soberania popular” (REspe n. 181/MG).

²⁷ “1. A eventual ocorrência de fraude na convenção de um ou mais partidos integrantes de coligação não acarreta, necessariamente, o indeferimento do registro da coligação, mas a exclusão dos partidos cujas convenções tenham sido consideradas inválidas. 2. Excluídos da coligação, os partidos em relação aos quais foram constatadas irregularidades nas atas das convenções, defere-se o registro da coligação e, por consequência, dos candidatos por ela escolhidos. 3. Recurso especial provido.” (Recurso Especial Eleitoral n. 2204. Acórdão. Relator: min. Henrique Neves da Silva. **Diário de justiça eletrônico**, Tomo 85, p. 51).

Diante do exposto, de uma forma sintetizada, pode-se elencar as premissas defendidas neste estudo, no que diz respeito à forma de aplicação e extensão das sanções por fraudes às cotas de gênero sob a perspectiva do *direito eleitoral sancionador*, da seguinte maneira:

a) não é possível a imputação de responsabilidade eleitoral de forma objetiva, sendo necessária a existência de dolo ou culpa para caracterização do ilícito;

b) para além das e dos diretamente envolvidos na fraude, o partido político ao qual se vincula a candidatura fictícia pode (ou deve?) ser responsabilizado por dolo e/ou culpa, podendo ser excluído da coligação; e

c) é preciso verificar o nexo de causalidade entre a conduta e o dano causado ao bem jurídico protegido pelas cotas, qual seja o aumento da participação política feminina.

5 Conclusão

A partir de todo exposto, demonstra-se a necessidade de se refletir sobre os limites do exercício do poder sancionatório do Estado, expresso por meio da Justiça Eleitoral no contexto de um *direito eleitoral sancionador*. A ansiedade por punir aqueles que efetivamente tentam burlar políticas de ação afirmativa tão importantes, num meio já tão excludente, machista e antidemocrático como o cenário das eleições e dos próprios partidos políticos, não pode ensejar que se desrespeite as regras do devido processo legal.

Não se quer, com isso, diminuir a importância da preservação das conquistas até aqui obtidas, tampouco da necessidade de resistência frente aos ataques sistemáticos a elas. O ambiente com o qual a mulher se depara na política é um ambiente hostil e cercado de empecilhos que visam mantê-la afastada, mas se entende que o combate ao machismo estrutural tão presente em todos os setores da sociedade, e mais ainda nas instituições políticas, não pode se dar com o esvaziamento das garantias do devido processo legal. E, mais ainda, com o aumento do já problemático protagonismo do Poder Judiciário neste cenário.

É preciso levar a sério as políticas de ação afirmativa em prol da participação da mulher na política. Porém, decisões como a exarada pelo TSE no REspe 193-92, longe de promovê-las, causam, na verdade, além de todas as injustiças flagrantes, uma sobrecarga às mulheres que se colocam nas disputas eleitorais, que passam a ter que superar todas as barreiras que

já lhe são impostas para ocupar este espaço, como ter que monitorar os atos do partido e de toda coligação ao qual ele se vincula e que muito provavelmente nenhum poder de decisão tiveram sobre a aliança. Com isso, o que se consegue é desencorajá-las e afastá-las ainda mais deste espaço de poder, indo de encontro ao propósito da ação afirmativa que se busca defender com tais medidas.

Espera-se, enfim, que este estudo sirva para fomentar um debate mais cuidadoso sobre o precedente estabelecido no REspe 193-92 pelo TSE, tanto pela doutrina e, em especial pelos tribunais eleitorais do país, que podem ter a chance de rever o posicionamento em seus próximos julgamentos e evitar que se acentue ainda mais a falta de representatividade democrática.

Referências

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Juan Manoel. Alguns principios del derecho penal sustantivo aplicables al derecho sancionador electoral. p. 17-46. In: **El ilícito y su castigo**: reflexiones sobre la cadena perpetua, la pena de muerte y la idea de sanción en el derecho / David Cienfuegos Salgado - México : Editora Laguna : Fundación Académica Guerrerense : Universidad Autónoma de Guerrero, Maestría en Derecho Público, Universidad Autónoma de Sinaloa, Unidad de Posgrado en Derecho, 2009. 348 p.

ALVIM, Frederico Franco. **Abuso de poder nas eleições eleitorais**. Curitiba: Juruá, 2019. 408 p.

ANDRADE NETO, João; GRESTA, Roberta Maia; SANTOS Polianna Pereira dos. Fraude à cota de gênero como fraude à lei: os problemas conceituais e procedimentais decorrentes do combate às candidaturas femininas fictícias. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Abuso de poder e perda de mandato**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 239-281. (Tratado de Direito Eleitoral, v. 7.) ISBN 978-85-450-0502-5.

ASSOCIAÇÃO VISIBILIDADE FEMININA. **Memorial de Amicus Curiae na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6338 do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5879329>>.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 2204. Acórdão. Relator: min. Henrique Neves da Silva. **Diário de justiça eletrônico**, 09 maio 2014.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 149. Acórdão. Relator: min. Henrique Neves da Silva. **Diário de justiça eletrônico**, 21 out. 2015.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 181. Acórdão. Relator min. Gilmar Ferreira Mendes. **Diário de justiça eletrônico**, 29 abril 2015.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 24342. Acórdão. Relator: min. Henrique Neves da Silva. **Diário de justiça eletrônico**, 11 out. 2016.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 19392. Acórdão Relator: min. Jorge Mussi. **Diário de justiça eletrônico**, 04 out. 2019 (b).

CUNHA, Amanda Guimarães da. De player político a árbitro no direito sancionador eleitoral: o resgate do dever de imparcialidade do julgador a partir das garantias convencionais. 2019. 135fls. **Monografia** – Universidade do Vale do Itajaí, SC.

CUNHA, Amanda Guimarães da; BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto. O Fomento à participação política e o controle do *jus puniendi* estatal: a Lei n. 13.831/2019 sob a perspectiva do *direito eleitoral sancionador*. **Revista Estudos Eleitorais**: Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, 2019. v. 23, n.1, p. 187-212.

_____. A Natureza jurídica sancionatória dos ilícitos eleitorais “não criminais”. In: MORAES FILHO, José Filomeno de; TORRES, Vivian de Almeida Gregori (Org.). **Teorias da Democracia, direitos Políticos e Filosofia do Estado**. 1.ed. Florianópolis: CONPEDI, 2019^a. v. 1, p. 262-281.

DIAS, Willian Silva; VIEIRA, Murilo Braz. Os custos com as campanhas eleitorais à luz da reforma eleitoral de 2015 (Lei n. 13.165/2015). **Revista Estudos Eleitorais**: Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, 2017. v. 12, n. 3.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. “Compra de votos”, direito sancionador e ônus de prova. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). **O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 307-316.

MELO, Hilda Pereira de. **A política de cotas para as mulheres no Brasil: importância e desafios para avançar!** 13 de setembro de 2018. Disponível em: <<http://www.generonumero.media/a-politica-de-cotas-para-as-mulheres-no-brasil-importancia-e-desafios-para-avancar/>>.

NASCIMENTO, Camila Teixeira do; MOREIRA, Diogo Rais Rodrigues. Igualdade de gênero nas eleições: a fraude no processo eleitoral através de candidatas laranjas. **Revista Estudos Eleitorais**: Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, 2019. v. 23, n.1, p. 165-185.

NEISSER, Fernando Gaspar. A responsabilidade subjetiva na improbidade administrativa: um debate pela perspectiva penal. 2018. 313fls. **Tese de Doutorado** – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP.

NORONHA, Fernanda Benini Kiehl. Diretrizes e desafios da participação feminina na política brasileira: uma análise comparada a partir de Argentina e México. 2016. 105 fls. **Monografia** – Universidade Federal do Paraná, PR.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração e plataforma de ação da IV Conferência mundial sobre a mulher**. 1995. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf>.

PASSARINHO, Nathalia. **Candidatas laranjas**: pesquisa inédita mostra quais partidos usaram mais mulheres para burlar cotas em 2018. Divulgada em: 08 de março de 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47446723>>.

PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. Trad. Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz Terra, 1993. 345p.

PIMENTEL FILHO, José Ernesto; RODRIGUES, Mariana Ramos. A política legislativa e a proteção à participação política da mulher: uma interpretação histórica de processos legislativos. **Revista A Barriguda**. Campina Grande, 7 [I], p. 127-149, jan.-abr. 2017.

ROSETTE SOLÍS, Bertha Leticia. **Naturaleza jurídica del derecho electoral sancionador**: algunas consideraciones en torno al Libro Quinto del Código de Instituciones y Procedimientos Electorales del Distrito Federal Tribunal Electoral del Distrito Federal. Mexico, 2012. Disponível em: https://www.tecdmx.org.mx/files/326/publicaciones/varias/naturaleza_juridica.pdf

VAZQUEZ RANGEL, Osiris. Derecho sancionador electoral y principio de legalidade. **Electio Revista Especializada Electoral**. Num. 2, Jun-Dic 2012. Primera edición, Diciembre 2012. p. 37-60. Disponível em: https://www.tecdmx.org.mx/files/326/publicaciones/electio/02_electio.pdf

RAMOS, Luciana de Oliveira. **Os tribunais eleitorais e as candidaturas femininas fictícias**. 2017. Disponível em: <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5347/2017_ramos_tribunais_eleitorais_candidaturas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

RODRIGUES, Ricardo José Pereira. A evolução da política de cota de gênero na legislação eleitoral e partidária e a sub-representação feminina no parlamento brasileiro. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali, ISSN 1980-7791, Itajaí, v.12, n.1, 1º quadrimestre de 2017. Disponível em: <<https://www.univali.br/direitoepolitica>>.

ROSETTE SOLÍS, Bertha Leticia. **Naturaleza jurídica del derecho electoral sancionador**: algunas consideraciones en torno al Libro Quinto del Código de Instituciones y Procedimientos Electorales del Distrito Federal Tribunal Electoral del Distrito Federal. Mexico, 2012. Disponível em: <https://www.tecdmx.org.mx/files/326/publicaciones/varias/naturaleza_juridica.pdf>.

SALGADO, Eneida Desiree; VALIATI, Thiago Priess; BERNADELLI, Paula. O livre convencimento do juiz eleitoral versus a fundamentação analítica exigida pelo novo Código de Processo Civil. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). **O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 335-358.

SANTANO, Ana Cláudia; COSTA, Tailane Cristina; BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto. Um debate sobre as consequências das fraudes em candidaturas femininas. **Revista Consultor Jurídico**, 27 de maio de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-27/opinio-consequencias-fraudes-candidaturas-femininas>>.

SILVA, Adriana Campos; SANTOS, Polianna Pereira dos. Participação política feminina e a regulamentação legal das cotas de gênero no Brasil: breve análise das eleições havidas entre 1990 e 2014. In: SILVA, Adriana Campos; OLIVEIRA, Armando Albuquerque; MORAES FILHO, José Filomeno de. (Org.). **Teorias da Democracia e Direitos Políticos**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 427-448.

SILVEIRA, Marilda de Paula. Conduta Vedada e Abuso de Poder: como lidar com o nexo de causalidade em ato praticado por terceiro. **Revista Resenha Eleitoral** (Florianópolis), v. 21, n. 1, p. 29-42, nov. 2017. Disponível em: <https://www.tre-sc.jus.br/site/fileadmin/arquivos/ejesc/documentos/Conduas_Vedadas_e_abuso_do_poder_politico_para_EJE_SC.pdf>.

_____. As consequências da identificação de candidaturas fictícias: cassação das eleitas e desincentivos à representatividade feminina na política. **Revista Estudos Eleitorais**: Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, 2019. v. 23, n.2, p. 161-186.

VAZQUEZ RANGEL, Osiris. Derecho sancionador electoral y principio de legalidade. **Electio Revista Especializada del Tribunal Electoral del Distrito Federal**. n. 2, jun.-dic., 2012. Primera edición, Diciembre 2012. p. 37-60. Disponível em: <https://www.tecdmx.org.mx/files/326/publicaciones/electio/02_electio.pdf>.

WYLIE, Kristin; SANTOS, Pedro dos; MARCELINO, Daniel. Extreme non-viable candidates and quota maneuvering in Brazilian legislative elections. **Opinião Publica**, Campinas, v. 25, n. 1, p. 1-28, Abril, 2019. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762019000100001 <http://dx.doi.org/10.1590/1807-019120192511>.

ZILIO, Rodrigo Lopez. **Decisão de cassação de mandato**: um método de reestruturação. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. 304 p.

Amanda Guimarães da Cunha - Especialista em Direito Eleitoral pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático (IDDE) e em Ciências Penais pela Anhanguera-Uniderp. Bacharela em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Membro Pesquisadora do Observatório do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (Univali) nas áreas de direitos humanos, direito eleitoral e processual eleitoral, direito penal e processual penal e temáticas de gênero. E-mail: amandagdacunha@gmail.com.

Luiz Magno Pinto Bastos Júnior - Pós-Doutor pelo Centro de Direitos Humanos e Pluralismo Jurídico da Universidade McGill (Montreal, Canadá). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (Univali) das disciplinas de Direito Constitucional, Direito Eleitoral e Direitos Humanos no curso de Graduação em Direito. Advogado militante nas áreas de direito eleitoral e direito administrativo (sócio do Escritório Menezes Niebuhr Advogados Associados). Membro fundador da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (Abradep) e Academia Catarinense de Direito Eleitoral (Acade). Coordenador do Observatório do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (Univali). E-mail: lmagno@univali.br / lmagno@mnadvocacia.com.br.

O PROCESSO PENAL ELEITORAL E A GARANTIA DE AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO, EM FACE ÀS ALTERAÇÕES IMPOSTAS PELA LEI Nº 11.719/2008

The Electoral Criminal Process in Brazil and Audi Alteram Partem after Law 11719/2008

Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz

Adriana Martins Ferreira Festugatto

Guilherme Apolinário Aragão

Resumo: A Lei nº 11.719/08 alterou substancialmente o Código de Processo Penal para privilegiar a celeridade, a defesa efetiva, o sistema acusatório e o contraditório, adequando suas disposições à Constituição de 1988. O presente texto tem por objetivo examinar os reflexos dessa alteração normativa no processamento dos crimes eleitorais, que, apesar de deter regras próprias previstas no Código Eleitoral, ampara-se subsidiária e expressamente nas disposições do Código de Processo Penal. O artigo defende a tese jurídica da aplicação dos critérios da hierarquia e da temporalidade, para a solução dessa antinomia jurídica, com fundamento jurisprudencial no REspe nº 2-75.2014.6.13.0044, de 2018. O referencial teórico adotado é o sistema jurídico de Kelsen. Utilizou-se de pesquisa bibliográfica e documental e uma abordagem dedutiva para estabelecer uma relação lógica e ordenada entre as proposições apresentadas. Como principais resultados, evidenciou-se que o entendimento correto é que houve a derrogação tácita dos artigos 359 e 360, do Código Eleitoral, devendo ser adotado o rito processual mais benéfico ao acusado, nos termos da Constituição de 1988 e da Lei nº 11.719/08.

Palavras-chave: Direitos humanos. Devido processo legal. Processo penal eleitoral. Antinomia. Ampla defesa.

Abstract: Law 11719/08 changed the Penal Procedure Code to improve speed, effective defense, the accusatory, and the adversarial system, adapting the code to the Brazilian Constitution of 1988. This article examines the consequences of this normative change in processes regarding electoral crimes, which is subsidiary and expressly supported by the provisions of the Code of Criminal Procedure, despite having its own rules provided by the Electoral Code. The study defends the legal thesis of applying hierarchy and temporality criteria to solve this legal antinomy based on jurisprudence in RESPE 2-75.2014.6.13.0044 (2018). The theoretical framework adopted is the Kelsen legal system. Bibliographic and documentary research was used with an approach to establish a logical and orderly relationship between the provisions presented. In summary, it was evidenced that the correct understanding is the tacit derogation of art. 359 and 360 of the Electoral Code. The most beneficial procedural rite to the accused must be adopted, as determined by the terms of the 1988 Constitution and Law 11719/08.

Keywords: Human rights. Due legal process. Electoral criminal proceedings. Antinomy. *Audi Alteram Partem*.

1 Introdução

O devido processo legal, enquanto um direito fundamental (art. 5º, LIV, CF/88) e como um dos direitos humanos (art. 11, DUDH/1948; art. 14, Decreto 592/92; art. 8º, Decreto 678/92), pauta-se, sobretudo, na presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF/88) a todo aquele acusado de ato delituoso, guardando ligação indissociável com a garantia do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88). A Lei nº 11.719/08 alterou substancialmente o Código de Processo Penal (CPP), de 1941, para privilegiar a defesa efetiva, sem perder de vista a celeridade e o próprio sistema acusatório, adequando as disposições desse ao valores expressos na Constituição de 1988 (CF/88), dentro do regime de direitos e garantias fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito. Entre outros pontos, a referida legislação modificou substancialmente a audiência de instrução e julgamento penal, ao determinar que o interrogatório do réu seja o último ato instrutório, antes da sentença.

Por outro lado, o Código Eleitoral (CE), de 1965, traz previsão em seu artigo 359, de rito processual penal pelo qual o depoimento do acusado é o primeiro ato da fase instrutória, e portanto, não guarda similitude com a nova sistemática do Código de Processo Penal. O objetivo deste artigo científico, portanto, é investigar os reflexos jurídicos da alteração normativa no CPP no que se refere ao processamento dos crimes eleitorais, o qual - apesar de deter regras próprias previstas no Código Eleitoral - ampara-se subsidiária e expressamente às disposições previstas naquele. O artigo defende a tese jurídica da aplicação dos critérios da hierarquia (*lex superior derogat inferior*) e da temporalidade (*lex posterior derogat priori*) para a solução dessa antinomia jurídica.

Para demonstrar a consistência desse argumento, a partir de pesquisa bibliográfica e documental, num primeiro momento será apresentado o contexto social que circunda os dois diplomas legais em conflito, a fim de evidenciar a antinomia das normas numa linha temporal e hierárquica. Após, analisa-se a solução da problemática pelo prisma jurisprudencial (Agravamento Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 2-75.2014.6.13.0044) e doutrinário, com referencial teórico de sistema jurídico de Hans Kelsen (2000). A abordagem é dedutiva, para estabelecer uma relação lógica e ordenada entre as proposições apresentadas. Ao final, serão ofertadas notas conclusivas.

2 As Constituições de 1937 e de 1988, o Código de Processo Penal e a Lei nº 11.719/08

Antes de 3 de outubro de 1941, cada Estado membro possuía seu Código de Processo Penal (CPP). Contudo, a unificação de códigos passou a ser uma questão política primordial, aparecendo elencada como um dos motivos centrais para a edição do CPP em 1941. Dentro desse projeto dar unidade, o Presidente da República, com fundamento no artigo 180 da Constituição Federal de 1937¹, valendo-se da ausência do Congresso Nacional dissolvido desde 1937, expediu o Decreto-Lei nº 3.689/41, que deu origem ao Código de Processo Penal nacional.

Vale registrar, contudo, que na Constituição de 1937 predominava o caráter de autoritarismo, não havendo qualquer eleição durante toda a sua vigência (VILLA, 2011, p. 68). Da leitura de seu texto, extrai-se que o chefe do Executivo foi posto no centro de todo o cenário político-constitucional, concentrando em sua figura “os órgãos representativos de grau superior, dirigia a política interna e externa, promovia política legislativa e geria a administração do país [...] se espraiava pelos Estados, sujeitos à nomeação de interventores.” (GOMES e ZAMARIAN, 2012, p. 75).

Francisco Campos, que já havia sido responsável pela redação da Constituição de 1937, também foi escolhido para a redigir o CPP. Era esperado, portanto, que o CPP refletisse os valores da Constituição de 1937. E, de fato, as proporções foram ligeiramente além do balizamento, pois presentes os ideais defendidos pelo autor, que podem ser traduzidos em algumas de suas célebres frases: “governar é prender”; “o povo não precisa de governo, precisa de curatela”. Assim, Francisco Campos ficou conhecido como expoente do pensamento autoritário (SANTOS, 2007).

Com um autor não-democrata, somado a uma Constituição eminentemente autoritária, o resultado somente poderia ser um CPP que presumia a culpabilidade do réu, que é o que se infere da exposição de motivos do CPP/1941. Sem maiores digressões, a simples leitura do preâmbulo coteja a diferença essencial entre a Carta Constitucional/1937, que regime de origem do CPP, e a Constituição atualmente vigente. Nessa, o constituinte expõe sobre os valores sociais e individuais, a liberdade, a segurança,

¹ BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937**: “Art. 180 - Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União”.

o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, a justiça como valores supremos, sobre os quais o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) afirma princípio jurídico da solidariedade [ADI 2.649, voto da rel. min. Cármen Lúcia, j. 8/5/2008, DJe de 17-10-2008.] Esses valores foram completamente inexistentes na Carta de 1937.

O texto constitucional de 1988, pois, adotou o Estado Democrático de Direito e rompeu com uma sucessão de governos autoritários em que o Estado prevalecia em detrimento do indivíduo (GOMES e ZAMARIAN, 2012, p. 140). Em razão dessas mudanças da ordem que rege a edição de leis e dita a compatibilidade das normas pretéritas, foi questão de tempo para que o recepcionado CPP se curvasse aos novos ditames constitucionais, como escreveram Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Leandro Galluzzi dos Santos (2009, p. 181):

O Brasil do Estado Novo não é o Brasil da virada do milênio. O reconhecimento de novas garantias, o avanço dos direitos fundamentais e a redemocratização do país fizeram com que a sistemática processual fosse intensamente modificada e por tal razão a tão esperada reforma estrutural do Código de Processo Penal é indispensável para que este seja inteiramente condizente com a base fundamental da Carta Magna, qual seja, a dignidade de pessoa humana.

Reputa-se, contudo, que as alterações trazidas até o momento ainda não foram suficientes para alinhar, completamente, o CPP à Constituição de 1988. Sem dúvida, a Lei nº 11.791/08 revelou um passo importante nesse sentido ao alterar o rito do processo penal, tornando-o mais favorável ao réu.

No formato original do CPP, o artigo 394 previa que ao receber a peça acusatória, incumbia o juiz designar o interrogatório, ordenando a citação do réu. Em sequência, o artigo 395 do CPP previa que o prazo para apresentação da defesa e para arrolar testemunhas, passaria a fluir somente após o interrogatório. O rito seguia com a oitiva das testemunhas, principiando pelas arroladas pelo *parquet* e então as de defesa. Ouvidas as testemunhas, os autos seguiam para razões finais e encerrava-se a instrução processual. Com o interrogatório como ato inaugural do réu no processo, as testemunhas e o Ministério Público podiam se valer de tudo que foi dito pelo réu para concatenarem a verdade processual que lhes aprouvesse, afora que o réu teria que passar por todas as agruras do processo penal para somente ao final ser absolvido, ainda que sua inocência fosse presumida.

De autoria do Poder Executivo, o Projeto de Lei nº 4.207/01 visou privilegiar a celeridade, a defesa efetiva, o sistema acusatório e o contraditório, e possuía como principais inovações: a defesa do acusado antes do exame de admissibilidade da denúncia; a fundamentação da decisão que a recebe ou rejeita a denúncia; o interrogatório do acusado após toda a produção da prova; a faculdade da rejeição liminar da peça acusatória ou de absolvição sumária, facultada a produção de provas.

Assim, confrontando as alterações até então pretendidas com os preceitos constitucionais, pode-se confluir que a reforma implementada pela Lei nº 11.719/08 visou atender os seguintes comandos constitucionais: artigo 5º, inciso LVII que trata sobre a presunção de inocência; artigo 93, inciso IX que aduz sobre a fundamentação das decisões judiciais; artigo 5º, inciso LXIII, que veda a autoincriminação; artigo 5º, inciso LV, que assegura a ampla defesa e o contraditório.

A Lei nº 11.719/08 inova no CPP a partir do momento anterior à recepção da denúncia, ao prescrever no artigo 395 do CPP, que o juiz pode rejeitar liminarmente a denúncia por inépcia, defeito formal; ausência de pressuposto processual ou condição da ação; ou justa causa. Aceita a denúncia, será determinada a citação do réu para apresentar sua defesa no prazo de 10 (dez dias) (art. 396, do CPP). Em seguida, faz-se presente o instituto da absolvição sumária, insculpido no artigo 397 do CPP, em que poderá ser absolvido o réu caso se verifique: a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; que o fato narrado evidentemente não constitui crime; extinta a punibilidade do agente.

Até o presente estágio processual, o acusado/réu pode esquivar-se por duas vezes da incidência penal: a primeira pela rejeição da denúncia e a segunda pela absolvição sumária, ou seja, não precisaria enfrentar todo o procedimento da instrução processual para ao final ser inocentado, o que inclusive é um fator que contribui para eliminar a quantidade de processos desnecessários que abarrotam o Judiciário. A próxima etapa passou a ser a designação da audiência de instrução que deverá ser única, como prevê o artigo 411 do CPP, sendo que é a oportunidade de produção de prova técnica e testemunhal, e o interrogatório do réu tornou-se o último ato dessa instrução. Em seguida, são ofertadas as alegações finais orais, acompanhadas pela sentença que põe fim a provimento jurisdicional de primeira instância.

O interrogante a ser levantado é sobre a adequação dessas novas premissas legais ao direito eleitoral. A resposta será deduzida a seguir.

3 O Processo Penal Eleitoral e a antinomia com a nova redação do Código de Processo Penal

O Código Eleitoral, instituído pela Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, sob o governo militar de Castello Branco e égide da Constituição de 1946, permanece vigente até os dias atuais, com alterações pontuais. Inicialmente, segundo o que apontam as fontes históricas, a constituinte de 1946 partiu do zero, não buscando inspiração em qualquer outro texto constitucional vigente ou pretérito, nacional ou de outro país (BALEEIRO e LIMA SOBRINHO, 2012, p. 9).

Um paradigma externo importante que marcou a necessidade de edição de uma nova Constituição à época, foi a segunda grande guerra mundial, principiada em 1939 e finda em 1945, pois criou um paradoxo. Em 1942, o Brasil aliou-se ao lado democrático do conflito, liderado por Estados Unidos, Grã-Bretanha e França, o que contrastava fortemente com os flertes que o Governo Vargas tinha com o fascismo. Pelo plano traçado, finalmente seria convocado o plebiscito para validação da Constituição de 1937, o que todavia não pode ser concretizado. Foi editado, então, o Decreto-Lei nº 7.586 que recriou o Tribunal Superior Eleitoral e fixou-se o dia em 2 de dezembro de 1945 para a eleição geral².

Dentro do contexto acima traçado, surgiu a dúvida se os parlamentares eleitos seriam responsáveis também pela edição da nova constituição, o que foi respondido por meio da Resolução nº 215, de 2 de dezembro de 1945, que afirmou a competência ordinária, constitucional e ilimitada dos eleitos.

Assim, em 18 de setembro de 1946 promulgou-se a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, que foi a base para o que temos hoje como organização estatal, sendo fortemente democrática (BONAVIDES e ANDRADE, 2004, p. 415). Pela ótica proposta por J.J. Canotilho (2000, p. 52), os requisitos essenciais de um texto constitucional foram cumpridos, a saber: a tripartição de poderes, o sufrágio, os direitos fundamentais.

² Para ler mais: BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Assembleia Constituinte de 1946**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/julgados-historicos/assembleia-constituente-1946>>. Acesso em: 6 jul. 2020.

De 1946, com a promulgação da nova constituição, até edição do Código Eleitoral, em 1965, vários acontecimentos permearam a sociedade brasileira, dentre eles o de maior destaque foi o ato militar do dia 31 de março de 1964 contra o governo de João Goulart. A ditadura militar perdurou no poder até o ano de 1985, cujas principais marcas foram a edição de atos institucionais (CASTRO, s/a) e supressão de direitos e garantias fundamentais. O processo eleitoral não escapou ileso e foi alterado por atos institucionais, emendas constitucionais, leis e decretos-leis³ que culminaram na alteração da duração de mandatos, cassação de direitos políticos, eleições indiretas para presidente da República, governadores dos estados, dos territórios, para prefeitos dos municípios considerados de interesse da segurança nacional e das estâncias hidrominerais, candidaturas natas, voto vinculado, sublegendas, alteração do cálculo para o número de deputados na Câmara, com base ora na população, em detrimento dos estados tradicionalmente mais expressivos. Tudo isso que reforçou a discricionariedade do chefe do Executivo.

No dia 15 de abril de 1964, Castelo Branco assumiu a presidência e em seguida determinou ao Tribunal Superior Eleitoral a elaboração de um novo Código Eleitoral para posterior submissão ao legislativo. Instituiu-se uma comissão de trabalho presidida pelo ministro Antônio Vilas Boas e tendo como componentes Décio Miranda, Colombo de Sousa e Geraldo da Costa Manso (FICHTNER e GAMA FILHO, s/a).

O projeto do TSE foi enviado à Câmara do Deputados, onde tramitou sob o nº 2745, com a relatoria do deputado Ulisses Guimarães, que anos depois seria um dos principais protagonistas da Constituição de 1988. Após receber 127 emendas, o texto foi submetido a sanção presidencial e em 15 de julho de 1965 foi promulgado o Código Eleitoral, Lei nº 4.737.

Entretanto, conjugando-se o período vivido pelo país após o ato militar de 1964, pode-se instar que o Código Eleitoral de 1965 é um verdadeiro paradoxo, pois visava tutelar o exercício do sufrágio dentro de um regime eminentemente ditatorial, que desrespeitava os preceitos da constituição vigente à época. Diante desse cenário, as prescrições que tratam acerca do Processo Penal Eleitoral, previstas no Código Eleitoral de 1965, são norteadas por princípios eminentemente autoritários.

³ Para ler mais sobre a história da Justiça Eleitoral, ver: <<http://www.tse.jus.br/o-tse/cultura-e-historia/historia-do-tse>> e <<http://www.tre-pi.jus.br/institucional/o-tre-pi/memoria-e-cultura/evolucao-da-justica-eleitoral-no-brasil>>. Acesso em: 6 jul. 2020.

A presença de um sistema sancionatório no âmbito do Direito Eleitoral dá-se com o fito de que seus valores, estruturas e funções se mantenham híidas, evitando o colapso do próprio sistema eleitoral, o qual contempla vários tipos de sanções: inelegibilidade; negativa de registro de candidatura; perda de registro de candidatura; negativa de expedição de diploma; cassação de diploma; cassação de mandato; multa; restauração de bem; retirada de propaganda; perda do direito à veiculação de propaganda; perda de tempo no horário eleitoral gratuito; suspensão da programação normal de emissora de rádio ou televisão (GOMES, 2016, p. 734). Dentro deste contexto, o Direito Penal revela-se como *ultima ratio*, para a proteção da sociedade e do indivíduo.

Sem embargo, retornando ao Processo Penal Eleitoral, e em que pese a distância temporal, a parte que trata do processo penal no âmbito eleitoral foi integralmente inspirada no CPP de 1941. Já após a Constituição de 1988, a Lei no 10.732, de 5 de setembro de 2003 alterou a redação do art. 359 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral (CE), para instituir a obrigatoriedade do depoimento pessoal no Processo Penal Eleitoral. Conforme redação do artigo 359, com o recebimento da denúncia pelo Juiz Eleitoral, o interrogatório é designado, sendo o primeiro ato do qual o réu participa no PPE. O parágrafo único do mesmo artigo, confere ao réu 10 (dez) dias para apresentação de sua defesa escrita e para arrolar testemunhas. Após a realização do interrogatório, ouvidas as testemunhas, realizadas as diligências, o MP e a defesa terão o prazo de 10 (dias) para apresentar as alegações finais escritas, assim reza o artigo 360. Em seguida, o artigo 361 confere o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para que os autos sigam conclusos ao Juiz Eleitoral, cabendo proferir sentença no prazo de 10 (dez) dias.

Com o advento da Lei nº 11.719/08, nasceu uma discrepância normativa entre o CPP e o CE. O rito da audiência previsto no artigo 359 do CE, com o depoimento do acusado como o primeiro ato processual (2003), não é coerente com a nova sistemática (2008), pois passou a ser o último ato antes da prolação da sentença.

Não obstante, cumpre explicitar que o artigo 397 do CPP passou a trazer a possibilidade de absolvição sumária, e constitui significativa evolução no processo penal, pois permite ao réu não ter que passar por todo o rito processual para ser absolvido, de uma acusação que é manifestamente fadada ao fracasso, o que não encontra correspondência no CE. Assim,

cotejando-se o rito da audiência na redação originária do CPP com a nova redação, pode-se estabelecer o seguinte quadro:

Ato nº	CPP na redação antiga e do CE	CPP na redação da Lei nº 11.719/08
1	Denúncia	Denúncia
2	Recebimento	Recebimento
3	Citação	Citação
4	Interrogatório do Acusado	Defesa Escrita
5	Defesa Prévia	Absolvição Sumária
6	Audiência de Instrução e Julgamento	Audiência de Instrução e Julgamento
7	Testemunhas Acusação	Oitiva da vítima
8	Testemunhas Defesa	Testemunhas Acusação
9	Diligências	Testemunhas Defesa
10	Alegações Finais	Peritos
11	Sentença	Acareação
12		Reconhecimento
13		Interrogatório do Acusado
14		Alegações Finais
15		Sentença

Delineadas as mudanças implementadas pela Lei nº 11.719/08, que podem influenciar no rito do Processo Penal Eleitoral, convém identificar quais os princípios constitucionais que segundo o projeto de lei foram baluartes para a novidade legislativa, frisa-se: celeridade, à defesa efetiva, o sistema acusatório e o contraditório.

Com efeito, é procedente a tese jurídica de que esses preceitos constitucionais que ocasionaram a mudança do CPP no ano de 2008 também devem nortear o Processo Penal Eleitoral, em especial atentando-se que o Código Eleitoral em seu artigo 364 aduz que “no processo e julgamento dos crimes eleitorais e dos comuns que lhes forem conexos, assim como nos recursos e na execução, que lhes digam respeito, aplicar-se-á, como lei subsidiária ou supletiva, o Código de Processo Penal”.

A referida redação deixa claro que o CPP e o CE não são dissociados, mas guardam uma imanente relação jurídico-legislativa, em decorrência da importância do direito material a que dão suporte, pois como

se sabe o Direito Penal é *ultima ratio*. Todavia, cumpre investigar se o CE continuaria sendo aplicado no tocante a instrução processual penal, preservando-se o disposto no artigo 364 do CE, que reserva ao CPP a mera subsidiariedade ou supletividade ou se houve a revogação tácita das disposições processuais penais no CE, em razão das alterações implementadas pela Lei nº 11.719/08, que foi editada para adequar o CPP aos preceitos da Constituição de 1988.

4 A solução da antinomia pelo prisma jurisprudencial e doutrinário

Para reforçar a defesa da aplicação das regras jurídicas da Lei nº 11.719/08 no Direito Eleitoral, oportuno faz-se analisar o precedente encontrado no Tribunal Superior Eleitoral a respeito da antinomia tida entre a nova redação do Código de Processo Penal e o Código Eleitoral, o que permitirá trazer um indicador do que a jurisprudência especializada tem de adotar.

Trata-se do REspe - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 2-75.2014.6.13.0044, de Relatoria do Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, julgado em 08 de março de 2018. Nesse caso, o Ministério Público Eleitoral insurgiu-se contra decisão que havia negado seguimento ao recurso especial interposto em face de acórdão do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais (TRE/MG). Essa Corte, por maioria, havia acolhido preliminar de cerceamento de defesa para anular o processo e determinar a remessa do feito à zona eleitoral de origem, a fim de que fosse realizado novo interrogatório dos denunciados, como último ato da instrução criminal, em observância ao art. 400 do CPP. Foi aduzido pelo recorrente que o procedimento aplicável na espécie seria o previsto no art. 359 do CE, e não o do art. 400 do CPP, com redação dada pela Lei nº 11.719/2008. Por outro lado, afirmou-se que a jurisprudência do TSE sedimentou-se no sentido de ser necessária a demonstração de efetivo prejuízo à defesa para que se declare nulidade, o que não foi observado pelo acórdão recorrido, que apenas presumiu o dano ao direito de defesa dos réus.

Em decisão monocrática, o relator negou prosseguimento ao recurso especial, embasando-se em entendimento jurisprudencial do STF, no julgamento do HC nº 127.900, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, de que o art. 400 do CPP deve ser aplicado em processos penais de legislação exor-

bitante, incluindo a seara eleitoral. Consignou, ainda, que o exame quanto à configuração do cerceamento de defesa em razão da não observância do art. 400 do CPP demandaria a reincursão sobre fatos e provas, sendo a via extraordinária inadequada para tal fim, nos termos da Súmula nº 24, do TSE.

Mencionou ainda as razões expostas no voto proferido pelo relator no acórdão regional, o qual enfatizou que a simples aplicação dos critérios de especificidade conflitaria com os valores constitucionais que devem nortear o processo penal durante toda a prestação jurisdicional pelo Estado. Assim, para a escolha da regra aplicável, deve-se invocar critério hermenêutico, que se legitima em razão de se mostrar mais compatível com os postulados que informam o estatuto constitucional do direito de defesa. No mesmo sentido, fez menção ao HC nº 69-09/MT, de relatoria do Min. Dias Toffoli:

HABEAS CORPUS. DENÚNCIA RECEBIDA PELO MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU QUANDO O ACUSADO ESTAVA AFASTADÓ DO CARGO DE PREFEITO, EM VIRTUDE DA CASSAÇÃO DO MANDATO EM SEDE DE AIME. REASSUNÇÃO POSTERIOR AO CARGO. CONVALIDAÇÃO DOS ATOS. INTERROGATÓRIO DO RÉU NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. ATO FINAL DA FASE INSTRUTÓRIA. ADOÇÃO DO RITO MAIS BENÉFICO DOS ARTS. 396 E SEQUINTE DO CPP AO PROCESSO PENAL ELEITORAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. Não padece de nulidade a decisão do magistrado eleitoral que recebe denúncia contra o acusado que, à época, estava afastado do cargo de prefeito, em razão da procedência de ação de impugnação de mandato eletivo. A posterior diplomação em cargo com prerrogativa de foro, que importe em modificação superveniente de competência, não invalida os atos já praticados no processo, nem exige a respectiva ratificação. Precedente. Ainda que o acórdão regional que anulou a sentença de procedência da AIME tenha sido proferido antes do recebimento da denúncia pelo juiz de primeiro grau, a Corte Regional não determinou a execução imediata do julgado, o que afasta a competência por prerrogativa de -foro, que AgR-REspe no 2-75.2014.6.13.0044/MG 12 somente veio a incidir após a concessão de liminar que determinou a recondução do ora paciente ao cargo de prefeito. Sendo mais benéfico para o réu o rito, do art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 11.719/2008, que

fixou o interrogatório do como ato derradeiro da instrução penal, o procedimento deve prevalecer nas ações penais eleitorais originárias, em detrimento do previsto no art. 70da Lei nº 8.038/90. Precedentes do STF e desta Corte. Ordem parcialmente concedida para determinar que seja obedecida a disciplina do art. 400 do CPP, em harmonia com o rito dos arts. 396 e seguintes. (HC n. 69-09/MT, ReI. Min. Dias Toffoli, RJTSE de 29.10.2013, DJe de 12.2.2014)

Com efeito, nesse julgamento houve menção às premissas constitucionais envolvidas, como a ampla defesa e o contraditório, tendo os ministros ultrapassado a questão da lei especial que revoga lei geral, com base em aplicação sistemática do direito, decidindo pela aplicação do CPP quando presente antinomia com lei especial.

A partir do precedente analisado, pode-se concluir que o TSE se posicionou a favor da aplicação da nova redação do CPP (2008) ao Processo Penal Eleitoral, em detrimento da regra contida no CE (2003). Resta configurada a derrogação tácita da regra contida nos artigos 359 e 360, desse último. Observa-se que o TSE, ao optar pela interpretação sistemática do ordenamento jurídico, exaltou a força normativa da Constituição sobre as leis infraconstitucionais. Em decorrência do Tribunal Superior Eleitoral ocupar o topo da pirâmide desta justiça especializada, representa uma tendência para os demais Tribunais Regionais e Juízos Eleitorais espalhados pelo território nacional, em se curvar ao entendimento.

O posicionamento tomado por parte dessa Corte demonstra a aplicabilidade aos direitos fundamentais e princípios constitucionais, assegurando o pleno gozo dos direitos previstos na Constituição de 1988, ainda que exista norma no ordenamento em sentido contrário. Tal postura corrobora a ideia de que a leis editadas sob o pálio das constituições pretéritas, por vezes, outorgadas em períodos sombrios da história nacional, constituídos pela mais nítida ausência do sufrágio e da tripartição de poderes, com relativização dos direitos fundamentais, podem chocar com os preceitos da Constituição de 1988. Nessa senda, a decisão do TSE traduz a prevalência da Constituição sob a legislação ordinária.

Registre-se, porém, que nem sempre foi esse o entendimento perante o TSE, visto que até então havia uma tendência em aplicar o CE/65 para os procedimentos penais eleitorais em detrimento das novas disposições do CPP, conforme se pode observar em inúmeros julgados (HC nº 2957-

19.2010.6.00.0000 e AR no REspe nº 23-52.2012.6.26.0305, por exemplo). Contudo, com a inovação legislativa imposta pela Lei nº 11.719/08, restou evidente que estamos diante de uma situação de antinomia jurídica, conceituada por Bobbio (1995, p. 86) como “aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite o mesmo comportamento”. É neste sentido que é coerente e consistente a tese jurídica da aplicação dos critérios da hierarquia (*lex superior derogat inferior*) e da temporalidade (*lex posterior derogat priori*) para a solução desta antinomia jurídica.

Já Hans Kelsen (2000) defendia que o Direito é autopoietico, ou seja, apenas o Direito pode permitir a inserção de novas normas dentro do sistema jurídico. Neste trabalho, para elucidação do tema proposto serão analisadas duas de suas obras, *Teoria Pura do Direito* (1999) e *Teoria Geral do Direito e do Estado* (2000).

Na primeira obra supramencionada, Kelsen afirma que toda norma busca sua validade em uma norma superior e ao se chegar na norma que daria fundamento às demais, haveria uma norma pressuposta que seria a norma fundamental. A partir desse contexto, em que a norma fundamental daria validade a todas as demais, surgiria a noção de sistema. O ordenamento jurídico consistiria desta forma num sistema dinâmico, uma unidade composta por uma pluralidade que não se contradiz. Todavia, embora coexistindo num mesmo sistema, algumas normas podem contrapor-se, emergindo o que se chama de conflito normativo.

Além do critério *lex posterior derogat priori*, Kelsen (1999, p. 146) estabelece o seguinte para a solução de conflitos normativos:

Entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, quer dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito, pois a norma do escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma do escalão superior. Se uma norma do escalão inferior é considerada como válida, tem de se considerar como estando em harmonia com uma norma do escalão superior.

Assim, por acreditar que as normas inferiores respeitam as superiores, pode-se sintetizar o pensamento de Kelsen com o brocardo: *lex superior derogat inferior*. Com esses critérios, Kelsen encerra suas colocações nesta obra a respeito do tema aqui proposto.

No livro *Teoria Geral do Direito e do Estado* (2000), Kelsen segue defendendo a existência de uma norma superior, com a consequente hierarquização das normas que gera a noção de sistema jurídico e forma uma unidade. A obra traz que a Constituição pode determinar o conteúdo de leis futuras, tanto positiva, quanto negativamente. Daí nasceriam as normas gerais, de cunho formal (processual) ou material, que dependem uma da outra para serem aplicadas e desta união entre os dois tipos de normas, floresceria o Direito.

Dentro do contexto proposto por Kelsen, de que as normas sempre buscam validade na norma superior e que essa busca força na norma superior precedente, essa última ligar-se-ia a “um usurpador individual ou uma assembleia” (KELSEN, 2000, p. 168), doravante será analisado o tema proposto em face de suas obras.

Pelo pensamento de Kelsen (2000), o CE de 1965 buscaria validade na Constituição de 1946, que seguiria um encadeamento lógico por meio das constituições de 1937, 1934, 1891 e 1824, essa que foi outorgada por Dom Pedro, após a independência do Brasil em 1822. Com a edição da CF/88, a norma superior voltou a entrar nos padrões de uma constituição normativa. Iniciou-se o processo de recepção das normas infraconstitucionais editadas sob a égide constitucional anterior, no qual muitas delas foram recepcionadas não por sua perfeita compatibilidade, mas pelo fato de que a simples extirpação do ordenamento jurídico seria mais nociva do que a sua continuidade.

Nesse diapasão, a edição de novas normas infraconstitucionais para substituir as normas que buscaram inicialmente validade em outro texto constitucional, foi um processo lento e no caso do CPP, foi realizado pela Lei nº 11.719/08. O CE/65 foi alterado inúmeras vezes por leis editadas sob o égide da Constituição de 1988, por exemplo, com a Lei nº 9.041/95, que dispôs sobre a dispensa da multa referente ao alistamento eleitoral intempestivo, ou a Lei nº 13.105/15, que reduziu os custos das campanhas eleitorais, entre outras coisas.

Todavia, os artigos 355 a 364 não sofreram qualquer alteração desde a edição do CE/65, salvo a realizada pela Lei nº 10.731/03, que institui a obrigatoriedade do depoimento pessoal no Processo Penal Eleitoral.

Dessa forma, a reforma implementada no CPP pela Lei nº 11.719/08, constituiu real adequação do diploma aos preceitos da CF/88,

para reforçar a noção de sistema proposta por Kelsen, que não admite normas conflitantes com a norma maior, pelo fato de que a norma superior é a que dá validade às demais.

Como o capítulo atinente a processo penal dentro do CE/65 não passou ainda por essa adequação (aos preceitos insculpidos na CF/88) e mais uma vez corroborando com a ideia de sistema jurídico defendida por Kelsen, em que não devem existir discrepâncias ao se amoldar um mesmo fato dentro do ordenamento jurídico, o uso do rito previsto no CPP para tratar as infrações penais eleitorais é o mais adequado dentro deste cenário, prevalecendo o critério *lex posterior derogat priori*.

Nesta senda, a noção de sistema apregoada por Kelsen se revela como o verdadeiro método de solução da antinomia jurídica sob estudo, eis que não deve haver conflito entre a norma superior e as normas inferiores, ou seja, os princípios constitucionais que regem o ordenamento desde 1988 induzem a aplicação do CPP em face do CE. E esse foi justamente o alinhamento extraído a partir da decisão do Tribunal Superior Eleitoral.

5 Considerações finais

O Código de Processo Penal, de 1941 foi editado sob a vigência da Constituição Federal de 1937, marcada pelo autoritarismo, ausência de sufrágio, tripartição de poderes e relativização dos direitos fundamentais. Ambos tiveram um autor em comum, Francisco Campos, que defendia ideais não-democráticos, restando clara no CPP a presunção de culpabilidade do réu. Já o Código Eleitoral, de 1965, foi editado sob égide da Constituição de 1946, mas instituído sob o governo militar e ditatorial de Castello Branco.

A Lei nº 11.719/08 alterou o CPP para privilegiar à celeridade, à defesa efetiva, o sistema acusatório e o contraditório, adequando as disposições do CPP aos novos ditames da Constituição de 1988. Em breve síntese, instituiu a absolvição sumária e postergou o interrogatório do réu para o último ato da instrução. Em comparação com a redação original do CPP, a absolvição sumária era inexistente, tendo o réu que passar por todo o processo para ser inocentado. O interrogatório que era o primeiro ato processual passou a ser o último, permitindo ao réu se valer de todo o conteúdo produzido na instrução processual para ao final construir sua versão dos fatos.

Com a reforma, surgiu a antinomia jurídica entre a aplicação do CPP e do CE, no que tange ao processamento dos crimes eleitorais. E por isso, defende-se a tese jurídica da aplicação dos critérios da hierarquia (*lex superior derogat inferior*) e da temporalidade (*lex posterior derogat priori*) para a solução desta antinomia jurídica. Para demonstrar a consistência de entendimento foi analisado um precedente do TSE, o Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 2-75.2014.6.13.0044, que configura clara derrogação tácita da regra dos artigos 359 e 360, do Código Eleitoral e se alinha ao prisma jurídico de Hans Kelsen, a partir da ideia de sistema e de unidade do ordenamento jurídico. Conclui-se que a edição da Lei nº 11.719/08 foi justamente para adequar o processo penal à Constituição de 1988, sendo, portanto, o contraditório prévio, uma garantia constitucional dos denunciados.

O posicionamento a ser adotado por parte dos Tribunais, portanto, deve conferir forte aplicabilidade aos direitos fundamentais e princípios constitucionais, assegurando ao cidadão o pleno gozo dos direitos previstos na Constituição de 1988, ainda que exista norma no ordenamento em sentido contrário. Observa-se, no REspe - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 2-75.2014.6.13.0044 a opção pela interpretação sistemática do ordenamento jurídico, exaltando a força normativa da Constituição sobre as leis infraconstitucionais. Em decorrência dessa Corte ocupar o topo da pirâmide da justiça especializada, configura-se um norte para os demais Tribunais Regionais e Juízos Eleitorais espalhados pelo território nacional, em se curvar ao entendimento sedimentado. Evidenciou-se que o entendimento correto é que houve a derrogação tácita dos artigos 359 e 360, do Código Eleitoral e aplicação dos critérios da hierarquia e da temporalidade para a solução desta antinomia jurídica, devendo ser adotado o rito processual mais benéfico ao acusado, nos termos da Constituição de 1988 e da Lei nº 11.719/08.

Referências

BALEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. Coleção **Constituições brasileiras**. Brasília: Senado Federal, 2012.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 5. ed. Brasília: OAB, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL. Câmara Federal. **Projeto de Lei nº 4.207 de 2001**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal -, relativos à suspensão do processo, Emendatio Libelli, Mutatio Libelli e aos Procedimentos. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=19605&filename=PRL+1+CCJ-C+%3D%3E+PL+4207/2001>. Acesso em: 6 jul. 2020.

_____. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm> Acesso em: 6 jul. 2020.

_____. Constituição (1946). **Constituição de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 6 jul. 2020.

_____. Constituição (1988). **Constituição de 05 de novembro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 6 jul. 2020.

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em : 6 jul. 2020.

_____. 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#:~:text=DECRETO%2DLEI%20N%C2%BA%207.586%2C%20DE%2028%20DE%20MAIO%20DE%201945.&text=INTRODU%C3%87%C3%83O-,Art,que%20se%20refere%20o%20art.&text=2%C2%BA%20S%C3%A3o%20eleitores%20os%20brasileiros,alistados%20na%20conformidade%20desta%20lei>. Acesso em: 6 jul. 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/14737.htm>. Acesso em: 6 jul. 2020.

_____. Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008. Altera Dispositivos do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, Relativos à Suspensão do Processo, Emendatio Libelli, Mutatio Libelli e aos procedimentos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 6 jul. 2020.

_____. Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015. Altera as Leis nos 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13165.htm>. Acesso em: 6 jul. 2020.

_____. Resolução nº 215, de 02 de dezembro de 1945. Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-resolucao-215-parlamento-nacional/rybena_pdf?file=http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-resolucao-215-parlamento-nacional/at_download/file>. Acesso em: 6 jul. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.649. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 8 maio 2008. DJe 17.10.2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>>. Acesso em: 7 jul. 2020.

_____. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). **Agravo regimental no recurso especial eleitoral nº 2-75.2014.6.13.0044**. Relator: Ministro Tarcísio Vieira De Carvalho Neto. Brasília, DF, 8 março 2018. DJe de 13.4.2018. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/sjur-pesquisa/pesquisa/actionBRSSearchServers.do?tribunal=TSE&livre=&classe=RESPE&numeroProcesso=275>>. Acesso em: 6 jul. 2020.

_____. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). **Agravo regimental no recurso especial eleitoral nº 2-75.2014.6.13.0044**. Relator: Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto. Brasília, DF, 8 março 2018. DJe de 13.4.2018. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/sjur-pesquisa/pesquisa/actionBRSSearchServers.do?tribunal=TSE&livre=&classe=RESPE&numeroProcesso=275>>. Acesso em: 6 jul. 2020.

_____. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). **Habeas Corpus nº 69-09.2012.6.00.0000**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 29 outubro 2013. DJe de 12.2.2014. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=6909&processoClasse=HC&decisaoData=20131029>>. Acesso em: 6 jul. 2020.

_____. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). **Habeas Corpus nº 2957-19.2010.6.00.0000**. Relator: Ministro Marcelo Ribeiro. Brasília, DF, 16 novembro 2010. DJe de 2.2.2011. Disponível em: <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18814738/habeas-corpus-hc-295719-rj/inteiro-teor-104143324>>. Acesso em: 6 jul. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CASTRO, Celso. O golpe de 1964 e a instauração do regime militar. **FGV – CPDOC**. Disponível em: <<http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/FatosImagens/Golpe1964>>. Acesso em: 7 jul. 2020.

FICHTNER, José Antônio; GAMA FILHO, Fabiana. **FGV – CPDOC**. Disponível em: <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/codigo-eleitoral-2>>. Acesso em: 7 jul. 2020.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GOMES, Júlio de Souza; ZAMARIAN, Livia Pitelli. **As Constituições do Brasil**. Birigui: Boreal, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Estado e do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SANTOS, Leandro Galluzzi. 20 anos de vigência da Constituição da República e o processo penal. In: MORAES, Alexandre de (Org.). **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009.

SANTOS, Marco Antonio Cabral dos. Francisco Campos: um ideólogo para o Estado Novo. In: Locus **Revista de História**, Juiz de Fora, v. 13, n. 2, p.31-48, jul. 2007. Bimestral. Universidade Federal de Juiz de Fora. Disponível em: <<https://periodicos.ufjf.br/index.php/locus/issue/view/893>>. Acesso em: 6 jul. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE). **Assembleia Constituinte de 1946**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/julgados-historicos/assembleia-constituente-1946>>. Acesso em: 6 jul. 2020.

VILLA, Marco Antonio. **A História das Constituições Brasileiras**. 2. ed. São Paulo: Leya, 2011.

Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz - Doutor em Direito Constitucional pela Universidad de Sevilla. Professor Permanente - PPGD-Unoesc. Advogado. E-mail: mar.cunhaecruz@gmail.com.

Adriana Martins Ferreira Festugatto - Mestre em Direitos Fundamentais pela UNO-ESC. Servidora do quadro do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, lotada no 094ª Zona Eleitoral. E-mail: adrianafestugatto@gmail.com.

Guilherme Apolinário Aragão - Especialista em Direito Eleitoral pelo IDP-DF. Professor. Advogado. E-mail: guilherme.aragao@gadveconsultoria.com.br.

ATIVISMO CEGO, ESPADA AMOLADA: ENSAIO SOBRE REVISÃO JUDICIAL DE ATOS POLÍTICOS

*Blind Activism, Sharpened Sword: Essay on The Judicial Review of
Political Questions*

Luis Lima Verde Sobrinho

Resumo: O presente artigo aborda a questão do ativismo judicial e a chamada teoria dos atos políticos, na perspectiva de discutir quais seriam os limites da revisão judicial sobre tais atos no Brasil, diferenciando-os dos tradicionais atos administrativos. Com metodologia exploratória e explicativa, o estudo aponta as possíveis limitações ao referido controle e propõe a adoção das ideias de democracia deliberativa e das teorias do diálogo institucional. O Poder Legislativo, enquanto fiscal político natural do governo deve ter maior participação nas lides que envolvem controle judicial de atos políticos, de modo a incrementar a legitimidade de atuação do Poder Judiciário. Juízes podem ser catalisadores do debate constitucional, num esforço para fazer da democracia um regime mais cooperativo e menos adversarial.

Palavras-chave: Separação de poderes. Atos políticos. Revisão judicial. Ativismo judicial. Diálogo institucional.

Abstract: This article analyzes the issue of judicial activism and the so-called theory of political questions to discuss the limits of judicial review concerning political questions in Brazil, differentiating them from traditional administrative questions. The study adopts both exploratory and explanatory approaches and indicates the possible limitations of judicial review, proposing the adoption of deliberative democracy ideas and theories of institutional dialogue. The legislative branch, as a natural political inspector of the government, must have greater participation in the processes that involve judicial review of political questions in order to increase the legitimacy of the judiciary's performance. Judges can be catalysts for constitutional debate in an effort to make democracy a more cooperative and less adversarial regime.

Keywords: Separation of powers. Political questions. Judicial review. Judicial activism. Institutional dialogue.

1 Introdução

Ao lançar o olhar sobre as sociedades humanas, Aristóteles (384 a.C. - 322 a.C.) foi o primeiro a nelas distinguir três funções políticas essenciais: dizer a lei, executá-la e julgar os dissensos de acordo com ela (ARISTÓTELES, 1977). Todavia, a moderna sistematização dessa divisão veio a lume pela pena de Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu (1689-1755), que, examinando a Constituição da Inglaterra, viu ali a semente moderna daquele princípio de organização política, e a partir daí esforçou-se por demonstrar como nessa realização estava a primeira garantia e a verdadeira salvaguarda da liberdade dos povos (MONTESQUIEU, 2008).

Não demoraria para que a experiência demonstrasse que uma separação absolutamente rígida de poderes traria problemas sempre que houvesse desarmonia entre as três instituições, situação que resultaria na seguinte constatação: para se livrar de um tirano, o povo então o teria substituído por outros três. Tal realidade propiciou o surgimento de teoria tendente a resolver o impasse: o sistema dos *checks and balances*, proposto pelos federalistas norte-americanos.

James Madison (1751-1836), a propósito desse ideário, publicou dois artigos em que trata da separação de poderes, que mais tarde seriam reunidos com artigos de Alexander Hamilton e John Jay, para formar a obra intitulada *O Federalista*, publicada em 1788. Ali, Madison propôs as mais conhecidas formas de equilíbrio e interferência de um poder sobre os outros dois, de modo a permitir que o sistema se mantenha estável pela horizontalidade do controle e pelas contenções recíprocas, resultando naquilo que se consagrou chamar de *teoria dos freios e contrapesos* (HAMILTON et al., 1984, p. 393-405).

Dois séculos depois, o Direito e a Ciência Política experimentaram novo problema atinente ao funcionamento das engrenagens da separação de poderes: a questão do ativismo judicial. Com o surgimento da noção de constitucionalismo democrático e de constituição dirigente a partir da segunda metade do século XX, direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais e políticos passaram a ser incorporados nas constituições elaboradas após a Segunda Guerra, e a partir daí entrou em cena o protagonismo do Poder Judiciário, elevado à condição de guardião das novas ordens democráticas e dos direitos fundamentais.

Na ordem do dia, portanto, está o problema do controle judicial das decisões políticas emanadas do Poder Legislativo e, sobretudo, do Poder Executivo. Estaria o princípio da separação de poderes em crise? Nesse contexto, o presente ensaio, tendo como recorte a situação do Brasil pós-1988, objetiva analisar, especificamente, dois temas correlatos: o ativismo judicial e a discussão acerca da (in)sindicabilidade do mérito dos chamados “atos políticos”. Afinal, o que caracterizaria o ativismo judicial e qual o limite de atuação do Poder Judiciário diante dos chamados “atos políticos” ou “atos de governo”?

Com metodologia exploratória e explicativa, o estudo, além desta introdução e da conclusão, apresenta-se em três seções, sendo a primeira sobre o ativismo judicial, a segunda sobre a teoria dos atos políticos e a última sobre a ideia central do trabalho: uma possível resposta à indagação do título – qual o limite de atuação do Poder Judiciário quando da revisão de decisões de natureza política dos demais Poderes?

2 Considerações sobre o ativismo judicial

Um dos legados das revoluções liberais burguesas dos séculos XVII e XVIII, sobretudo a Revolução Gloriosa da Inglaterra (1688), a Independência dos Estados Unidos da América (1776) e a Revolução Francesa (1789), foi o primado do juiz “boca da lei”. Até então, o Estado, bem como a criação e a interpretação do Direito, confundiam-se com a figura e a vontade dos próprios monarcas governantes, de modo que os parlamentos, onde existiam, não passavam de meros conselhos consultivos dos reis. Sepultados os regimes absolutistas após as ditas revoluções, surgiram as primeiras constituições escritas e teve início o movimento que se consagrou chamar de “constitucionalismo”, a partir do qual a teoria de Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, teve grande adesão nas monarquias constitucionais e repúblicas então (re)fundadas (MONTESQUIEU, 2008).

Referida teoria, ao defender a divisão do poder estatal em três funções essenciais (Legislativo, Executivo e Judiciário), realçava a importância do Legislativo, porquanto seria o poder dotado de maior legitimidade representativa e racionalidade plural. Atribuiu-se à lei emanada do Parlamento uma supremacia incontestável. Caberia ao Poder Executivo, na condução do governo, rigorosamente executar o direito legislado, e ao Judiciário, na solução dos conflitos sociais, friamente aplicar aquele direito posto. Vem

daí o primado do juiz “boca da lei”, ou seja, o papel da magistratura deveria se restringir a declarar qual o direito positivo seria aplicável à solução do caso concreto.

A era do constitucionalismo teria durado até a metade do século XX, de modo que após a Segunda Guerra Mundial, inaugurou-se o momento a partir do qual o papel do Estado foi sendo gradativamente redeseenhado. A guerra deixou um cenário de destruição social, econômica e estrutural. Some-se a isso a herança dos inúmeros regimes jurídicos autoritários. As profundas cicatrizes deixadas pelo conflito resultaram na formulação de novas propostas jusfilosóficas dispostas a reconhecer o fracasso do Estado de Direito – o que se verificara durante os regimes totalitários –, apontando para a necessidade de se afirmar a superação da lógica formalista do Direito (TRINDADE, 2012, p. 112).

A partir de tais mudanças, surge a noção de constitucionalismo democrático e de constituição dirigente (CANOTILHO, 2001), e o fenômeno jurídico passa a ser percebido sob um viés de materialidade, de substancialidade, em vez de formalidade. Tudo isso por meio da inclusão de dois postulados centrais: o reconhecimento da força normativa da Constituição (HESSE, 1991) e da incorporação de novas garantias, novos direitos aos cidadãos, com seus respectivos meios assecuratórios (STRECK, 2004). Direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais e políticos passaram a ser incorporados nas constituições elaboradas após a guerra, e a partir daí entra em cena o protagonismo de outro poder: o Judiciário, elevado à condição de fiador das novas ordens democráticas e dos direitos fundamentais.

Para tirar tais direitos do papel, Cortes constitucionais, nesse novo cenário global, assumem a dianteira, em maior ou menor proporção, a depender da realidade própria de cada Estado, em frontal reação à postura do juiz “boca da lei”, criada pelo ideário liberal burguês e fruto do Estado Legislativo de Direito. Surge, portanto, a ideia de Estado Constitucional de Direito e o paradigma do *neoconstitucionalismo*, como suposta superação do *constitucionalismo*. “O resultado disso será um constitucionalismo voltado à superação da debilidade estrutural do âmbito jurídico presente no Estado Legislativo de Direito”, aponta Oliveira Neto (2011, p. 550).

O neoconstitucionalismo teria como características essenciais: i) a relação conceitual entre Direito e Moral, restabelecida pela incorporação, nas Constituições, de princípios de justiça de caráter ético-político (*constitucionalismo ético*); ii) grande parte das normas constitucionais configuram-se

como princípios – e, portanto, são estruturalmente diferentes das regras – os quais implicam valores e se encontram em constante conflito, sobretudo nos chamados casos difíceis; iii) o papel central atribuído à argumentação jurídica, mais especificamente à ponderação, confiada à atividade desempenhada pelos juízes (TRINDADE, 2012, p. 101).

A partir desse contexto, o *ativismo judicial* surge como fruto do paradigma neoconstitucionalista, em reação ao formalismo jurídico e àquela máxima do juiz como mero aplicador da lei. Além disso, o ativismo tem por indissociáveis o Direito e a Política. Segundo Thamy Pogrebinski (2000, p. 2), considera-se ativista o juiz que “(a) use o seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do estado; (b) promova, através de suas decisões, políticas públicas; (c) não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade”.

Especificamente, o ativismo judicial nasce no sistema jurídico norte-americano, em que os precedentes constituem a principal fonte do Direito e, portanto, a atividade jurisdicional implica a própria criação desse (TRINDADE, 2012, p. 110). Tal fenômeno teria atingido seu ápice com a conhecida *Corte Warren* – presidida por Earl Warren, durante as décadas de 1950 e 1960 –, quando decisões históricas foram proferidas, o que provocou verdadeira revolução na hermenêutica constitucional, e influenciou, decerto, a atividade de muitas outras cortes mundo afora, a exemplo do famoso caso *Brown vs. Board Education*, de 1954. Na década de 1970, a *Corte Burger* manteve a tradição das decisões rotuladas de ativistas (WOLFE, 1994).

A primeira menção ao termo ocorreu em 1947, nos Estados Unidos, feita por Arthur Schlesinger, em artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*, publicado na revista *Fortune*, no qual o autor classificou os juízes da Suprema Corte americana como ativistas (*activists*) ou passivistas – os últimos caracterizados pela autocontenção judicial (*self-restrain*) (DIAS; SÁ, 2020, p. 168).

Tendo como premissa maior a divisão das normas jurídicas em duas espécies, princípios e regras, o primeiro elemento a caracterizar o ativismo judicial seria a presença de decisões fundamentadas substancialmente em princípios, afastando ou negando a aplicabilidade de regras específicas para a *fattispecie* (TEIXEIRA, 2012, p. 46). A partir desse traço essencial que o caracteriza, o ativismo judicial pode se manifestar de forma positiva ou negativa, segundo a classificação de Anderson Vichinkeski Teixeira (op. cit.).

Ativismo judicial positivo seria “aquele que se enquadra no padrão de racionalidade jurídica vigente no ordenamento em questão e busca, em última instância, assegurar direitos fundamentais ou garantir a supremacia da Constituição” (TEIXEIRA, 2012, p. 46). Ainda segundo Teixeira (op. cit., p. 52), estando-se diante de algum dos seguintes elementos, pode-se cogitar de ativismo *positivo*: (1) decisão fundamentada substancialmente em princípios jurídicos, sobretudo os constitucionais; (2) decisão que busque precipuamente assegurar direitos fundamentais; (3) decisão orientada à garantia da supremacia da Constituição; e (4) decisão sustentada por técnicas hermenêuticas que não extrapolem a *mens legis* e não derroguem a *mens legislatoris* do ato normativo em questão.

Mesmo para os teóricos mais críticos ao ativismo judicial, parece não haver dúvida de que os direitos fundamentais devem preponderar, como regra, frente às demais normas do ordenamento jurídico, inclusive aquelas que possuam status constitucional. Dito isso, o ativismo judicial, quando presidido pelas diretivas acima sugeridas, em tese não mereceria reproche hermenêutico. Aliás, há quem defenda, a exemplo de Teixeira (op. cit., p. 52), tratar-se de “uma patologia constitucional cada vez mais necessária – desde que seja na sua vertente positiva –, para a proteção do indivíduo contra as omissões ou excessos do Estado”.

Já o *ativismo judicial negativo* se fará presente sempre que preponderar “um padrão de racionalidade eminentemente político” (TEIXEIRA, 2012, p. 46). Dentre as diversas concepções encontráveis sobre a manifestação deletéria do ativismo judicial, uma das mais amplas talvez seja a de William Marshall (2002), que enumera sete comportamentos nocivos: 1) quando os tribunais discordam de decisões tomadas por órgãos democraticamente eleitos (ativismo contramajoritário); 2) quando os tribunais desconsideram as concepções mais estritas do texto legal ou, então, a intenção original dos autores da Constituição (ativismo não originalista); 3) quando os tribunais rejeitam a aplicação de precedentes estabelecidos (ativismo de precedentes); 4) quando os tribunais não obedecem os limites formais estabelecidos de sua atuação, e ultrapassam as competências a eles conferidas (ativismo jurisdicional); 5) quando os tribunais criam, materialmente, novos direitos e teorias por meio da doutrina constitucional (ativismo criativo); 6) quando os tribunais impõem obrigações positivas aos outros poderes ou controlam o cumprimento das medidas impostas (ativismo remediador); 7) quando os

tribunais decidem com a finalidade de atingir objetivos nitidamente partidários ou de determinado segmento social (ativismo partisan).

Na Europa, o ativismo tomou impulso a partir do movimento nascido na Alemanha chamado *jurisprudência de valores*. Após o término da guerra, com a promulgação da Constituição de Bonn em 1949, o Tribunal Constitucional alemão recebeu a missão estratégica de romper com o modelo jurídico vigente, de base nazista, e, paralelamente, legitimar as recentes decisões tomadas com base no novo regime, instaurado pelos aliados. Nesse contexto, buscando superar os impasses da velha legislação e romper com o positivismo legalista, a *jurisprudência de valores* se viu obrigada a recorrer a alternativas metodológicas – muitas vezes invocaram-se direitos supraleais – capazes de evitar o formalismo que caracterizava a tradição jurídica alemã (TRINDADE, 2012, p. 112 - 113).

No Brasil, essas duas experiências – a norte-americana e a alemã – terminaram produzindo efeitos diretos a partir da promulgação da CF, o que resultou na geração de um ativismo *sui generis*, que vem sendo praticado não apenas pelo STF, mas também pelas demais instâncias do Poder Judiciário, inclusive pelos juízes singulares. A ausência, no Direito brasileiro, de mecanismos formais de unificação vinculante de jurisprudência é fator de grande insegurança jurídica num cenário de crescente ativismo judicial.

O resultado disso, aponta Trindade (op. cit., p. 117), foi a institucionalização de um “verdadeiro ativismo judicial às avessas, em que se confere discricionariedade aos juízes para, nos casos concretos, buscarem em suas consciências uma solução que atenda aos fins de justiça social”, de modo a se ter “14 mil magistrados em atividade, cuja grande maioria ainda entende que a interpretação é um ato de vontade e que, portanto, está à disposição do juiz” (TRINDADE, 2012, p. 116). Em síntese, “o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a *escolha* do juiz é dependente do *desejo* de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar” (GARAPON, 1996, p. 54).

3 A teoria dos atos políticos

A teoria dos atos políticos possui matriz tanto no Direito estadunidense (*political question doctrine*), quanto no francês (*théorie des actes de gouvernement*). As controvérsias do tema já se iniciam na denominação. Encontram-se, com maior frequência, as expressões “ato de governo” e “ato

político”. No léxico norte-americano, todavia, utiliza-se a locução “*political questions*”, enquanto que no inglês, “*acts of state*” (MEDAUAR, 1993; QUEIROZ, 1990; CRETELLA JÚNIOR, 1987).

A essência do pensamento assenta na ideia de que certos atos estatais não estariam sujeitos à revisão judicial. Vale ter presente que o século XVIII propiciou duas das mais importantes revoluções liberais burguesas do mundo: a Independência dos Estados Unidos da América (1776) e a Revolução Francesa (1789). A adoção de um rígido modelo de separação de poderes, em ordem a conter a tirania estatal, foi a bandeira comum nas duas Revoluções, surgindo a partir daí a ideia de que o Poder Judiciário não teria legitimidade para desconstituir atos de governo.

Cumprе rememorar que, no Brasil, por exemplo, as Constituições de 1934 e de 1937 continham cláusulas expressas que afastavam da revisão judicial as questões “exclusivamente políticas”. Além do mais, mesmo sob a égide das Constituições anteriores – a imperial de 1824 e a republicana de 1891 –, apesar de inexistirem regras explícitas nesse sentido, o próprio Poder Judiciário adotava jurisprudência de autocontenção, recusando-se a avançar sobre decisões políticas dos demais poderes.

Contudo, a era do constitucionalismo, inaugurada após a Segunda Guerra Mundial, tratou de elevar o Poder Judiciário ao patamar de fiador da ordem democrática e dos direitos fundamentais recém-inseridos nos textos constitucionais, enfraquecendo, ou mesmo neutralizando, a velha máxima de que haveria atos estatais postos acima do alcance da revisão judicial. No Brasil, desde a Constituição de 1946, vigora o *princípio da inafastabilidade da jurisdição*, o qual, na vigente Constituição de 1988, situa-se no art. 5º, inciso XXXV, a saber: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Sendo assim, ao menos no Brasil, há muito já não se cogitam de atos estatais insindicaáveis, ainda que possuam natureza eminentemente política. Quando muito, a possibilidade de revisão judicial do ato pode ser limitada, porém, jamais afastada. Restaria saber quais seriam os tais limites.

Numa democracia, não há falar em atos infensos ao controle judicial. A responsabilidade institucional associa-se à chamada *horizontal accountability*, ou seja, “a capacidade de certas instituições [...] controlarem a actividade das outras [...] e dos respectivos titulares”, afirmam Correia e Pinto (2010, p. 37). Conforme as lições de Pedro Lomba (2008, p. 76-77), “quanto mais representativos, mais responsáveis foram e são obrigados a

ser os titulares do poder público”, de modo que a responsabilidade política ou a *accountability* significa a “obrigação de prestar contas”. Sendo assim, qualquer bandeira que se erga a defender a impossibilidade de revisão judicial de atos de governo estará a serviço do autoritarismo. A discussão deve circunscrever-se, apenas, ao *quanto* de revisão judicial é possível; nunca ao se é possível.

Vencido, pois, o ideário da insindicabilidade dos atos políticos, a teoria em exame mantém relevância científica, na medida em que propõe a existência, ao lado das funções legislativa, administrativa e jurisdicional, de uma quarta, denominada “função política” ou “função de governo”, cujo desempenho caberia, em maior medida, ao Poder Executivo, e que possuiria natureza jurídica própria. Aqueles que defendem a existência autônoma dessa quarta dimensão de poder sustentam que as funções estatais não podem mais ser concebidas pelo modelo clássico do século XVIII, de sorte que nem só de atos administrativos viveria o Poder Executivo, porquanto, ao lado destes, seriam produzidos, também, os chamados “atos políticos”. Governar e administrar seriam, pois, coisas distintas, à luz de tal teoria (QUEIROZ, 1990). A própria CF evidencia isso ao tratar, separadamente, da *Administração Pública* no Capítulo VII do Título III (Da organização do Estado), e da *organização dos Poderes* no Título IV.

Haveria, portanto, um dualismo orgânico-institucional entre Administração Pública, cujo titular é a burocracia, e governo e parlamento, cujo titular é a classe política. A burocracia seria caracterizada, na tradição de Max Weber (1982), como uma organização formal que se pauta por regras fixas na sua atuação, nomeadamente, pelos princípios da competência, da hierarquia, da carreira escalonada etc. A burocracia seria caracterizada por subordinar-se a decisões políticas (WEBER, 1982). A tomada de decisões para serem executadas pela burocracia cabe basicamente à classe política. Em consonância com tal função, a estrutura desta última é, no essencial, distribuída não hierarquicamente, mas horizontalmente; as competências não estão tão claramente delimitadas (cláusulas abertas); e ao princípio da carreira escalonada contrapõe-se a dependência de eleições periódicas.

Antes que se possa imaginar que *ato político* seria apenas outra face do ato *administrativo discricionário*, cumpre observar que a literatura que se debruça sobre o tema estabelece nítida distinção entre tais coisas (FERNÁNDEZ-VALMAYOR, 1967). Os atos políticos retirariam seu fundamento de legitimidade diretamente das constituições, sem *interpositio legis*.

Já o ato administrativo, seja o vinculado ou o discricionário, retiraria semelhante fundamento de normas infraconstitucionais. Outra elementar diferença diria respeito aos sujeitos que praticam tais atos – quaisquer agentes públicos seriam competentes para praticar atos administrativos, enquanto que atos políticos somente poderiam ser praticados por agentes políticos (os ocupantes de cargos estruturais na organização política do País, cujas funções são típicas de Estado). Demais disso, numa escala a partir do ato administrativo vinculado, passando pelo ato administrativo discricionário e findando no ato político, o espaço para revisão judicial seria decrescente. É dizer: a sindicabilidade judicial do ato administrativo vinculado seria máxima e a do ato político seria mínima.

Ato político, pois, é “ato jurídico voluntário”, que corresponde, concretamente, a uma manifestação de vontade de um órgão ou agente do poder político do Estado, concernente à prossecução dos seus fins e ao exercício de suas funções, manifestação de vontade essa que visa à produção de efeitos jurídicos, afirma Marcelo Rebelo de Sousa (1988, p. 106). Os atos políticos, portanto, refletem as opções fundamentais de uma sociedade, manifestadas por meio do regular processo democrático, cuja finalidade é definir os rumos do Estado. Essencialmente, tais atos vinculam-se apenas aos fins primários do Estado, cuja generalidade e amplitude condizem com a necessária margem de discricionariedade existente na formação da vontade política (SOUSA, 1988).

Os atos políticos são praticados pelos órgãos de cúpula dos poderes constituídos que exercem a função política (basicamente, parlamento e governo) e estão descritos diretamente na Constituição, sem que o rol, todavia, seja taxativo (PIÇARRA, 1989). Para os fins a que se destina este trabalho, interessa mencionar aqueles cuja competência é constitucionalmente atribuída ao Presidente da República. Nada obstante, releva destacar que o Congresso Nacional (art. 49), a Câmara dos Deputados (art. 51) e o Senado Federal (art. 52) também possuem competência para editar atos políticos, como, por exemplo, autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente (Congresso Nacional); autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado (Câmara dos Deputados); processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de

Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles (Senado Federal).

Assim sendo, os atos políticos ou de governo exercitáveis pelo chefe do Poder Executivo Federal estariam basicamente descritos no art. 84 da CF, segundo o qual compete privativamente ao Presidente da República, v.g., nomear e exonerar os Ministros de Estado (inciso I); sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução (inciso IV); vetar projetos de lei, total ou parcialmente (inciso V); manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos (inciso VII); celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional (inciso VIII); decretar o estado de defesa e o estado de sítio (inciso IX); conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei (inciso XII); nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, se determinado em lei (inciso XIV); declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional (inciso XIX); celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional (inciso XX); conferir condecorações e distinções honoríficas (inciso XXI) etc.

Conforme se vê, a CF consagrou expressamente espécies de atos que, não compreendidos em nenhuma das demais funções de Estado, podem ser qualificados como atos políticos. Marçal Justen Filho (2014, p. 125), por sua vez, esclarece que a função de governo:

[...] indica um conjunto de competências não relacionadas propriamente à satisfação de necessidades essenciais. São aquelas atinentes à existência do Estado e à formulação de escolhas políticas primárias. [...] A função de governo também envolve a realização dos direitos fundamentais, mas não consiste numa medida diretamente referida a isso. Quando um presidente firma um tratado internacional, desempenha uma função política. Mas há função administrativa quando firma um contrato administrativo. A distinção não é simples, especialmente porque existem elementos políticos no desempenho de função administrativa, tal como há uma carga administrativa na função política.

Ainda que perceptível, em algumas situações, a distinção entre atividades de governo (decisões políticas fundamentais sobre políticas públicas, sobre relações exteriores etc.) e atividades administrativas (prestação de serviços públicos, licitações etc.), fato é que não existe fronteira rígida entre essas duas funções. A distinção, algumas vezes, é utilizada com o propósito de blindar atos políticos do controle judicial, o que, na vigente ordem constitucional brasileira, deve ser refutado, pois ato jurídico nenhum – tenha natureza política ou administrativa – escapa, em princípio, da possibilidade de revisão judicial, por força do art. 5º, XXXV, da CF, o que resta demonstrado, v.g., pelo fenômeno da judicialização da política.

Essa dificuldade de delimitação dos espaços da função política e da função administrativa resulta, pois, na constatação de que “na prática da atuação do Executivo ocorre, em geral, um emaranhado de governo e administração, o que, segundo alguns, permite evitar um governo puramente político e uma administração puramente burocrática”, assinala Odete Medauar (2006, p. 47). De fato, é evidente a existência de uma interface entre ambas as funções. Contudo, sendo as funções administrativa e política distintas, tecnicamente deve existir uma linha divisória entre elas, ainda que tênue, sob pena de se aplicar a certos atos o regime jurídico destinado a outros.

Por fim, cumpre mencionar que a teoria do ato político encontra resistências doutrinárias, como a oferecida por Nuno Piçarra (1989, p. 240), para quem:

A ideia de uma profunda fronteira entre o binómio Governo-Parlamento e a Administração é, contudo, insustentável: no Estado constitucional, a Administração é necessariamente dirigida pelas forças políticas. Por outro lado, a própria burocracia traz em si elementos inegavelmente políticos, o que é especialmente evidente no caso das chefias burocráticas ministeriais. A separação destas da classe dos dirigentes políticos não é material, mas formal-institucional. Porque a condução da burocracia está (deve estar), em última instância, nas mãos dos dirigentes políticos sediados no governo e no parlamento, ela não pode apresentar-se perante estes como absolutamente autónoma e independente.

Outra espécie de crítica recebida diz respeito à suposta pretensão, dessa teoria, de afastar o controle judicial sobre atos que seriam artificialmente rotulados como “políticos”. Nesse sentido, Fernández-Valmayor (1967, p. 128):

[...] podemos afirmar sin ninguna duda la inexistencia de una categoría de actos llamados ‘políticos’ o de gobierno. El predicar la politicidad de un acto con el fin de excluirlo de la revisión judicial sólo puede obedecer a razones de oportunidad política injustificables desde el punto de vista jurídico, y constituye un arbitrario atentado contra los derechos y libertades de los ciudadanos, que en todo Estado de Derecho deben estar perfectamente garantizados.

A questão, contudo, não é colocar Governo e Administração Pública como instituições independentes e autônomas, defrontadas em pé de igualdade. A Administração, em última instância, é governada por agentes políticos, e à política de Estado se submete. O que releva distinguir é a natureza jurídica dos atos praticados por um e por outro sistema. A Administração Pública produz atos administrativos; o governo produz atos políticos. Demais disso, a autonomia dos atos políticos não lhes retira o DNA de atos jurídicos e, por isso mesmo, permanecem sujeitos ao controle de verificação de regularidade em face da ordem jurídica, e isso não está em discussão, sobretudo no Brasil, onde existe previsão constitucional expressa sobre a inafastabilidade da jurisdição. Em que pese a crítica dos refratários à teoria dos atos políticos, tal diferenciação parece bastante coerente e útil para a compreensão do problema da judicialização da política e do ativismo judicial. A teoria em debate fornece ricos elementos de reflexão acerca dos possíveis limites para uma revisão judicial legítima, o que será abordado na próxima seção.

4 Limites ao controle judicial de atos políticos

“Justiça Federal suspende posse de Cristiane Brasil no Ministério do Trabalho” (G1, 08/01/2018); “Ministra Cármen Lúcia suspende dispositivos de decreto que amplia regras para concessão de indulto” (STF, 28/12/2017); “Nomeação de Moreira Franco como ministro é suspensa pela segunda vez” (Conjur, 09/02/2017); “Ministro Teori Zavascki afasta deputado Eduardo Cunha de funções na Câmara” (Conjur, 05/05/2016);

“Marco Aurélio manda Cunha dar seguimento a *impeachment* de Temer” (Conjur, 05/04/2016); “Gilmar Mendes suspende nomeação de Lula como ministro da Casa Civil” (G1, 18/03/2016). O que essas manchetes de jornal têm em comum? Todas dizem respeito a controle judicial exercido sobre atos políticos. O que elas têm de incomum? Em todas, o Judiciário proferiu a palavra final sobre decisões políticas de outros Poderes. Já se adianta que não é pretensão deste ensaio analisar as razões meritórias de cada uma dessas decisões judiciais. O objetivo ora desejado é tão somente o de trazer uma possível reflexão sobre os limites constitucionais da sindicabilidade de atos políticos.

Conforme já foi visto, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, segundo o art. 5º, XXXV, da CF. Assim, todo e qualquer ato, comissivo ou omissivo, inclusive político, que venha a ameaçar ou lesar direitos, estará sujeito à revisão judicial. As duas Constituições anteriores – 1946 e 1967/69 –, que continham semelhante garantia, eram mais restritivas, porquanto limitavam o controle judicial apenas aos casos de efetiva *lesão a direitos individuais*. Em ambas, a redação era a mesma: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. A CF de 1988 tratou de ampliar a garantia, ao incluir, além da lesão efetiva, a *ameaça* de lesão, e retirando o adjetivo *individuais* para proteger *qualquer* direito. Dito isso, evidencia-se que a política encontra-se “submetida a um complexo de sistemas de imposições e limitações constitucionais. Da sua conformidade ou desconformidade com a parametricidade da norma constitucional depende em larga medida a questão da sua constitucionalidade” (QUEIROZ, 1990, p. 147).

Seja como for, para efeito de sindicabilidade, é indiferente perscrutar a natureza do ato, porquanto qualquer que seja ela, este será, antes de tudo, ato jurídico. Portanto, o fato de ser ato político não o isenta do controle jurisdicional de validade constitucional. Diga-se mais: tampouco o imuniza de outras formas de controle, a exemplo do controle político exercitável pelo Poder Legislativo ou do controle administrativo a cargo dos tribunais de contas e das controladorias e auditorias internas.

Nesse passo, visto que o ato político retira seu fundamento de legitimidade diretamente da Constituição, os requisitos formais e materiais que lhe conferem validade devem estar todos na própria Constituição. É dizer: não cabe ao Poder Judiciário invalidar ato político com base unicamente em parâmetros infraconstitucionais. Essa seria a primeira limitação

posta, a qual já o diferencia do ato administrativo. Será, pois, a partir da observância satisfatória desses pontos, tais como o atendimento dos requisitos formais e materiais estabelecidos pela Constituição, que se poderá concluir pela validade, regularidade ou existência dos atos políticos e, de modo concludente, por sua acomodação harmônica ao Direito (CALDEIRA, 2014).

Acerca dos requisitos do ato jurídico-constitucional, Marco Caldeira (2014, p. 107) aponta que estes devem: a) ser provenientes de órgãos competentes; b) ser praticados pelo agente político constitucionalmente legitimado, sem contaminação de vício de vontade; c) ser direcionados ao fim previsto na Constituição; d) atender à forma prevista pela Constituição; e) ser o resultado final de procedimento em cujo âmbito observaram-se todas as formalidades estipuladas.

Conquanto seja difícil verificar, algumas vezes, violações diretas a direitos, liberdades e garantias, em decorrência da prática de atos políticos, a observância desses parâmetros surge antes como obrigação constitucional, reveladora de um dever negativo (não fazer), um dever genérico de abstenção, de não violação. Mas isso não basta. A vinculação às normas que estabelecem direitos, liberdades e garantias há de ser observada também na vertente positiva, nos casos em que a preservação desses direitos, liberdades e garantias demande um agir estatal (OTERO, 2007).

Nesse passo, importa dizer que os limites à revisão judicial são de tal ordem que à jurisdição (especialmente a constitucional) competirá dizer o direito sem que, ao fazê-lo, tome as rédeas de outro centro de poder. Esse tem sido o argumento utilizado para limitar, no que pertine ao conteúdo do ato, a atuação da jurisdição constitucional, pois as decisões políticas que integram os atos políticos não poderiam ser apreciadas quanto à conveniência ou à oportunidade, sob pena de manifestação deletéria de ativismo judicial.

Acrescente-se que tanto a competência para produção do ato político, como para a revisão judicial, emanam da própria Constituição, sem hierarquização, de modo que não cabe à jurisdição inovar as razões políticas justificadoras do ato revisado, cingindo sua apreciação à análise do comando constitucional prévio, ao qual o ato político deve (ou deveria) estar vinculado. É dizer: o papel do Judiciário limita-se a *desfazer* o ato, para proteger o direito lesado; jamais *refazê-lo*. Logo, o controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos políticos seria limitado na e pela Constituição.

Especificamente quanto aos vícios estritamente procedimentais do ato político – competência e forma –, a cognição jurisdicional é ampla, não se distinguindo, no ponto, do que ocorre no controle dos atos administrativos. A título de exemplo, se um agente público pratica ato administrativo para o qual não detinha competência legal ou se um agente político pratica ato político para o qual não estava investido de competência constitucional, o Poder Judiciário estará autorizado a invalidar ambos, com a mesma margem de liberdade. A diferença surgiria em relação ao limite de revisão do *conteúdo* do ato político.

De há muito, percebe-se o esforço doutrinário e jurisprudencial no sentido de identificar elementos vinculados nos atos administrativos discricionários, com a possibilidade de controle judicial desses aspectos: incompetência do agente, vício de forma e desvio de finalidade. Eduardo García de Enterría (1995), referindo-se a uma suposta *luta contra a imunidade da Administração*, elenca as seguintes conquistas rumo à ampliação da sindicabilidade dos atos administrativos discricionários: a) reconhecimento de que todos os atos discricionários possuem elementos regradados – competência e forma – suscetíveis de sindicância judicial; b) inclusão da finalidade como um dos aspectos sindicáveis dos atos administrativos; c) admissão do controle da veracidade ou não dos fatos determinantes dos atos da Administração; e d) a distinção entre discricionariedade e conceito jurídico indeterminado, permitindo-se maior controle acerca destes últimos.

Todavia, em relação à revisão judicial de atos políticos, não se devem simplesmente transplantar esses mesmos parâmetros de controle de atos administrativos discricionários, dada a natureza jurídica diversa. Por dever de obediência ao princípio da separação de Poderes, cabe ao Poder Judiciário adotar comedimento no controle do mérito do ato político. Competirá à decisão judicial, em qualquer caso, apontar qual direito foi ameaçado ou violado pelo ato político e quem são os titulares de tal direito. A simples invocação de violação aos princípios da moralidade, da razoabilidade ou da eficiência, enquanto fundamentação autônoma, deve ser rechaçada, dado o excesso de abertura semântica e a incompletude conceitual desses valores, os quais, quando muito, poderiam servir de reforço argumentativo para fundamentações constitucionais outras. Especificamente quanto à razoabilidade e à eficiência, não há sequer consenso sobre se seriam verdadeiramente princípios. No ponto, vale a lição de Humberto Ávila (2005, p. 3), para quem:

A eficiência e a razoabilidade, embora comumente denominadas de princípios pela doutrina, são examinadas como postulados, na medida em que não impõem a realização de fins, mas, em vez disso, estruturam a realização dos fins cuja realização é imposta pelos princípios. São, por assim dizer, normas estruturantes de segundo grau.

Quanto à moralidade, a “pesquisa da imoralidade é mais exigente do que a da ilegalidade e, sem dúvida, muito mais difícil”, observa Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992, p. 11). Conforme preceitua a vigente ordem constitucional, um ato estatal não deve respeito apenas à juridicidade, mas também à moralidade, partindo-se da premissa de que Direito e Moral são sistemas distintos. Um dos desafios que se apresenta ao controle judicial de ato político ocorre diante de ato juridicamente válido, porém, supostamente violador de preceitos morais. O melhor exemplo recente talvez seja o “caso Cristiane Brasil”, deputada federal cuja nomeação para o Ministério do Trabalho, feita pelo então presidente da República Michel Temer em 2018, foi barrada pela Justiça (Ação Popular n. 001786-77.2018.4.02.5102, da 4ª Vara Federal de Niterói-RJ, cuja liminar foi mantida pelo TRF-2, suspensa pelo STJ e restaurada pelo STF na Reclamação n. 29.508/DF), com base no princípio da moralidade administrativa, tendo em vista possuir, a nomeada, condenações em ações trabalhistas, fato que seria incompatível com o status exigido para um ministro do Trabalho.

O controle dos atos políticos juridicamente válidos, porém, supostamente imorais, não deve ficar a cargo do Poder Judiciário – cujo papel não é ser guardião da moralidade pública –, mas sim submetido ao controle popular das urnas, ao controle político do parlamento e ao controle administrativo *interna corporis*. Se tudo puder ser decidido com base apenas no juízo binário da moralidade *versus imoralidade*, a racionalidade do Direito cederá lugar à racionalidade moral, e, para o Poder Judiciário, a filosofia moral valerá mais do que a ciência jurídica.

Outro aspecto a merecer destaque diz respeito ao controle judicial exercido sobre os silêncios e as omissões quanto à produção de atos políticos pelos demais Poderes. O exemplo recente mais ilustrativo ocorreu com a decisão do ministro Marco Aurélio, do STF, quando determinou à presidência da Câmara dos Deputados, em 2016, o recebimento e a abertura de processo de impeachment, pendente de apreciação, contra o então vice-presidente da República Michel Temer (medida cautelar no Mandado

de Segurança n. 34.087/DF). Tanto quanto um árbitro de futebol, que não deve atrasar ou adiantar o relógio da partida, não compete ao Poder Judiciário interferir no *timing* da política, sob pena de violação à separação de Poderes. Ressalva-se apenas uma hipótese legítima para o controle em casos tais: se a omissão na produção do ato político vulnerar diretamente o exercício de algum direito fundamental. Esse não parece ter sido o caso da liminar referida.

A solução para o impasse da sindicabilidade dos atos políticos talvez esteja na adoção das ideias de democracia deliberativa e, principalmente, das teorias do diálogo institucional. O conceito de democracia, de acordo com Habermas (1997), é articulado a partir de uma dimensão procedimental, baseada na deliberação. O processo de tomada de decisões políticas, para que ostente legitimidade democrática, precisa ocorrer a partir de uma ampla discussão pública, em que os participantes possam racionalmente debater a respeito dos diversos argumentos apresentados, para somente então decidir. Assim, o caráter deliberativo corresponde a um processo coletivo de ponderação e análise, permeado pelo discurso, que antecede a decisão.

Já as “teorias” do diálogo tentam escapar da armadilha da “última palavra” do Poder Judiciário e defendem uma atitude teórica que rompa com esse dogma. Dois são os seus denominadores comuns: a rejeição da existência de uma última palavra, ou, pelo menos, a de que as cortes constitucionais a detenha por meio da revisão judicial; e a recusa da visão juricêntrica e do monopólio judicial na interpretação da constituição, a qual é e deve ser legitimamente exercida pelos outros Poderes (MENDES, 2013).

Contra a tradição da supremacia judicial, segundo a qual as constituições são normas de ordem superior que só fazem sentido se estiverem acima da política e forem protegidas por um guardião, nasce uma corrente que recusa essa premissa a partir de variados argumentos. Propõe-se que a Constituição é um instrumento interpretável por todos os Poderes. Nesse cenário, a interpretação extrajudicial seria um fenômeno legítimo e desejável. Para os defensores da supremacia, as cortes constitucionais são soberanas na interpretação; para os defensores da democracia deliberativa, tribunais constitucionais são um intérprete a mais dentro de um complexo jogo. Haveria, portanto, vida constitucional fora das cortes, apesar de as teorias centradas na última palavra judicial ignorarem essa constatação (MENDES, 2013).

A questão normativa central não é, portanto, discutir se a interpretação extrajudicial deve ocorrer, mas saber quanta deferência os Poderes

devem conceder-se, reciprocamente, em cada momento. A política pública é produto da interação e da negociação entre os Poderes, em cujo processo há mútuas concessões. A geometria variável desse jogo produz decisões diferentes das que seriam tomadas, isoladamente, por qualquer dessas instituições. Não se trata, pois, de um jogo de “soma zero”, com vencedores de um lado e perdedores de outro, tal qual numa queda de braço. Tem-se, com mais frequência, uma relação do tipo “ganha-ganha”, em que ambos os lados têm parte de seu objetivo atendido. Excetuados os momentos atípicos, o processo não é caracterizado pelo choque frontal entre pretensões opostas e inconciliáveis. Com efeito, o cotidiano político é guiado por acomodações. O Judiciário influencia o rumo das decisões dos outros dois Poderes, sem, contudo, criar impasses. Por esse prisma, sentenças não são um obstáculo insuperável, nem juízes são os heróis do povo. Tribunais aqui não são vistos como inspetores externos à política (MENDES, 2013).

A arena política preocupa-se, primariamente, com as questões de conveniência da política pública. Inobstante, considerações principiológicas também são ponderadas. Nenhum Poder está isento da responsabilidade de apresentar boas justificativas constitucionais. Essas, porém, são secundárias dentro do sopesamento que verdadeiramente conta na decisão política. A Corte, por sua vez, tem na consideração de princípio sua função primária. O processo real, portanto, estaria numa zona cinzenta entre a imposição da vontade de um só e a construção igualitária e horizontal da política pública.

Sendo a Constituição um texto aberto e flexível, interpretações são contingentes e sujeitas a mudanças constantes. Não serão aceitas como corretas para sempre. Há uma permanente dinâmica de ressignificações. Seria um processo de idas e vindas, em que o Judiciário devolve o tema para a sociedade e para os outros Poderes, e vice-versa. As partes se influenciam mutuamente e mudam suas preferências, num laborar de constitucionalismo dialógico.

E como poderia ocorrer esse diálogo institucional no âmbito do controle judicial de atos políticos? O Judiciário, ao ser provocado a revisar determinado ato ou omissão de natureza política do Poder Executivo, poderia trazer para a lide o Poder Legislativo, fiscal político natural do governo, assinalando-lhe prazo para se pronunciar sobre a impugnação. Seria uma oportunidade para o Parlamento exercer seu também legítimo papel de intérprete da Constituição. Estabelecido o contraditório com o Poder Executivo e ouvido o fiscal político natural desse Poder, haveria nítido incre-

mento de legitimidade na atuação do Poder Judiciário, afinal mais legítima será a revisão judicial quanto mais claro estiver que o Parlamento participou da deliberação constitucional.

Em síntese, a revisão judicial tem a capacidade de subverter o status quo, mas não deve fazê-lo de maneira revolucionária. A ela não basta encontrar a decisão mais correta em matéria de princípios, pois, para além disso, vislumbrar alianças é fundamental. Não se trata, a rigor, de deixar demandas judiciais “em aberto”. Ademais, a separação de Poderes admite que a decisão final advenha da combinação da posição de mais de uma agência. É provável que assim sejam produzidas respostas mais criativas e legítimas do que num modelo conflitivo e adversarial.

A revisão judicial não serve somente para proteger os indivíduos da política quando esta sucumbe à irracionalidade, mas para desafá-la a se superar em qualidade. Juízes podem ser catalisadores do debate constitucional, num esforço para fazer da democracia um regime que não apenas separe maiorias e minorias, promova a competição política periódica e divida as elites vencedoras e perdedoras, mas também um sistema capaz de discernir entre bons e maus argumentos. Isso é o que qualifica o debate político.

5 Considerações finais

Numa democracia, todo e qualquer ato estatal deve estar sujeito ao controle judicial. A responsabilidade institucional associa-se à chamada *horizontal accountability* e quanto mais representativos, mais responsabilizáveis serão os titulares do poder público, de modo que a responsabilidade política nada mais é do que a obrigação de prestar contas e o dever de ser fiscalizado. Posto isso, qualquer voz que se levante a defender a “insindicalidade” dos atos de governo estará a serviço de projetos autoritários. A própria CF afasta essa hipótese, quando afirma que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV). Portanto, a discussão não é essa.

Na ordem do dia está o debate sobre quais os limites dessa sindicabilidade judicial. Por tudo que foi defendido neste ensaio, conclui-se não haver espaço para ativismo judicial no controle de atos políticos. Controlá-los exige do Poder Judiciário, vinculação máxima aos comandos positivados na Constituição. Visto que o ato político retira seu fundamento de legitimidade diretamente da Constituição, os requisitos formais e materiais

que lhe conferem validade devem estar todos na própria Constituição. Com isso, não cabe ao Poder Judiciário invalidar ato político com base unicamente em parâmetros infraconstitucionais. Deve a decisão judicial, em qualquer caso, apontar qual direito foi ameaçado ou violado pelo ato político e quem são os titulares de tal direito. A simples invocação de violação aos valores constitucionais da moralidade, da razoabilidade ou da eficiência, enquanto fundamentação autônoma, é juridicamente inadequada, dado o excesso de abertura semântica e a incompletude conceitual desses institutos, os quais, quando muito, poderiam servir de reforço argumentativo para fundamentações constitucionais outras. Demais disso, o controle dos atos políticos juridicamente válidos, porém supostamente imorais, não deve ficar a cargo do Poder Judiciário – cujo papel não é ser guardião da moralidade pública –, mas sim submetido ao controle popular das urnas, ao controle político do parlamento e ao controle administrativo *interna corporis*. Quanto ao controle judicial exercido sobre os silêncios e omissões na produção de atos políticos pelos demais Poderes, não compete ao Poder Judiciário interferir no *timing* da política, sob pena de violação à separação de Poderes. Ressalva-se apenas uma hipótese legítima para o controle em casos tais: se a omissão na produção do ato político vulnerar diretamente o exercício de algum direito fundamental.

Conforme foi ponderado, a solução para o impasse da sindicabilidade dos atos políticos talvez esteja na adoção das ideias de democracia deliberativa e das teorias do diálogo institucional. O Judiciário, ao ser provocado a revisar determinado ato ou omissão de governo, poderia trazer para a lide o Poder Legislativo, fiscal político natural do governo, assinalando-lhe prazo para se pronunciar sobre a impugnação. Seria uma oportunidade para o Parlamento exercer seu também legítimo papel de intérprete da Constituição. Estabelecido, pois, o contraditório com o Poder Executivo e ouvido o fiscal político natural desse Poder, haveria nítido incremento de legitimidade na atuação do Poder Judiciário, afinal mais legítima será a revisão judicial quanto mais claro estiver que o Parlamento participou da deliberação constitucional. Em síntese, a revisão judicial tem a capacidade de subverter o status quo, mas não deve fazê-lo de maneira revolucionária, pela espada das liminares. Juízes podem ser catalisadores do debate constitucional, num esforço para fazer da democracia um regime mais cooperativo e menos adversarial.

Referências

- ARISTÓTELES. **Tratado da Política**. Trad. M. de Campos. Lisboa: Publicações Europa-América, 1977.
- ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, p. 1-25, out./dez. 2005.
- CALDEIRA, Marco. **Actos políticos, direitos fundamentais e constituição**. Lisboa: AAFDL, 2014.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- CORREIA, José de Matos; PINTO, Ricardo Leite. **A responsabilidade política**. Lisboa: Universidade Lusíada, 2010.
- CRETELLA JÚNIOR, José. Teoria do ato de governo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 24, n. 95, p. 73-84, jul./set. 1987.
- DIAS, Eduardo Rocha; SÁ, Fabiana Costa Lima de. O ativismo judicial à luz do pensamento de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição. **Revista de Informação Legislativa (RIL)**, Brasília, v. 57, n. 225, p. 165-179, jan./mar. 2020.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lucha contra las inmunidades del poder**. 3. ed. Madrid: Civitas, 1995.
- FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis Carro. La doctrina de acto político. **Revista de Administración Pública, Madrid**, v. 53, p. 73-130. 1967.
- GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Trad. Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, Jonh. **O federalista**. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

- LOMBA, Pedro. **Teoria da responsabilidade política**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- MARSHALL, William P. **Conservatism and the Seven Signs of Judicial Activism**. University of Colorado Law Review, Chapel Hill, n. 73, p. 101-140. 2002.
- MEDAUAR, Odete. Ato de Governo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 191, p. 67-85, jan. 1993.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. São Paulo: RT, 2006.
- MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional courts and deliberative democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- MONTESQUIEU, Barão de (Charles-Louis de Secondat). **Do espírito das leis**. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 190, p. 1-44, out./nov. 1992.
- OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. A estrita legalidade como limitador democrático da atividade jurisdicional. **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 527-561, jul./dez. 2011.
- OTERO, Paulo. **Instituições políticas e constitucionais**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2007.
- PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.
- POGREBINSCHI, Thamy. **Ativismo judicial e direito**: considerações sobre o debate contemporâneo. Direito, Estado e sociedade. Rio de Janeiro: PUC, 2000.
- QUEIROZ, Cristina M. **Os actos políticos no Estado de Direito**: o problema do controle político do poder. Coimbra: Almedina, 1990.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de. **O valor jurídico do acto inconstitucional**. Lisboa: Gráfica Portuguesa, 1988.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, p. 37-57. 2012.

TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 95-131.

WEBER, Max. **Ensaaios de sociologia**. Trad. Waltensir Dutra. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review**: from constitutional interpretation to judge-made law. Nova York: Rowman & Littlefield, 1994

Luis Lima Verde Sobrinho - Doutorando e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Professor da graduação da Faculdade de Direito do Centro Universitário UniAteneu e da especialização em Direito Público da Universidade Estácio de Sá. Formador credenciado junto à Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará - ESMEC e à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM. Membro associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. Membro do Grupo de Pesquisa Estado, Política e Constituição (CNPq/UNIFOR). Analista Judiciário e Consultor Jurídico da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará - TJCE.

OS EFEITOS DA CLÁUSULA DE VOTAÇÃO NOMINAL MÍNIMA NO SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO

Effects of the Minimum Nominal Voting Clause in the Brazilian Electoral System

Henrique Kurscheidt

Resumo: O presente artigo tem por objetivo apresentar o sistema proporcional adotado pelo direito eleitoral brasileiro para preenchimento das vagas nas eleições de Deputados Federais, Deputados Distritais e Estaduais e de Vereadores, os objetivos e razão de ser de tal sistema e ponderar o efeitos trazidos em tal sistemática pela cláusula de votação nominal mínima, instituída pela Minirreforma Eleitoral de 2015 (Lei 13.165/2015), que deu nova redação ao art. 108 da Lei 4.737/1965 (Código Eleitoral), para vedar a eleição de candidatos, nas eleições proporcionais, cuja votação não alcance 10% do quociente eleitoral e que foi recentemente declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 5920).

Palavras-chave: Direito eleitoral. Sistemas eleitorais. Sistema proporcional. Quocientes eleitoral e partidário. Cláusula de votação nominal mínima.

Abstract: This article presents the proportional system adopted in Brazil to elect deputies at the federal and state levels, deputies of the country's federal district, and city councilors. The study explores the objectives and the reason for the system and discusses how it has been affected by the minimum nominal voting clause, instituted by the 2015 Electoral Reformation (Law 13165/2015). The clause was recently declared constitutional by the Supreme Federal Court (ADI 5920) and changed art. 108 of Law 4737/1965 (Electoral Code), banning the election of candidates, in proportional elections, whose voting does not reach 10% of the electoral quotient.

Keywords: Electoral law. Electoral systems. Proportional system. Electoral and party quotient. Minimum nominal voting clause.

1 Introdução

A fórmula proporcional, utilizada no direito eleitoral brasileiro para definição dos candidatos vitoriosos nas eleições de Deputados Federais, Estaduais e Distritais e dos Vereadores, é alvo de frequentes críticas por ser pouco compreendida pelo eleitorado e por não raro levar a resultados que geram perplexidade por, aparentemente, distorcerem a vontade popular manifestada nas urnas, como, por exemplo, quando o voto atribuído a determinado candidato acaba servindo para eleger outro, por vezes desconhecido ou representante de corrente ideológica diversa daquela que o eleitor pretendia prestigiar com seu voto, ou, ainda, quando candidatos com baixíssima votação acabam sendo eleitos em detrimento de outros com votações mais expressivas.

O fenômeno dos “puxadores de votos”, como são conhecidos os candidatos que, por contarem com grande popularidade, acabam angariando votos suficientes para preencher por várias vezes o quociente eleitoral e conquistar diversos mandatos para sua agremiação, é um dos mais notórios efeitos nefastos da fórmula proporcional, por permitir a eleição de candidatos com votação inexpressiva e dotados de pouca representatividade, os chamados “caroneiros”.

Para restringir os efeitos da presença dos “puxadores de voto” no resultado das eleições, o legislador ordinário, por meio da minirreforma eleitoral de 2015 (Lei 13.165/2015), alterou a fórmula proporcional e instituiu cláusula de votação nominal mínima, passando a vedar a eleição de candidatos, nas eleições proporcionais, cuja votação não alcance 10% do quociente eleitoral.

A mudança legislativa que instituiu a exigência de votação nominal mínima foi alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (ADI 5920), que, em recente decisão, declarou a constitucionalidade da cláusula de votação nominal mínima.

Assim, dada a recente declaração de constitucionalidade da sistemática trazida pela minirreforma eleitoral de 2015, o presente estudo tem por objetivo analisar os efeitos de tal modificação no sistema proporcional adotado pelo direito eleitoral brasileiro.

Em tal análise, buscou-se realizar ampla revisão bibliográfica acerca do objeto de estudo, orientado pelo método indutivo e estruturado em quatro capítulos, iniciando-se, no primeiro capítulo, com uma apresentação

dos sistemas eleitorais, com ênfase no sistema proporcional; no segundo capítulo são apresentadas as críticas direcionadas ao sistema proporcional brasileiro e as mudanças instituídas pela minirreforma eleitoral de 2015, dentre elas a cláusula de votação nominal mínima; no terceiro capítulo, são apresentados os fundamentos da ADI 5920 e dos principais votos proferidos no julgamento que resultou na declaração de constitucionalidade da exigência de votação nominal mínima e, no quarto e último, os fundamentos do julgado são analisados e sopesadas suas consequências e possíveis soluções alternativas. Por fim, conclui-se que, embora não se possa considerar inconstitucional a exigência de votação nominal mínima, tal modificação, instituída com o objetivo pontual de corrigir a distorção causada pelos “puxadores de voto”, traz consigo outros efeitos nefastos e potencialmente prejudiciais à adequada representação política das diferentes correntes ideológicas e posições partidárias que vigora em nossa democracia, a evidenciar a necessidade de reformas e aprimoramentos mais amplos em nosso sistema eleitoral, sugerindo-se adoção do sistema distrital misto, como possível solução para aumentar a representatividade democrática dos parlamentos, além de possivelmente baratear as eleições e facilitar a governabilidade.

2 Sistemas eleitorais e o sistema proporcional

O procedimento para contabilização de votos e definição dos candidatos eleitos é determinado pelo sistema eleitoral, que constitui, segundo Nicolau (2007,293), o “conjunto de regras que define como (...) os eleitores podem fazer as suas escolhas e como os votos são somados para serem transformados em mandatos (cadeiras no legislativo ou chefia do Executivo)”, ou, no dizer de Norberto Bobbio, o conjunto de “procedimentos institucionalizados para atribuição de encargos por parte dos membros de uma organização ou de alguns deles” (BOBBIO, 1991, 1174).

Sobre o tema, Luís Virgílio Afonso da Silva adverte que:

(...) quanto maior for a manipulação que um sistema eleitoral produz, menor será a efetiva influência que os cidadãos poderão exercer na composição do poder político e, como consequência, menor será o efeito legitimador produzido pelas eleições (SILVA, 1999, 39).

A legislação brasileira prevê a adoção de dois sistemas eleitorais distintos, a depender da natureza do cargo eletivo em disputa: o majoritário,

utilizado na eleição dos chefes do Poder Executivo e Senadores (conforme arts. 28, 29, II, 32, § 2º, 46 e 77, § 2º, da CF/88), e o proporcional de lista aberta, utilizado nas eleições de Deputados Federais, Deputados Distritais e Estaduais e Vereadores (conforme arts. 27, § 1º, 29, IV, 32, § 3º e 45 da CF/88 e art. 83 do Código Eleitoral).

Ao comparar e ressaltar as características de cada um dos sistemas eleitorais adotados no direito eleitoral brasileiro, o ministro Carlos Ayres Brito, em didático voto proferido quando do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, do Mandado de Segurança nº 26.602/DF, em que se discutia se o mandato político pertence ao candidato eleito ou ao seu partido, bem pontuou as características centrais de cada um dos sistemas:

Pelo princípio majoritário de eleição, próprio das candidaturas a cargo de senador da República, a majoritariedade mesma (a significar vitória eleitoral pela obtenção da maioria nominal ou unipessoal de votos) tem que ser alcançada pelos candidatos. Uns em confronto com os outros. Candidatos versus candidatos. Já pelo sistema proporcional de eleição, essa majoritariedade há de ser alcançada pelos partidos políticos e suas eventuais coligações. Uns em oposição aos outros. Partido versus partido, coligação versus coligação. Do que se percebe, instantaneamente, que pelo primeiro sistema (o majoritário) há um componente bem maior de individualidade. De prestígio pessoal de cada um dos contedores. Cada qual a se confrontar, pessoalmente, com seus adversários. Sem que se exija das respectivas agremiações partidárias (isolada ou aliançadamente) nenhum patamar de votos mínimos. Nenhuma cláusula quantitativa de barreira. Tudo se resolve pelo score eleitoral do jogo entre individualizados contedores, que não podem se beneficiar do bom desempenho senão de si mesmos. Logo, sem que se possa falar nem de puxadores de votos nem de caroneiros. Ainda que se trate de eleição para preenchimento de duas vagas em cada Estado e no Distrito Federal. Ora bem, tudo isso é o contrário do que se dá na órbita do sistema proporcional. Aqui, a majoritariedade deixa de ser imediatamente individual para ser coletiva. A performance eleitoral do conjunto dos agremiados é o que mais conta. Exige-se desse conjunto um patamar mínimo de votos, e não dos candidatos de per se. Logo, a exigência da obtenção de maioria de votos (majoritariedade) não se encarna senão em cada partido e em cada eventual coligação¹.

¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms-26602CB.pdf>>.

O traço marcante do sistema eleitoral majoritário é a obtenção de resultado que reflete a vontade da maioria dos eleitores (notadamente quando utilizado o sistema de dois turnos), identificada sobretudo com a pessoa do candidato. O sistema proporcional, que é objeto de análise no presente estudo, visa propiciar a adequada representação política das diferentes correntes de pensamento existentes em determinada sociedade, ainda que de caráter minoritário e que, ao menos no plano ideal, são representadas pelos diversos partidos políticos.

Ao discorrer acerca das finalidades e objetivos do sistema proporcional, Jairo Nicolau ensina que:

a fórmula proporcional tem duas preocupações fundamentais: assegurar que a diversidade de opiniões de uma sociedade esteja refletida no Legislativo e garantir uma correspondência entre os votos recebidos pelos partidos e sua representação. A principal virtude da representação proporcional, segundo seus defensores, estaria em sua capacidade de espelhar no legislativo todas as preferências e opiniões relevantes existentes na sociedade” (NICOLAU, 2004, 37).

No mesmo sentido é o escólio de Norberto Bobbio:

O princípio proporcional acompanha a moderna democracia de massas e a ampliação do sufrágio universal. Partindo da consideração de que, numa assembleia representativa, deve criar-se espaço para todas as necessidades, todos os interesses e todas as ideias que animam um organismo social, o princípio proporcional procura estabelecer a perfeita igualdade de voto e dar a todos os eleitores o mesmo peso, prescindindo de preferência manifesta (BOBBIO, 1991, 1175).

No sistema proporcional de lista aberta, adotado pelo direito eleitoral brasileiro, os partidos políticos possuem papel destacado, sendo a eles inicialmente destinados os mandatos, que são posteriormente distribuídos entre seus candidatos de acordo com o número de votos obtido por cada um.

O número de cadeiras a ser atribuído a cada partido político é definido por meio da aplicação dos chamados quociente eleitoral e partidário. O quociente eleitoral, nos termos do art. 106 do Código Eleitoral, é obtido pelo número total dos votos válidos dividido pelo número de vagas em

disputa em cada circunscrição eleitoral, desprezando-se a fração se igual ou inferior a meio e equivalendo-a a um, se superior.

Em seguida, é obtido o quociente partidário, pela divisão do número de votos obtidos por determinado partido político (votos na legenda e nominais) pelo quociente eleitoral, desconsiderando-se a fração. O resultado dessa divisão, que indica o quociente partidário, equivale ao número de cadeiras a ser inicialmente atribuída a cada partido político, restando as chamadas “sobras” (lugares não preenchidos com a aplicação dos quocientes partidários), que são distribuídas seguindo a sistemática prevista no art. 109 do Código Eleitoral, por meio da divisão do número de votos válidos de cada partido pelo número de lugares por ele obtido mais um, com a atribuição sucessiva das vagas remanescentes àquele que apresentar a maior média.

Finalmente, após a definição do número de cadeiras obtido por cada partido político, as vagas conquistadas são atribuídas a seus respectivos candidatos de acordo com o número de votos nominais obtido por cada um deles em lista aberta.

3 Das críticas e alterações no sistema proporcional

A fórmula proporcional, em razão de sua relativa complexidade e por ser pouco compreendida por parte do eleitorado, conduz, com alguma frequência, a resultados que geram perplexidade e críticas, como, por exemplo, nas hipóteses em que o voto atribuído a um representante de determinada corrente de pensamento ou posição política, acaba servindo para eleger outro candidato, defensor de orientação ideológica oposta, ou na hipótese dos chamados “puxadores de voto”, que, por contarem com grande popularidade e projeção, acabam angariando votações expressivas e que sozinhas garantem diversas das vagas em disputa, levando, por vezes, a eleição de candidatos sem nenhuma representatividade ou experiência política, eleitos apenas por integrarem o partido ou coligação do “puxador de voto”.

As eleições dos deputados federais Enéas Carneiro e, mais recentemente, Tiririca, são exemplos notórios da segunda hipótese, tendo o primeiro obtido votação de mais de 1,5 milhão de votos nas eleições gerais de 2002, que resultou na obtenção de seis cadeiras na Câmara dos Deputados

para seu partido político² e na eleição de um deputado federal que havia obtido apenas 275 votos; em um pleito no qual 17 candidatos com mais de 70 mil votos deixaram de ser eleitos. A história registra exemplo ainda mais extremo, ocorrido na eleição de 1945, na qual um candidato que não registrou nenhum voto nominal (Hermelindo de Gusmão Castelo Branco Filho) acabou sendo eleito deputado federal, pelo então Território do Acre, em razão dos votos obtidos por outro candidato de seu partido político.

Visando corrigir tais distorções, são frequentes as propostas de modificação e aprimoramento do sistema eleitoral pátrio, notadamente no que tange à fórmula proporcional, alvo preferencial dos críticos da atual sistemática, que atribuem a ela a atual crise de representação política.

Nesse sentido, foram aprovadas, nos últimos anos, importantes modificações legislativas, que alteraram substancialmente o sistema de definição dos candidatos eleitos pelo sistema proporcional, dentre as quais se destaca a minirreforma eleitoral de 2015 (Lei 13.165/2015).

3.1 Da minirreforma eleitoral de 2015

A Lei 13.165/2015, promulgada com o declarado intuito de “reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos partidos políticos e incentivar a participação feminina”, alterou em diversos pontos a sistemática eleitoral, tendo, dentro outras modificações, alterado o quórum necessário para julgamento das ações que importem cassação de registro, anulação geral de eleições ou perda de diplomas pelos Tribunais Regionais Eleitorais (art. 28, §§ 4º e 5º, da CE); as datas para requerimento e julgamento do registro de candidato a cargo eletivo (art. 93, caput e § 1º, do CE) e o prazo para realização das convenções partidárias para a escolha dos candidatos (art. 93, § 2º, do CE); instituída a necessidade de realização de novas eleições após o trânsito em julgado de decisão da Justiça Eleitoral que resulte no indeferimento do registro, cassação do diploma ou perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário (art. 224, § 3º, do CE); ampliadas as possibilidades de voto em trânsito (art. 233-A do CE) e restringido o período de propaganda eleitoral (art. 240 do CE).

² Amauri Roblego Gasques com 18.344 votos, Irapuan Teixeira com 668 votos, Elimar Máximo Damasceno com 483 votos, Ildeu Alves de Araújo com 382 votos e Vanderlei de Assis de Souza com 275 votos. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0810200255.htm>>.

No ponto que interessa ao presente estudo, a minirreforma eleitoral modificou o art. 108 do Código Eleitoral, que passou a contar com a seguinte redação:

Art. 108. Estarão eleitos, entre os candidatos registrados por um partido ou coligação que tenham obtido votos em número igual ou superior a 10% (dez por cento) do quociente eleitoral, tantos quantos o respectivo quociente partidário indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido.

Nos termos da nova redação do dispositivo legal transcrito acima, a obtenção de mandato eletivo em eleição proporcional deixou de depender apenas da conquista de posição em lista dentro do número de vagas obtido pela agremiação, passando a exigir, também, a obtenção de votação nominal em número igual ou superior a 10% do quociente eleitoral.

Tal modificação foi realizada com o claro intuito de diminuir os efeitos da presença dos “puxadores de voto” na lista de determinado partido político e dificultar a eleição de candidatos com baixa representatividade e projeção política.

Tendo sido publicada em 29/09/2015, a Lei 13.165/2015 foi aplicada nas eleições gerais de 2018, tendo se mostrado eficaz para reduzir os efeitos da presença dos “puxadores de voto” e restringir as eleições dos chamados “caroneiros”. A título de exemplo, é possível citar a situação do Partido Social Liberal - PSL de São Paulo, que, por força da expressiva votação obtida pelo deputado federal Eduardo Bolsonaro, que angariou 1,84 milhão de votos, possuía votos em número suficiente para eleger 17 deputados, mas, por possuir apenas 10 candidatos com votação igual ou superior ao quociente eleitoral (que correspondia a aproximadamente 30 mil votos), acabou perdendo 7 destas vagas³, que foram distribuídas a outras agremiações.

4 A Ação Direta de Inconstitucionalidade 5920

Em que pese o êxito obtido pela novel legislação em restringir a eleição de candidatos de baixa representatividade na esteira dos “puxadores de voto”, parte da doutrina externou preocupação com os efeitos da ado-

³ Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/545969-mudanca-no-quociente-eleitoral-enfraqueceu-puxadores-de-votos/>>.

ção de tal sistemática em nossa dinâmica eleitoral, principalmente em razão do possível enfraquecimento do já combatido sistema partidário brasileiro, com a diminuição do papel das legendas políticas, enquanto representantes das diversas correntes ideológicas em vigor, em função da necessidade de fomento do voto nominal, em detrimento do voto na legenda, para que seja atingida a votação mínima por número suficiente de candidatos para aproveitamento integral das cadeiras obtidas pela agremiação.

Nesse sentido:

Com o advento da Lei nº 13.165/2015, que passou a exigir cláusula de votação nominal mínima (10% do quociente eleitoral), pode-se gerar uma situação de extrema relevância jurídica, quando, no limite exemplificativo, o partido ou coligação que tenha obtido mais votos não preencha sequer uma vaga, considerando que nenhum candidato obteve a referida cláusula (grande pulverização de votos entre os candidatos do partido ou da coligação ou número espetacular de votos de legenda), ou, ainda como exemplo, quando o partido ou coligação mais sufragada nas urnas alcance um número bem menor de lugares comparado com outros concorrentes que obtiveram votação inferior. É dizer, o modelo atual pode fomentar, na própria agremiação partidária, a necessidade de difundir o voto nominal, o voto em determinado candidato, e não na própria legenda, o que pode enfraquecer ainda mais o próprio sistema partidário brasileiro (MENDES, 2016, 27).

Sob outro aspecto, outros autores apontam que a nova legislação subverte o próprio sistema de representação proporcional, adotado pela Constituição Federal para eleição de deputados federais, estaduais e distritais⁴, ao retirar, no todo ou em parte, as vagas conquistadas pelos partidos políticos em razão da votação individualmente obtida por seus candidatos:

(...) o sistema proporcional citado no texto constitucional se refere ao gênero, cuja finalidade é garantir uma proporção matemática na relação de quantidade de votos e cadeiras, assim como equilibrar a disputa do pleito, dando chances maiores de a minoria ter representação no poder.

Por sua vez, o Código Eleitoral adota como espécie do gênero o sistema de listas, onde o protagonismo da disputa pelo poder consiste

⁴ A aplicação da fórmula proporcional nas eleições de vereadores não está prevista no texto constitucional e sim no art. 84 do CE.

nos grupos – nos partidos. Aqui a essência é dizer quantas cadeiras cada partido conquistou na disputa do pleito, independentemente da fórmula matemática escolhida.

Por fim, a referida norma legal complementa a espécie sistema de lista com a subespécie lista aberta. Qualquer que fosse a subespécie preferida, a sua base teórica é somente para indicar quem serão os representantes dos partidos que conquistaram as cadeiras na disputa eleitoral. A de lista aberta diz que os representantes eleitos serão os mais preferidos dos apoiadores do partido, ou seja, aquele que obteve as maiores votações.

(...)

Com efeito, a exigência de votação mínima para eleger os representantes dos partidos é contraditória com a própria ideia do sistema de listas, bem como com o ordenamento jurídico.

Como visto, na espécie sistema de listas a disputa ocorre somente entre os partidos e coligações. Logo, a cadeira conquistada pertencerá ao partido e não ao candidato, independentemente de sua votação.

(...)

Ora, se a cadeira é conquistada pela espécie de sistema proporcional adotada, não há como uma norma regulamentar de subespécie retirar esse direito adquirido pela espécie. Cabe relembrar que a subespécie escolhida pelo nosso ordenamento é a lista aberta, onde o eleitor escolhe o melhor candidato para representar o partido. A subespécie serve somente para indicar quem representa o partido, não para limitar o acesso e retirar vagas conquistadas. Ademais, aplica-se nessa ideia organizacional do sistema proporcional (gênero, espécie e subespécie) a supracitada lição de Bobbio (1999, p. 53-54), em que há uma hierarquia na qual as normas inferiores (subespécie) devem respeitar as normas superiores em questões formais e materiais, uma vez que somente têm validade por causa dessas normas. Além disso, devido ao fato de o sistema eleitoral proporcional de listas ser positivo e dele decorrer a disputa entre partidos, por força imperativa da lei aos eleitores, há a presunção de que o povo vota em partido, não nas pessoas dos candidatos, visto que, no referido sistema, estes não disputam cadeiras, apenas a representação do partido com seus colegas de associação. De mais a mais, tal norma pode levar ao absurdo de um partido conseguir conquistar n vagas e não eleger ninguém, bem como, de fato, desconsiderar votos válidos e prejudicar os partidos que tenham alcançado quociente eleitoral e partidário, mas não conseguir a exigência da quantidade mínima de votos nominal (VILELA JR, 2016, 138-141).

Na esteira dessas ponderações doutrinárias, a constitucionalidade do limite mínimo de votação individual de 10% do quociente eleitoral para preenchimento das vagas nas eleições proporcionais, instituída pela Lei 13.165/2015, foi questionada pelo Partido Ecológico Nacional, que ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5920) perante o Supremo Tribunal Federal, sustentando, em síntese, que os dispositivos impugnados trazem distorção ao sistema constitucional de representação proporcional, uma vez que possibilitam que um partido ou coligação que possua candidatos de expressão mediana, mesmo que ultrapasse em muito o quociente eleitoral, não obtenha nenhuma vaga, o que, segundo a ADI, traz grave distorção à fórmula proporcional, que visa à união de forças e salvaguarda do direito de minorias no cenário político, em afronta aos arts. 1º, parágrafo único, e 45, caput e § 1º, parte inicial, da CF/88.

A relatoria da ADI 5920 foi atribuída ao ministro Luiz Fux e, em sessão extraordinária realizada no dia 04 de março de 2020, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ação, em votação unânime, declarando a constitucionalidade do art. 4º da Lei 13.165/15, que alterou a redação do art. 108 do Código Eleitoral para instituir a cláusula de votação nominal mínima.

Em seu voto, o ministro relator ressaltou que o eleitor brasileiro em regra vota na pessoa do candidato e que, em todas as democracias do mundo, o que se valoriza é a manifestação de vontade *intuitu personae* do eleitor. Citou dados obtidos na última eleição que demonstram que a aplicação da cláusula de desempenho mínimo impediu a eleição de apenas oito candidatos em todo país, sete deles no estado de São Paulo e um no Rio Grande de Sul; que os oito candidatos impedidos por força da atual redação do art. 108 do CE obtiveram, somados, 171 mil votos e que os candidatos eleitos, que foram beneficiados pela reforma eleitoral, somaram seis vezes mais, totalizando 609 mil votos. Sustentou que não há que se falar em vulneração ao sistema proporcional, pois a minirreforma eleitoral não alterou a regra de quociente eleitoral e quociente partidário. Ressaltou que a Constituição Federal, ao tratar do tema, não desceu a minúcias, tendo adotado o sistema proporcional, mas deixando por conta do legislador ordinário sua regulamentação, que fez uma escolha razoável e que, em regra, deve-se deferência à escolha legislativa.

O ministro Alexandre de Moraes acrescentou que a opção pelo sistema proporcional é definida na Constituição Federal, mas que é a legislação infraconstitucional que estabelece qual sistema proporcional será adotado. Observou que nosso país adotou tradicionalmente algumas ca-

racterísticas que geraram distorções, levando os candidatos de um mesmo partido a disputarem votos entre si e não com os candidatos de outros partidos, o que foi agravado pela possibilidade de coligações em eleições proporcionais, o que acabava levando a um verdadeiro estelionato eleitoral, com a eleição de candidatos de ideologias diversas daqueles que receberam os votos. Reputou que o legislador acertou ao instituir a cláusula de votação nominal mínima, mas, ainda que não tivesse acertado, não seria o caso de inconstitucionalidade. Concluiu afirmando que a cláusula gera maior legitimidade para aqueles que foram eleitos e reforça os partidos políticos.

O ministro Ricardo Lewandowski ressaltou que essa primeira medida, trazida pela minirreforma eleitoral de 2015, é um pequeno passo no sentido de resolver as distorções que ainda persistem no sistema eleitoral brasileiro e visa encontrar um equilíbrio entre prestigiar o partido de um lado e de outro lado o próprio eleitor, tendo destacado, também, que, consoante dados estatísticos apresentados pela Procuradoria-Geral da República, se a nova regra estivesse em vigor nas eleições de 2012, seu impacto teria sido ínfimo, impedindo a eleição de apenas 18 candidatos em todo Brasil.

Finalmente, o ministro Luís Roberto Barroso propôs uma reflexão sobre o sistema proporcional em lista aberta adotado no Brasil, ressaltando que, nas últimas eleições, apenas 5% dos deputados federais foram eleitos com votação própria e 95% dos eleitos obtiveram o mandato graças a transferência de votos proporcionada pela fórmula proporcional. Afirmou que, por conta dessa sistemática, a discussão eleitoral não pode ser programática porque os candidatos concorrem principalmente com os demais integrantes de seu próprio partido político. Concluiu afirmando que o sistema atual é caro, causa baixa representatividade e dificulta a governabilidade e que a exigência de votação mínima trazida pela minirreforma eleitoral de 2015 nada tem de inconstitucional e constitui medida paliativa para minimizar um dos efeitos nefastos do sistema proporcional em lista aberta, que é o dos “pu-xadores de voto”, que, em última análise, é uma fraude à vontade do eleitor, porque permite a eleição de candidatos que não têm votação, em detrimento de pessoas representativas. Mencionou, como possível solução desse quadro, a adoção do sistema distrital misto, na forma da proposta⁵ elaborada pelo Grupo de Trabalho instituído pelo Tribunal Superior Eleitoral.

⁵ Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/arquivos/reforma-do-sistema-eleitoral/rybena_pdf?file=http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/arquivos/reforma-do-sistema-eleitoral/at_download/file>.

O julgado foi assim ementado:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 4º DA LEI FEDERAL 13.165/2015, NA PARTE EM QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 108 DO CÓDIGO ELEITORAL (LEI 4.737/65). REPRESENTAÇÃO PROPORCIONAL. CLÁUSULA DE DESEMPENHO INDIVIDUAL DE CANDIDATO PARA ELEIÇÃO. 10% DO QUOCIENTE ELEITORAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO OU AO SISTEMA PROPORCIONAL. ESPAÇO DE CONFORMAÇÃO DAS REGRAS DO SISTEMA CONFERIDO AO LEGISLADOR PELA CONSTITUIÇÃO. VALORIZAÇÃO DO VOTO NOMINAL CONDIZENTE COM O SISTEMA DE LISTAS ABERTAS E COM O COMPORTAMENTO DO ELEITOR BRASILEIRO. CONSTITUCIONALIDADE. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. A cláusula de desempenho individual de 10% do quociente eleitoral para a eleição não viola o princípio democrático ou o sistema proporcional, consistindo, antes, em valorização da representatividade e do voto nominal, em consonância com o sistema de listas abertas e com o comportamento cultural do eleitor brasileiro. 2. O sistema proporcional impõe regras que devem observar as particularidades da realidade eleitoral do País, considerando aspectos culturais e fáticos, pois na experiência comparada não se percebem modelos perfeitos e pré-determinados. 3. O sistema eleitoral proporcional para a eleição de Deputados Federais, prescrito na Constituição Federal, submete suas minúcias ao legislador ordinário para a conformação da matéria. 4. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e julgados improcedentes os pedidos, para declarar a constitucionalidade do art. 4º da Lei Federal 13.165/2015, na parte em que deu nova redação ao artigo 108 da Lei Federal 4.737/1965 (Código Eleitoral). (ADI 5920, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 04/03/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-169 DIVULG 03-07-2020 PUBLIC 06-07-2020).

5 Análise crítica dos fundamentos da decisão proferida na ADI 5920 e possíveis consequências

Ainda que a discussão acerca da constitucionalidade da cláusula de votação nominal mínima tenha sido superada pela decisão tomada pelo ple-

nário do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI 5920, alguns dos fundamentos adotados no julgado são passíveis de contraposição.

Em primeiro lugar, é de se ressaltar que a perplexidade causada pela potencial transferência de votos obtidos pelo “puxador de votos” para candidatos identificados com corrente ideológica diversa - mencionada em diversos dos votos como uma das razões pelas quais a cláusula de votação nominal mínima seria uma medida positiva - havia sido definitivamente solucionada, em momento anterior ao julgamento, pela supressão da possibilidade de coligações em pleitos proporcionais pela Emenda Constitucional nº 97/2017.

Com a supressão das coligações nas eleições proporcionais, a transferência de votos somente poderá ocorrer entre candidatos integrantes do mesmo partido político e que presumivelmente são partidários de ideias e propostas semelhantes.

Nesse contexto, a exigência de votação nominal mínima, além de desnecessária para solução desse problema específico (transferência de votos para partidário de corrente ideológica diversa), pode constituir um retrocesso no seu enfrentamento. Isso porque, pode propiciar a permanência dessa espécie de distorção em nosso sistema eleitoral, ao permitir que a corrente ideológica mais votada, representada por determinado partido político, nem sempre ocupe a maior parte das vagas em disputa, que podem acabar sendo atribuídas a partido político adepto de corrente ideológica contrária, a exemplo do que ocorreu com o Partido Social Liberal – PSL nas eleições de 2018, que, embora tenha angariado o maior número de votos, não obteve a maior bancada no parlamento.

Além disso, a instituição de votação mínima para obtenção do mandato eletivo, posto que certamente contribua para dificultar a eleição de candidatos de pouca expressão e experiência política, pode, em contrapartida, causar efeito ainda mais nefasto, consistente na sub-representação política dos eleitores que destinem seu voto a candidato que obtenha votação individual superior ao quociente eleitoral e integre partido político em que nenhum outro integrante da lista atinja a votação individual mínima. Caso tal situação ocorra com um dos chamados “puxadores de voto”, essa sub-representatividade política pode atingir parcela considerável do eleitorado, em prejuízo da própria legitimidade democrática do resultado das eleições.

Apenas para citar um exemplo, caso a exigência de votação nominal mínima estivesse em vigor nas eleições gerais de 2002, o deputado federal Enéas Carneiro, a despeito de ter obtido, naquele pleito, votação superior a 1,5 milhão de votos, equivalente a mais de 5 vezes o quociente eleitoral (que foi de 280.298 votos⁶), teria obtido apenas o seu próprio mandato, por não contar com companheiro de agremiação com votação superior a 10% do quociente eleitoral, o que tornaria sem qualquer efeito os votos que excediam o quociente eleitoral, ou seja, nessa hipótese, mais de 1,3 milhão de eleitores, a despeito de terem exercido seu direito ao voto, não seriam adequadamente representados no parlamento.

A mesma distorção pode ocorrer em relação aos votos de legenda, que, com a nova sistemática, passam a possuir menor valor do que os votos nominais, por não contribuírem para o alcance da votação nominal mínima. Embora essa espécie de voto seja tradicionalmente adotada por parcela reduzida do eleitorado brasileiro (aproximadamente 6,58% dos eleitores optaram pelo voto de legenda nas eleições de 2018⁷), inexistente justificativa para se atribuir menor valor ao voto dos eleitores que realizam tal opção, por se identificarem com a linha ideológica defendida por determinado partido político e não com determinado candidato.

Assim, por se tratar de medida que desestimula o voto de legenda, não se pode dizer que a cláusula de votação nominal mínima reforce a importância dos partidos políticos ou sua representatividade. Pelo contrário, reduz a relevância das agremiações partidárias como representantes de determinadas correntes de pensamento e reforça o caráter pessoal nas eleições proporcionais, aproximando-as do sistema majoritário.

Igualmente, é de se destacar que as duas principais distorções apontadas pelo voto do ministro Luís Roberto Barroso não serão solucionadas e, na realidade, poderão ser agravadas pela exigência de votação nominal mínima.

Em seu voto, o ministro Barroso destacou que, nas últimas eleições, apenas 5% dos deputados federais foram eleitos com votação própria e 95% dos eleitos obtiveram o mandato graças à transferência de votos proporcionada pela fórmula proporcional e que, por conta dessa sistemática, a discussão eleitoral não pode ser programática porque os candidatos concorrem principalmente com os demais integrantes de seu próprio partido político.

⁶ Disponível em: <http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/relatorio_eleicoes/relatorio.pdf>. p. 188.

⁷ Disponível em: <<http://divulga.tse.jus.br/oficial/index.html>>.

Contudo, a transferência de votos, que é inerente ao sistema proporcional, continuará a ocorrer, a despeito da exigência de votação individual mínima, com o agravante de que as vagas não aproveitadas pela ausência de candidato com votação superior ao percentual mínimo serão transferidas para candidato de partido político diverso, dissociando a representação democrática no parlamento da vontade popular manifestada pelo sufrágio.

Da mesma forma, a concorrência interna nos partidos políticos será ainda mais acirrada, em vista da necessidade de preenchimento da votação nominal mínima, reduzindo-se os estímulos à discussão eleitoral programática, notadamente pela redução do valor do voto de legenda. Tais circunstâncias, ao invés de facilitar, poderão tornar ainda mais difícil a formação de maiorias e a governabilidade, por diluir as vagas do parlamento entre um maior número de partidos políticos.

Por tudo isso, é possível concluir que a exigência de votação individual mínima no pleito proporcional aumenta a complexidade de um sistema que já é pouco compreendido pelo eleitor e descaracteriza o sistema proporcional adotado no Brasil, aproximando-o do sistema majoritário.

Esse cenário descortina a necessidade de modificação mais ampla no sistema eleitoral a fim de garantir a igualdade e direito de voto de todos os eleitores. Sensível a essa realidade, o TSE instituiu, por meio da Portaria 114/2019, Grupo de Trabalho, coordenado pelo ministro Barroso, visando à elaboração de propostas de reforma do sistema eleitoral e da legislação eleitoral. Os estudos do grupo de trabalho resultaram em relatório que propõe a adoção de um sistema distrital misto nas cidades com mais de 200 mil habitantes, como possível solução para aumentar a representatividade democrática dos parlamentos, além de, provavelmente, baratear as eleições e facilitar a governabilidade.

A proposta foi apresentada nos seguintes termos:

Como alternativa ao sistema atual, defende-se a adoção do sistema eleitoral distrital misto, que conjuga os sistemas proporcional e majoritário de representação, na linha do sistema adotado na Alemanha. Numa descrição sumária e simplificadora, o sistema funciona como exposto a seguir. Metade da Câmara dos Deputados é composta por parlamentares eleitos em distritos e a outra metade por candidatos eleitos pelo voto partidário. O eleitor, assim, tem dois votos: (i) um voto direto em um candidato no distrito (pelo sistema majoritário,

em que o mais votado obtém a vaga); e (ii) outro voto em uma lista apresentada pelo partido (pelo sistema proporcional, em que o partido obtém o número de vagas correspondente à sua votação). Com o primeiro voto, elegem-se os representantes do distrito. Os Estados são subdivididos em distritos correspondentes ao número de cadeiras a serem preenchidas. Ilustrativamente: se o Estado tiver 10 milhões de eleitores e forem 20 as vagas a serem preenchidas pelo voto distrital, formam-se 20 distritos de 500 mil eleitores. Cada partido lança um candidato por distrito. À semelhança do que ocorre na eleição para Prefeito de Municípios com menos de 200 mil eleitores e Senador, o mais votado obtém a vaga, em um único turno. Há diversas vantagens na dimensão distrital do modelo: a) o barateamento da eleição, pois o candidato faz campanha para um número muito menor de eleitores, em espaço geográfico reduzido; e b) o aumento da representatividade democrática, pois o eleitor sabe quem representa o seu distrito na Câmara. Quando o representante candidatar-se à reeleição, o eleitor poderá verificar o desempenho do parlamentar ao longo do mandato e saber se deseja ou não reelegê-lo. Com o segundo voto, o eleitor escolhe o partido de sua preferência. A fórmula tradicional consiste em os partidos apresentarem uma lista fechada e pré-ordenada de candidatos (que, idealmente, deveria ser formada em eleições primárias internas ou a partir de outros procedimentos democráticos). Para evitar uma eventual rejeição à ideia de lista fechada e mitigar a possível ausência de democracia interna na formação da lista, pode-se considerar a formação da chamada lista semi-flexível, em que o eleitor teria a opção de dar o voto ou na legenda completa ou em um integrante da lista partidária. Se qualquer candidato, votado de forma avulsa, alcançar o quociente partidário com votos pessoais, ganhará o assento, independentemente da posição em que se encontre na lista. A dimensão partidária do modelo também possui múltiplas vantagens: a) evita a “paroquialização” das eleições (afasta-se o risco de cada parlamentar cuidar apenas dos interesses do seu distrito); b) assegura a representação proporcional das minorias políticas; c) permite a inclusão na lista de quadros técnicos qualificados (economistas, juristas, médicos, jornalistas, líderes comunitários ou sindicais), que ordinariamente não se disporiam a participar de uma campanha eleitoral, mas que poderiam elevar a qualidade do debate público; e d) fortalece o caráter unitário e de representação dos partidos políticos.

Com efeito, a adoção de ampla reforma na sistemática eleitoral, para enfrentamento global das distorções antes mencionadas, na linha da proposta transcrita acima, parece ser mais eficaz do que a adoção de medidas pontuais, como a cláusula de votação nominal mínima, instituída pela minirreforma eleitoral de 2015, que acabam por descaracterizar aos poucos o sistema eleitoral proporcional, gerando novas distorções.

6 Conclusão

O sistema proporcional, qualquer que seja a subespécie adotada, possui como característica marcante a atribuição de papel destacado aos partidos políticos, enquanto representantes das diferentes correntes ideológicas em vigor em uma determinada sociedade, sendo a eles atribuídos os mandatos eletivos, por meio dos quocientes eleitoral e partidário, que, em um segundo momento, são distribuídos entre seus respectivos candidatos, de acordo com a votação obtida por cada um deles (ou de acordo com a ordem previamente estabelecida pela agremiação, caso se trate de sistema de lista fechada). Por conta dessa característica, a performance coletiva dos candidatos filiados à agremiação é mais relevante do que a votação individualmente obtida por cada um deles, contrapondo-se, assim, ao sistema majoritário, em que o prestígio pessoal do candidato junto ao eleitorado é o fator determinante para obtenção do mandato eletivo.

Diante da necessidade de prestigiar o grupo, o sistema proporcional inevitavelmente terá de contar com algum tipo de fórmula de transferência de votos entre os candidatos de determinada agremiação, o que pode gerar distorções, tal como o fenômeno dos chamados candidatos “puxadores de votos” e “caroneiros”.

Visando restringir a eleição de candidatos com baixa representatividade política beneficiados pela transferência de votos de candidatos de grande projeção, a minirreforma eleitoral de 2015 instituiu cláusula de votação nominal mínima, vedando a eleição de candidatos cuja votação não alcance 10% do quociente eleitoral.

A exigência de votação nominal mínima foi objeto de críticas de parte da doutrina eleitoral e teve sua constitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal, que, em recente decisão, julgou tal exigência constitucional e um avanço na sistemática eleitoral brasileira, por corrigir uma das notórias distorções em nossa fórmula de eleição proporcional.

Contudo, grande parte dos problemas e distorções em nosso sistema eleitoral apontados quando do julgamento da ADI 5920, como a transferência de votos para candidatos desconhecidos ou de corrente ideológica diversa daquela que o eleitor pretendia prestigiar com seu voto, são, em alguma medida, inerentes ao próprio sistema eleitoral proporcional e não serão definitivamente eliminadas pela cláusula de votação nominal mínima.

Além disso, a instituição de tal exigência, apesar de certamente contribuir para dificultar a eleição de candidatos de pouca expressão e experiência política, pode, em contrapartida, levar à sub-representação política dos eleitores que adotem o voto de legenda ou que destinem seu voto a candidato que obtenha votação individual superior ao quociente eleitoral e integre partido político em que nenhum outro integrante da lista atinja a votação individual mínima.

Destarte, é possível concluir que, embora não se possa considerar inconstitucional a exigência de votação nominal mínima trazida pela minirreforma eleitoral de 2015, tal modificação, instituída com o objetivo pontual de corrigir a distorção causada pelos “puxadores de voto”, traz consigo outros efeitos nefastos e potencialmente prejudiciais à adequada representação política das diferentes correntes ideológicas e posições partidárias vigente em nossa democracia, a evidenciar a necessidade de reformas e aprimoramentos mais amplos em nosso sistema eleitoral.

Nesse contexto, a proposta recentemente apresentada pelo Grupo de Trabalho constituído pelo Tribunal Superior Eleitoral, coordenado pelo ministro Luís Roberto Barroso, que sugere a adoção do sistema distrital misto nas cidades com mais de 200 mil habitantes, surge como possível solução para aumentar a representatividade democrática dos parlamentos, além de possivelmente baratear as eleições e facilitar a governabilidade.

Referências

- BOBBIO, N. et al. **Dicionário de Política**. 1991. Brasília: Universidade de Brasília.
- MENDES, G. F. Reforma Eleitoral: Perspectivas atuais. **Estudos Eleitorais**, Tribunal Superior Eleitoral, 2016. v. 11. n.3.
- NICOLAU, J. **Sistemas Eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- NICOLAU, J. **O Sistema eleitoral brasileiro**: uma introdução. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer, 2007.

SILVA, L. V. A. **Sistemas eleitorais**: tipos, efeitos jurídico-políticos e aplicação ao caso brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1999.

VILELA JUNIOR, J. M. B. M. A Constituição, o Sistema Eleitoral Proporcional e a Minirreforma Eleitoral de 2015, **Estudos Eleitorais**. Tribunal Superior Eleitoral, 2016. v. 11. n.3.

Henrique Kurscheidt - Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2007). Especialização em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (2010) e em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2019). Atuou como advogado, na área cível, entre 2007 e 2013. Atualmente é Juiz de Direito no Paraná e leciona no curso de pós-graduação em Direito Aplicado da Escola da Magistratura do Paraná, núcleo Ponta Grossa.

A QUEM PERTENCERÁ O MANDATO PARLAMENTAR? REFLEXÕES PARA AS ELEIÇÕES DO ANO DE 2020

Who will Win the Parliamentary Mandate? Reflections for the 2020 Elections

Allan Waki de Oliveira

Resumo: Este estudo busca analisar uma possível tendência jurisprudencial para modificar a titularidade do mandato parlamentar, notadamente após a proibição das coligações nas eleições proporcionais a partir do ano de 2020, fato que poderá acarretar profundas modificações no pleito eleitoral. Trata-se de pesquisa qualitativa, cujo delineamento circunscreveu-se à análise jurisprudencial dos tribunais superiores pátrios, nos últimos 13 anos, sobre a titularidade do mandato parlamentar. Com a revisão bibliográfica foi possível colher observações que sustentaram as proposições para o debate do tema. Foi constatada, num primeiro momento, uma descentralização da titularidade (do parlamentar para o partido e depois, deste para as coligações) e, recentemente, um movimento oposto, com a proibição das coligações a partir de 2020 e uma possível oportunidade para a candidatura avulsa (e consequentemente, o retorno da titularidade para o candidato). Resta aguardar se a decisão caberá ao Congresso Nacional (por meio da análise de propostas de emendas à Constituição) ou ao Poder Judiciário (a partir do julgamento de caso concreto), bem como a forma pela qual a Carta Magna será interpretada: pelo seu silêncio eloquente ou pelo seu texto expresso.

Palavras-chave: Mandato parlamentar. Candidatura avulsa. Direito eleitoral.

Abstract: This study analyzes a possible jurisprudential tendency to change rules on parliamentary mandate's ownership in Brazil, notably after the prohibition of coalitions in proportional elections from 2020 onwards, which may lead to profound changes in the electoral process. This qualitative research focuses on the jurisprudential analysis of the national superior courts over the last 13 years on the parliamentary mandate's ownership. In addition, a bibliographic review was conducted to support the discussion. At first, there was a decentralization of ownership (from the parliamentarian to the political party and then to coalitions). Recently, an opposite movement was observed, in response to a ban on coalitions from 2020 onwards, and the possibility, under discussion, of independent candidacy (and consequently, the full control of the candidate over the mandate). It remains to be seen whether the decision will fall on the National Congress (through the analysis of proposed amendments to the Constitution) or the Judiciary (based on the judgment of a specific case), and how the Federal Constitution will be interpreted: by its eloquent silence or express will.

Keywords: Parliamentary mandate. Independent candidacy. Electoral law.

1 Introdução

Esta pesquisa diz respeito ao momento histórico que se avizinha, qual seja, a tentativa de alterar o artigo 2º da EC 97/2017 (BRASIL, 2017) (proibição de coligações nas eleições proporcionais), antes mesmo da sua efetiva implementação (2020), para permitir a formação de coligações nas eleições eleitorais proporcionais municipais (Proposta de Emenda Constitucional – PEC - 67/2019) (REGUFFE, 2019). Além da PEC 67/2019 também há em tramitação outra que visa a possibilidade de candidaturas avulsas, ou seja, sem necessidade de filiação partidária (PEC 6/2015) (CORONEL, 2015). Importante frisar que neste estudo não serão debatidas questões referentes ao mandato parlamentar e às eleições majoritárias, ou seja, para o Senado Federal.

No caso de candidaturas avulsas, a jurisprudência ainda haveria de se defrontar com outra análise: se o candidato não possui filiação partidária, como restaria a suplência do cargo vago?

Destaque-se que, muito além da discussão técnico-jurídica, a vacância dos mandatos tem implicações práticas de suma relevância. Isso porque inúmeros parlamentares, no curso de seus respectivos mandatos, afastam-se dele para ocupar cargos no executivo ou mesmo para disputar outras eleições, fato que abre a possibilidade de que o novo ocupante tenha posicionamentos contrários à plataforma política que elegeu seu titular.

Sob a égide do atual ordenamento jurídico, o Egrégio Supremo Tribunal Federal (STF) já teve a oportunidade de analisar questões afeitas à titularidade do mandato parlamentar nas últimas décadas em controle difuso de constitucionalidade, em diversos casos, de formas diferentes. Contudo, a partir de 2020, qual seria o entendimento jurisprudencial que se deveria dar então, norteador-se pela vontade do legislador ordinário? O mandato parlamentar pertenceria ao partido, à coligação ou ao próprio candidato?

Analisaremos a seguir essas possibilidades, tomando como ponto de partida a evolução jurisprudencial do Pretório Excelso desde 2007 (BRASIL, STF. MS 26.604, Rel. Ministra Cármen Lúcia, 2007), até a ARE 10554490 (BRASIL, STF. ARE 10554490, Rel. Ministro Roberto Barroso, 2017), a qual ainda não foi julgada, mas já dispõe de manifestação da Procuradoria Geral da República (PGR) e onde se discute a possibilidade da candidatura avulsa com fundamento em tratados internacionais.

2 Revisão da jurisprudência

2.1 Sobre a titularidade do mandato (partido ou candidato)

No ano de 2007, foi realizada consulta ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE), para questionar se o partido político poderia preservar a vaga obtida no pleito eleitoral quando houvesse pedido de cancelamento de filiação partidária ou transferência do candidato eleito por um partido, para outra legenda (trânsfugo).

A esta consulta de número 1.398 (BRASIL, TSE. Consulta 1.398, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, 2007), a resposta foi no sentido de que o mandato pertence ao partido político.

Esse julgado mostra-se paradigmático, pois como ressaltado pelo então ministro Marcelo Ribeiro, seria a primeira vez, desde a promulgação da Constituição de 1988 (CF/88) (BRASIL, 1988) que se proclamava a perda de mandato parlamentar, trazendo, por consequência, a questão de sua titularidade à baila.

Baseou-se, portanto, o TSE, àquela época, no entendimento de que o partido detém a prerrogativa pública constitucional de agir na função política e pública, e autoriza seu exercício ao parlamentar eleito.

Em voto vencido, o Ministro Marcelo Ribeiro, esclareceu que a atual CF/88 (BRASIL, 1988) não tratava da perda de mandato e sua titularidade e, quando a lei não atua, o silêncio deve ser interpretado de forma eloquente. Aduz que a Constituição de 67/69 trazia menção expressa a essa questão, a qual não foi incorporada à atual Carta Magna. Finaliza seu entendimento, expressando que o STF não teria competência para “legislar” sobre o tema.

Embora suplantado, o voto do Ministro Marcelo Ribeiro é de essencial importância, pois demonstra, hodiernamente, uma preocupação da sociedade e também dos outros Poderes (Legislativo e Executivo) sobre os limites de atuação do Poder Judiciário.

No mesmo ano de 2007, a questão foi levada ao Pleno do STF por meio do MS 26.604/DF (BRASIL, STF. MS 26.604, Rel. Ministra Cármen Lúcia, 2007), em controle difuso de constitucionalidade, o qual manteve o entendimento exarado pelo TSE na consulta 1.398 (BRASIL, TSE. Consulta 1.398, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, 2007), atestando o efeito vinculante entre o voto e o partido político (o qual viabiliza a candidatura), acrescentando o direito do partido em manter o número de cadeiras obtidas nas eleições proporcionais.

O voto da Ministra Cármen Lúcia, ao perquirir a importância da Justiça Eleitoral e do modelo constitucional vigente, firmou posicionamento de que, uma vez que a filiação partidária era condição de elegibilidade, nos termos do artigo 14, parágrafo 3º, inciso V, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o mandato pertence ao partido. Isto, pois é o partido que lastreia a possibilidade de participação do candidato registrado (no partido político) no pleito eleitoral (afastando, por consequência, a possibilidade de candidaturas avulsas).

Frise-se, por fim, que inobstante o STF (MS 26.604) (BRASIL, STF. MS 26.604, Rel. Ministra Cármen Lúcia, 2007) e o TSE (BRASIL, TSE. Ag. Reg. no REsp. 2243-58.2010.618.0000, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2010) já tenham se posicionado contrários às candidaturas avulsas (alegando como base legal os artigos 7º ao 9º da Lei 9.504/97) (BRASIL, 1997), ainda não enfrentaram o fato de que elas estão garantidas em tratados internacionais, o que pode gerar uma possível antinomia com o artigo 14, parágrafo 3º, inciso V, da Carta Magna (BRASIL, 1988), (ARE 1.054-490-RJ) (BRASIL, STF. ARE 10554490, Rel. Ministro Roberto Barroso, 2017).

2.2 Sobre a titularidade do mandato (partido ou coligação)

Uma vez definido que o mandato pertence ao partido político, nova questão foi levada ao enfrentamento do STF: mas se o candidato, filiado a determinado partido político, foi eleito em razão dos votos dados à determinada aliança política de seu partido (coligação)? Tal questão também poderia ser colocada da seguinte forma: há uma hierarquia entre coligação e partido?

Numa das primeiras decisões sobre o assunto, exarada no MS 29.988 (BRASIL, STF. MS 29.988, Rel. Ministro Gilmar Mendes, 2010), o Ministro Dias Toffoli, inaugurando divergência ao voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, aduziu que o artigo 112 do Código Eleitoral (BRASIL, 1965), quando diz respeito à “representação partidária” estaria se referindo a coligações e, portanto, dever-se-ia aplicar o ditame expresso na parte final do artigo 4º da Lei 7.454/85 (BRASIL, 1985).

A partir desta decisão (principalmente, por ter sido expressa no pleno do STF), outras sucederam, mantendo o entendimento de que o mandato pertence ao suplente da coligação, como, por exemplo, nos julgamentos dos Mandados de Segurança (MSs) 30260 (BRASIL, STF. MS 30.260, Rel. Ministra Cármen Lúcia, 2011) e 30272 (BRASIL, STF. MS

30.272, Rel. Ministra Cármen Lúcia, 2011), no qual estavam presentes 6 dos Ministros que atualmente compõem o Pretório Excelso (Cármen Lúcia, Luiz Fux, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Marco Aurélio, vencido esse último nas ações mencionadas).

Nessas ações, o papel da coligação foi preponderante sobre o partido, com o argumento do princípio da soberania popular, ou seja, pelo fato da maioria dos votos ter sido uma conquista da coligação, o que não seria possível caso o partido participasse isoladamente da eleição. Contudo, foi mantido o entendimento do caráter efêmero das coligações, mas ressalvadas suas consequências de eficácia permanente em relação à obtenção dos votos.

Mesmo entendimento foi exarado pelo Ministro Celso de Melo no MS 30.380 (31/03/2011) (BRASIL, STF. MS 30.380, Rel. Ministro Celso de Melo, 2014).

Na decisão proferida no MS 30.483 (25/03/2011) (BRASIL, STF. MS 30.483, Rel. Ministro Edson Fachin, 2011), o Ministro Ricardo Lewandowski entendeu, mesmo considerando a natureza perene das coligações, que o suplente convocado em caso de vacância de mandato deve ser o da coligação e não do partido. Aduz que a lista de suplência é formada pelos candidatos mais votados pelas coligações (e não pelos partidos).

Cita que houve levantamento realizado pela Câmara dos Deputados (MS 30.483, p. 7) (BRASIL, STF. MS 30.483, Rel. Ministro Edson Fachin, 2011), no qual 29 deputados não possuíam suplentes dentro de seus respectivos partidos (e representavam 14 Estados da Federação). Nesse caso, se não houvesse a possibilidade de suplência pela coligação, situações inusitadas poderiam surgir, gerando batalhas jurídicas pelos mandatos ou até mesmo a possibilidade de convocações para eleições setoriais.

2.3 Sobre a titularidade do mandato (candidatura avulsa)

No ano de 2017, chegou ao STF a discussão sobre a possibilidade da candidatura avulsa, com base em tratados internacionais, e possível antinomia desses com o artigo 14, parágrafo 3º, inciso V, da Carta Magna (BRASIL, 1988) (ARE 1.054-490-RJ) (BRASIL, STF. ARE 10554490, Rel. Ministro Roberto Barroso, 2017). Embora ainda não exista data para o julgamento do tema, foi reconhecida a existência de repercussão geral (16/10/2017) e há parecer da PGR nos autos.

No referido parecer, há indicação para que o recurso seja desprovido, sob a alegação que os tratados internacionais invocados (Declaração Universal dos Direitos do Homem, Convenção de Viena do Direito dos Tratados, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Pacto de São José da Costa Rica) não possuem estatura normativa para derrogar a norma constitucional combatida.

Contudo, com a possibilidade de alteração da norma constitucional, permitindo a possibilidade da candidatura avulsa (PEC 6/2015) (CORONEL, 2015), aliada ao julgamento do ARE 1.054-490-RJ (BRASIL, STF. ARE 10554490, Rel. Ministro Roberto Barroso, 2017), o STF deverá novamente voltar a analisar a questão da titularidade do mandato parlamentar nos próximos anos.

O Ministro Relator Roberto Barroso, ao avaliar a relevância da questão para a proposição da repercussão geral, aventou que o tema poderia interferir no último escrutínio (2018), em razão da “crise de credibilidade do sistema político” (ARE 1.054-490-RJ) (BRASIL, STF. ARE 10554490, Rel. Ministro Roberto Barroso, 2017). Trouxe, inclusive, o argumento de que o artigo 14, parágrafo 3º da Carta Magna (BRASIL, 1988) não traz em sua literalidade nenhuma vedação à candidatura (tal qual advertia o Ministro Marcelo Ribeiro, em seu voto vencido, na consulta de número 1.398, feita ao TSE em 2007) (BRASIL, TSE. Consulta 1.398, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, 2007).

Tais considerações podem trazer novamente à discussão a questão do Pretório Excelso como Tribunal Político, na medida em que, com a aplicação de princípios, estabelece ditames não insculpidos expressamente na Constituição Federal.

3 Revisão bibliográfica

Em relação à titularidade do mandato parlamentar, hodiernamente, a maior controvérsia cinge-se à candidatura avulsa e, conseqüentemente, à possibilidade de que o mandato pudesse pertencer ao próprio candidato.

Ao tratar sobre o tema da democracia representativa, Gomes (2016, p. 68) anui com a posição tomada pelo TSE na consulta de número 1.398 (BRASIL, TSE. Consulta 1.398, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, 2007) e demais posicionamentos do STF, a partir do julgamento do Ms 26.604 (BRASIL, STF. MS 26.604, Rel. Ministra Cármen Lúcia, 2007), pau-

tando-se não somente nas Resoluções anteriores do TSE (22.526/2007, 22.563/2007 e 22.610/2007) (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2007; TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2007; TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2007) e Consulta 1.407/DF (BRASIL, TSE. Consulta 1.407, Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, 2007), mas também na própria dicção constitucional, artigo 14, parágrafo 3º, inciso V (BRASIL, 1988). Segundo o autor, a vinculação ao partido político (filiação partidária) é condição de elegibilidade e, consequentemente, impeditiva da candidatura avulsa.

No mesmo esteio de Gomes, encontra-se Almeida (2012), que também reconhece a necessidade de intermediação de um partido para a candidatura.

Contudo, Gomes (1987, p. 69) não exclui falhas na prática ao exercício do mandato, as quais levam ou permitem a corrupção. Aduz que a democracia semidireta brasileira (representativa) teria alguns controles próprios da democracia direta como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular.

Mas justamente tais falhas apontadas por Gomes (1987) é que promoveram discussões sobre a possibilidade das candidaturas avulsas, tal qual fazem Nohara e Rais (2019), quando avaliam a viabilidade do candidato arvorar-se ao pleito eleitoral sem filiação partidária. Os autores descrevem vários fatores impeditivos da modalidade no país, especificamente o atual entendimento do Pretório Excelso.

Outros impeditivos, segundo os autores (NOHARA; RAIS, 2019) seriam: (i) a intensificação da fragmentação partidária, pois enfraqueceria a necessidade da formação de identidades programáticas (dos partidos); (ii) a necessidade de modificação do sistema de cálculo no sistema eleitoral proporcional, o qual leva em consideração apenas partidos e coligações; (iii) necessidade de alteração das regras de distribuição do Fundo Especial de Campanha Eleitoral; (iv) a inviabilização de se destinar dinheiro público a pessoas físicas (quer pela efetividade, quer pela fiscalização); (v) dificuldade em garantir tempo gratuito de TV e rádio a todos os candidatos.

Apesar de todas as barreiras atualmente existentes, consideram Nohara e Rais (2019) que, em diversos países, as candidaturas avulsas são uma opção para ultrapassar a dificuldade de renovação política e citam, inclusive, o ARE 1.054-490-RJ como uma possibilidade de análise dessa questão.

No mesmo sentido, Figueiredo (2017) aduz que a possibilidade da candidatura avulsa pode trazer uma possibilidade de renovação política que não dependa da atuação dos partidos políticos, mantendo o princípio do pluralismo político, mas dando, também, ênfase ao disposto no artigo 1º, inciso II da Carta Magna (BRASIL, 1988), ou seja, de possibilitar o exercício da cidadania “diretamente” pelo próprio povo.

Prega a impossibilidade de se negar a experiência de uma nova possibilidade, ainda que de forma restrita, por exemplo, ao âmbito estadual e municipal, com cotas minoritárias, dentro de um limite temporal, envolto em debates na sociedade acerca de sua efetividade (FIGUEIREDO, 2017).

Mas mesmo ao se admitir a possibilidade de uma candidatura avulsa, não há uma resposta em relação a quem pertenceria o mandato, notadamente em caso de vacância, a não ser um breve apontamento realizado pelo Ministro Ricardo Lewandowski no MS 30.483 (como citado no item 2.2) (BRASIL, STF. MS 30.483, Rel. Ministro Edson Fachin, 2011), atentando para a possibilidade de convocação de novas eleições setoriais.

A questão da candidatura avulsa e da titularidade do mandato parlamentar pode ter raízes em questões mais profundas, como advertia Bonavides, já em 1987, ao apontar uma crise nas técnicas de representação, orientado por um grande número de alterações, que acaba “tornando casuístico e incerto o sistema político de participação” (BONAVIDES, 1987, p. 459).

A esse respeito, Maia (2008), comenta o papel “político” do Supremo Tribunal Federal, afirmando que esse tenta mediar o sistema político com o Direito, papel que não caberia a ele. A inquietação do citado autor não tem referência direta à discussão em tela, sobre a titularidade do mandato eleitoral, mas alerta sobre uma possível atuação política do STF quando desconsidera a representação democrática, fazendo as vezes do Poder Legislativo.

Ambas as posições, tanto de Bonavides (1987) quanto de Maia (2008), são relevantes quando se recupera o teor do voto vencido do Ministro Marcelo Ribeiro na consulta de número 1.398, feita ao TSE em 2007, no sentido de que a vedação à candidatura avulsa seria mera construção jurisprudencial em função “política” do STF, vez que, expressamente, nada dizia a Carta Magna sobre a questão (e, nesse caso seu silêncio seria eloquente).

O Ministro Marcelo Ribeiro alertava que a Constituição anterior trazia expressamente a possibilidade da candidatura avulsa, sendo que o fato de não mais constar no ordenamento constitucional atual, alguma razão deveria ter. Cureau (2012) relembra ainda que o primeiro código eleitoral (Decreto 21.076/32) (BRASIL, 1932) admitia a possibilidade da candidatura avulsa reconhecendo, ao mesmo tempo, a existência de partidos políticos.

Há ainda, quem defenda a impossibilidade da candidatura avulsa por outras razões. Barros (2017), por exemplo, diz que ao eleger um candidato sem filiação partidária, a escolha seria em virtude de suas virtudes pessoais, em confronto direto com o princípio da impessoalidade da administração pública. Ele ainda reforça o conteúdo do parecer da PRG no ARE 1.054-490-RJ, especialmente, em relação ao fato de que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos não assegura expressamente o direito à candidatura avulsa e também não exclui a previsão de que cada Estado signatário exija prévia filiação partidária para tal desiderato.

Ledesma e Reis (2017) são signatários deste posicionamento, contudo, arguem que a impossibilidade decorre do método interpretativo decorrente do elemento gramatical constitucional, ou seja, não há possibilidade de outro tipo de interpretação do texto magno, sem que haja violação da vontade do legislador originário.

4 Considerações finais

As recentes e constantes reformas políticas não parecem ter como finalidade aprimorar ou construir um sistema eleitoral a longo prazo, pelo contrário, demonstram apenas a necessidade de implementar várias respostas imediatistas que evitem o descrédito e desmoronamento de todo um sistema.

Maior exemplo desse argumento é a tentativa de se modificar uma Emenda Constitucional que foi aprovada, mas ainda depende de lapso temporal para ser implementada. Estamos falando da EC 97/17 (BRASIL, 2017), em especial, seu dispositivo que proibiu as coligações a partir de 2020, e a PEC 67/19 (REGUFFE, 2019) que prevê o retorno das coligações nas eleições proporcionais municipais.

A extinção das coligações teve como motivo a pouca ou total falta de afinidade ideológica entre os partidos que se coligavam, além de evitar o chamado “efeito puxador de votos”, ou seja, a possibilidade de um can-

didato que se elegeu com número de votos muito expressivo garantir, por meio do cálculo do coeficiente eleitoral, a eleição de outros candidatos de partidos coligados, com poucos ou inexpressivo número de votos.

Dessa forma, impossível que, em menos de 2 anos (ou seja, ainda no interstício de uma legislatura), se tenha notado uma nova modificação na vontade do legislador para que haja alteração na Carta Magna.

A instabilidade legislativa parece promover cada vez mais a necessidade de se levar tais questões ao Poder Judiciário, para que se resolva questões demasiadamente complexas em pouco tempo e sem a devida profundidade.

Vimos que, somente após 18 anos da promulgação da Constituição Federal houve a cassação de um mandato parlamentar, iniciando-se assim (tardamente), a discussão sobre a titularidade.

Inicialmente, a querela restringia-se ao fato do mandato pertencer ao candidato eleito ou ao partido (2007), avançando-se para a discussão se a suplência de vaga deveria ser feita pelo partido ou pela coligação de quem se elegeu (2011). Uma suposta garantia jurídica sobre o tema aparece, agora, ameaçada por algumas incertezas: (i) se as coligações realmente serão extintas (com base na PEC 67/19) (REGUFFE, 2019), (ii) se as candidaturas avulsas serão permitidas ou não (seja com base na PEC 6/15, seja com base no julgamento do ARE 1.054-490-RJ) (BRASIL, STF ARE 10554490, Rel. Ministro Roberto Barroso, 2017) e (iii) diante de todos esses cenários, de quem será a titularidade do mandato parlamentar?

Um primeiro e correto passo já foi dado pelo Pretório Excelso em admitir a repercussão geral no ARE 1.054-490-RJ (BRASIL, STF ARE 10554490, Rel. Ministro Roberto Barroso, 2017). Contudo, caso se decida pela possibilidade da candidatura avulsa nesta demanda, grande contradição jurisprudencial haverá, pois foi o próprio STF quem construiu a impossibilidade dela.

Relembrando o voto vencido do Ministro Marcelo Ribeiro, não há disposição constitucional expressa no sentido de vedar a candidatura avulsa, sendo que, se em outros momentos históricos houve tal previsão (e atualmente não há), certamente este silêncio deveria ser interpretado como se eloquente fosse.

Se a permissão advier de Emenda Constitucional (PEC 6/15) (CORONEL, 2015), ainda restará a questão da titularidade do mandato do

candidato avulso. Pertencerá a ele o mandato? Em caso de vacância, como será renovada a vaga, já que não há vinculação a nenhum partido político? Haverá necessidade de novas eleições, devendo o cidadão custeá-las?

Permeia na sociedade a sensação de que o legislador age sem ter um pensamento reflexivo prévio. Não me parece que a discussão nos leve a uma resposta adiante, mas sim a uma reflexão anterior: o Brasil está preparado para candidaturas avulsas?

Nos parece que não. Uma nação que sofre há séculos pela corrupção, justamente pela falta de controle institucional dos partidos políticos, não estaria preparada para fiscalizar um número ainda maior de indivíduos candidatando-se de forma avulsa.

Caso as coligações realmente sejam extintas (sem possibilidade de “ressureição” pela PEC 67/19) (REGUFFE, 2019), e não se implemente a candidatura avulsa, a tendência jurisprudencial se consolidaria em manter a titularidade do mandato parlamentar com o partido. Contudo, tal fato não resolveria a crise política institucional gerada pela crescente desconfiança da sociedade nas movimentações políticas que ocorrem nos bastidores, nos quais os protagonistas são justamente os partidos, ou se escondem por detrás desses.

Por fim, importante dizer que a candidatura avulsa não deve ser proibida (se é que já não é permitida), mas incentivada, desde que se construam formas aprimoradas de controle para sua implementação, além de se determinar antecipadamente, por lei, como se resolveria o problema da vacância do cargo parlamentar nesse caso.

Referências

ALMEIDA, Roberto Moreira de. Alistabilidade e elegibilidade dos indígenas no ordenamento jurídico brasileiro. In: RAMOS, André Carvalho. (Coord.). **Temas de Direito Eleitoral no Século XXI**, 2012. cap. 3, p. 69-108.

BARROS, Airton Florentino de. Candidatura avulsa, sem prévia filiação partidária é erro grave. **Boletim de Notícias ConJur**, out. 2017.

BONAVIDES, Paulo. A crise das técnicas de representação. In: BONAVIDES, Paulo. **Constituinte e Constituição: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea**. 3 ed. São Paulo, cap. 5.38, 2010, p. 459-461.

BRASIL. Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. Decreta o Código Eleitoral. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 fev. 1932.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 set. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional n. 97, de 4 de outubro de 2017. Altera a Constituição Federal para vedar as coligações partidárias nas eleições proporcionais, estabelecer normas sobre acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuito no rádio e na televisão e dispor sobre regras de transição. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 set. 2017.

BRASIL. Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. Esclarece normas para as eleições. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1.º out. 1997.

BRASIL. Lei n. 4737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 jul. 1965.

BRASIL. Lei n. 7.454, de 30 de dezembro de 1985. Altera dispositivo da Lei n. 4737, de 15 de julho de 1965, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 dez. 1985.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Mandado de Segurança n. 26.604** Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 2007. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 08 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Mandado de Segurança n. 29.988**. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 2010. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 08 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Mandado de Segurança n. 30.260**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 2011. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 08 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Mandado de Segurança n. 30.272**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 2011. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 08 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 30.483** Relator: Ministro Edson Fachin, 2011. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 08 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Mandado de Segurança n. 30.380**. Relator: Ministro Celso de Melo, 2014 Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 08 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Consulta n. 1.398**. Classe 5ª, Distrito Federal (Brasília). Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha, 2007. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/>>. Acesso em: 08 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Consulta n. 1.407**. Classe 5ª, Distrito Federal (Brasília). Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, 2007. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/>>. Acesso em: 08 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 10554490**. Relator: Ministro Roberto Barroso, 2017. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 08 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Agravo Regimental no Recurso Especial (REsp.) 2243-58.2010.618.0000**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 2010. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/>>. Acesso em: 08 set. 2019.

CORONEL, Ângelo. **Projeto de Emenda à Constituição n. 06, de 2015**. Suprime e acrescenta dispositivos à Constituição Federal, possibilitando o lançamento de candidaturas avulsas, independentemente de filiação partidária. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/119631>>. Acesso em: 08 set. 2019.

CUREAU, Sandra. Partidos políticos e eleições no Brasil. In: RAMOS, André Carvalho. (Coord.). **Temas de Direito Eleitoral no Século XXI**, cap. 7, 2012, p. 217-250.

FIGUEIREDO, Marcelo. Candidatura avulsa trará maior oxigenação ao poder político, **Boletim de Notícias ConJur**, nov. 2017.

GOMES, José Jairo. Democracia Representativa. In: GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 12. ed. São Paulo, 2016. cap. 34, p. 67-70.

LEDESMA, Thomás Henrique Welter; REIS, Maurício Martins. A (IM) Possibilidade da candidatura avulsa à luz do elemento gramatical. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, v. 12, n. 2, 2017. p. 211-224

MAIA, Paulo Sávio Peixoto. O Supremo Tribunal Federal como “tribunal político”. Observações acerca de um lugar comum do direito constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, v. 48, n. 180, out./dez. 2008.

NOHARA, Irene Patrícia; RAIS, Diogo. Candidatura avulsa. In: MARTINS, Ives Gandra Silva (Org.). **Direito Eleitoral Brasileiro**. 1. ed. São Paulo, 2018. cap. 3, p. 16-63

REGUFFE, Senador. **Projeto de Emenda à Constituição n. 67, de 2019**. Altera a Constituição Federal para permitir a formação de coligações nas eleições proporcionais municipais. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136603>>. Acesso em: 08 set. 2019.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE). **Resolução n. 22.526/07**. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br> >. Acesso em: 08 set. 2019.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE). **Resolução n. 22.563/07**. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br> >. Acesso em: 08 set. 2019.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE). **Resolução n. 22.610/07**. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br> >. Acesso em: 08 set. 2019.

Allan Waki de Oliveira - Especialista em Direito Tributário (PUC-Campinas), Direito Público (Escola Paulista da Magistratura) e Direito Eleitoral (PUC-Minas). Advogado consultor em várias áreas do Direito.

TEMPO MÍNIMO DE PROPAGANDA ELEITORAL EM RÁDIO E TV: POR UM JOGO JUSTO¹

Minimum Broadcast Time on Radio and Television in Elections

Nelson Zunino Neto

Resumo: A distribuição do tempo de propaganda eleitoral em rede de rádio e televisão obedece a critérios de proporcionalidade entre os partidos, de acordo com a quantidade de parlamentares no Congresso Nacional. O problema não está na proporcionalidade, que é parâmetro validamente adotado pelo legislador, mas na falta de um piso. O tempo mínimo de propaganda é relevante porque pode representar uma afronta direta ao que seria razoável. A exposição ínfima equivale à falta de exposição, pela impossibilidade de transmissão eficaz de uma ideia. A propaganda nessa condição será uma não-propaganda. O cerceamento da propaganda eleitoral não é uma violação ao direito do candidato apenas mas, muito além, constitui supressão do direito do eleitor de ser informado, de conhecer os players e suas ideias. Por isso a garantia do direito de propaganda deve ser um norte para a questão, por compor a base do equilíbrio do pleito. A igualdade formal há de ceder à proporcionalidade definida pelo legislador, mas não pode suprimir por completo as condições mínimas, porque estaria a afetar negativamente a legitimidade do processo eleitoral. A questão se põe então em torno de encontrar o limite do razoável, o tempo mínimo a ser garantido a qualquer candidato. E esse critério pode ser encontrado no instituto do direito de resposta, que tem base constitucional e vem regulado pela lei como um mecanismo de reparo a manifestações indevidas. Pois a lei define que o direito de resposta será exercido de forma proporcional à ofensa, mas estabelece um piso, um tempo mínimo, que é de um minuto, a ser garantido ainda que a ofensa tenha sido em prazo inferior. A mens legis aqui teve por premissa considerar que em menos de um minuto não é possível razoavelmente transmitir uma mensagem, uma ideia. E essa é uma referência importante, dentro do mesmo subsistema legal eleitoral, orientada pelos mesmos princípios e calcada na mesma garantia do direito de informação, de modo que pode ser perfeitamente adotada. Em conclusão, o limite mínimo para o tempo de propaganda eleitoral pode ser empregado como forma de garantia dos

princípios referidos e em decorrência de uma interpretação conforme a Constituição Federal.

Palavras-chave: Propaganda eleitoral. Direito de informação. Legitimidade da eleição. Igualdade. Proporcionalidade.

Abstract: The distribution of broadcast time on radio and television networks during Brazilian elections follows the criteria of proportionality among the parties, according to the number of parliamentarians represented in the Chamber of Deputies. Proportionality is not the problem; it is a valid parameter adopted by the legislator. The problem is the absence of a minimum time. The right minimum air time is relevant because it can guarantee reasonable fairness. Too little exposure is equivalent to no exposure since ideas cannot be effectively transmitted. Restriction of electoral advertising is a violation of the candidate's right and a suppression of the voter's right to be informed, to know the political players and their ideas. Therefore, the guarantee of the right to advertise during elections must guide the debate on the minimum air time to balance campaigns. Formal equality must privilege the proportionality defined by the legislator. However, this equality should not completely remove the minimum conditions to compete because it would be negatively affecting the legitimacy of the electoral process. Thus, it is crucial to find a reasonable minimum air time for all candidates. This study argues that this issue could use the same criterion adopted in the rule applied to the right of reply, which has a constitutional basis in Brazil and is considered by law as a mechanism to repair undue manifestations. The legislation on the right of reply establishes the air time in proportion to the offense, with a minimum of one minute, which is guaranteed even if the offense took less time. The premise of the mens legis was to consider that in less than a minute, it is not possible to transmit a message properly.

Keywords: Electoral propaganda. Right to Information. Legitimacy of the Election. Equality. Proportionality.

¹ Artigo baseado na obra *Tempo Mínimo de Propaganda Eleitoral em Rádio e TV: por um jogo justo*, Ed. *Habitus*, 2020, do mesmo autor.

Artigo recebido em 4 mar. 2020 e aprovado em 15 out. 2020.

1 Introdução

Neste artigo, o que se pretende é abordar um ponto muito específico da propaganda eleitoral em rede de rádio e televisão, que é a necessidade de estabelecimento de um tempo mínimo destinado a qualquer candidato a cargo pelo sistema majoritário.

Nas eleições de 2018, dez dos treze candidatos à presidência tiveram menos de um minuto de tempo de propaganda eleitoral em rede. Isso não impediu que um deles, com apenas 8 segundos, fosse eleito com expressiva votação. Mas o que se discute não é a eficiência do veículo de comunicação, nem a importância dele para a campanha, e sim o fato de que todos os candidatos devem ter um espaço mínimo razoável para que suas ideias sejam conhecidas, seja porque se trata da liberdade de expressão destes, seja porque, principalmente, se cuida de garantir ao eleitorado o direito à informação.

A distribuição do tempo de propaganda eleitoral em rede de rádio e televisão obedece a critérios de proporcionalidade entre os partidos, de acordo com a quantidade de parlamentares no Congresso Nacional. O problema não está na proporcionalidade, que é parâmetro validamente adotado pelo legislador, mas na falta de um piso. O tempo mínimo de propaganda é relevante porque pode representar uma afronta direta ao que seria razoável. A exposição ínfima equivale à falta de exposição, pela impossibilidade de transmissão eficaz de uma ideia. A propaganda nessa condição será uma não-propaganda.

O cerceamento da propaganda eleitoral não é apenas uma violação ao direito do candidato, mas vai além: representa a supressão do direito do eleitor de ser informado, de conhecer os *players* e suas ideias. Por isso a garantia do direito de propaganda deve ser um norte para a questão, por compor a base do equilíbrio do pleito. A igualdade formal há de ceder à proporcionalidade definida pelo legislador, mas não pode suprimir por completo as condições mínimas, porque estaria a afetar negativamente a legitimidade do processo eleitoral.

As eleições de 2018 demonstraram claramente o grau de importância da propaganda eleitoral como um todo, e em especial o quanto o eleitorado precisa de informação. Com tempo ínfimo de propaganda em rádio e televisão um candidato foi presidente eleito com votação extraordinária e consigo levou o partido, que até então era inexpressivo, à condição de segundo maior do país em quantidade de parlamentares.

Tudo isso se deu numa onda popular de proporções gigantescas, ao mesmo tempo em que esse mesmo eleitorado sequer teve a chance de ver e ouvir a mensagem desse candidato na propaganda de rádio e TV. Com tempo de 8 segundos, nada foi efetivamente apresentado, e com isso não se pode dizer que alguma informação, mínima que fosse, tenha sido oportunizada ao eleitor. E é preciso evitar o contra-argumento de que o próprio eleitor do candidato não precisa da propaganda dele. Primeiro, porque a decisão do voto – segundo pesquisas – se dá cada vez mais tarde, mais próxima ao dia da eleição. Segundo, porque a informação é um elemento que qualifica a decisão do eleitor, de modo que a ele deve ser garantido o direito de recebê-la.

Não se pode ignorar esse contexto, tanto quanto não se pode desconsiderar que os mecanismos de propaganda do sistema eleitoral devem se sujeitar à finalidade das regras eleitorais, que é conduzir a escolha dos representantes do povo de uma forma verdadeiramente democrática e legítima. Sem garantia do direito à informação ao eleitor, o processo não estará completo, e não traduzirá honestamente a expressão da soberania popular.

A questão se põe então em torno de perceber o limite do razoável, o tempo mínimo a ser garantido a qualquer candidato. E esse critério pode ser encontrado no instituto do direito de resposta, que tem base constitucional e vem regulado pela lei como um mecanismo de reparo a manifestações indevidas. Pois a lei define que o direito de resposta será exercido de forma proporcional à ofensa, mas estabelece um piso, isto é, um tempo mínimo, que é de um minuto, a ser garantido ainda que a ofensa tenha sido em prazo inferior.

A *mens legis* aqui teve por premissa considerar que em menos de um minuto não é possível, de forma razoável, transmitir uma mensagem, uma ideia. E esta é uma referência importante, dentro do mesmo subsistema legal eleitoral, orientada pelos mesmos princípios e calcada na mesma garantia do direito de informação, de modo que pode ser perfeitamente adotada.

Em conclusão, o limite mínimo para o tempo de propaganda eleitoral pode ser empregado como forma de garantia dos princípios referidos e em decorrência de uma interpretação conforme a Constituição Federal.

2 O alicerce principiológico

Não se trata de preciosismo. A base de um estudo desta natureza há de ser principiológica. Seja como informadores do direito ou parâmetros

de interpretação, os princípios nos guiam pelas vias orgânicas, sistematizadas e hierárquicas dessa pirâmide jurídica a que nos submetemos a partir da Constituição Federal.

O alicerce, nesse caso, vem da Carta Magna e do sistema eleitoral. Elegemos nove princípios para nortear este ensaio. Os cinco primeiros são constitucionais, dois deles dentre os fundamentais: regime democrático e forma republicana, e três gerais: igualdade, proporcionalidade e razoabilidade. Os outros quatro são o sistema partidário, o equilíbrio no pleito, a paridade na competição e a legitimidade eleitoral. Não tem como fazer o bolo sem esses ingredientes.

2.1 Democracia

A democracia não está meramente na adoção do sufrágio universal, longe disso. Há quem defenda, aliás, que o voto muitas vezes tem efeito contrário – mas esse é assunto para outra oportunidade. No momento, cuida-se de verificar alguns elementos essenciais, além do voto secreto e universal, tais como a liberdade de expressão e a capacidade de compreensão, a amplitude da elegibilidade, a existência de imprensa livre, e a idoneidade do processo eleitoral. Quando um eleitor cultural ou politicamente alienado, ou desinformado, ou coagido por relações econômicas, dá seu voto, nem sempre estará contribuindo para o processo democrático, como expressão da soberania popular; eventual manipulação há de ser considerada e, obviamente, isso não traduz democracia.

2.2 República

O princípio republicano diz com a forma de governo, ou seja, o *modus* de sua instituição e a relação de poder entre governantes e governados. A coisa pública (*res publicae*, no latim) é um conceito necessário para a compreensão do republicanismo. A forma republicana de governo não deve ser tida como mero contraste à monarquia, mas como um indicativo de que o sistema precisa estar protegido diante de eventuais tentativas de assalto indireto ao poder, pela supressão da escolha popular ou da periodicidade dos mandatos. Sem uma República erigida nos moldes fixados, o próprio Estado estará sustentado por poderes deslegitimados, e portanto, suas ações – aí incluso o processo eleitoral derivado – estarão evidentemente comprometidas.

2.3 Igualdade

A clássica definição de Aristóteles diz que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. A noção de igualdade como valor humano é tão antiga quanto a humanidade, de modo que a Bíblia contém diversas passagens com expressa referência. A igualdade aqui, por certo, se dá com referência a seres humanos, no contexto social, porque é no seio de uma sociedade ou de uma civilização que se pode compreender e avaliar os aspectos de uma relação igualitária ou não. Trata-se não da igualdade em si, que é a equivalência, mas de um princípio de igualdade, que é o tratamento a ser dispensado em determinadas circunstâncias. O processo eleitoral idôneo depende de uma tríplice igualdade: entre candidatos, entre eleitores, e como produto das regras do jogo.

2.4 Proporcionalidade

A proporcionalidade a que se refere a doutrina, em geral, acaba sendo muito mais um instrumento, um mecanismo, um modo para que se possa, por meio deste princípio, dosar os demais. Há também a conceituação que toma a proporcionalidade como princípio em si. A proporcionalidade como princípio autossuficiente é, comumente, dividida em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Essa classificação tem origem na doutrina alemã e é a mais difundida. Longe de se afastarem, contudo, essas acepções se complementam. No contexto de um processo eleitoral, consideradas as suas vicissitudes, a proporcionalidade será indispensável para que não se permita que a relação entre candidatos e eleitores se afaste do conjunto de normas e princípios que o sustentam.

2.5 Razoabilidade

Na pesquisa doutrinária é muito comum encontrar quem defina a razoabilidade como um princípio equivalente ao da proporcionalidade. Enquanto princípio constitucional, fecha o conjunto de arrimos para a compreensão do direito eleitoral na parte que diz respeito ao objeto deste breve estudo. Mas não se trata de um fecho qualquer. Inviável cogitar da interpretação das normas de direito eleitoral, especialmente para considerar a plenitude de um processo eleitoral que se possa chamar de legítimo, sem a presença da razoabilidade. Não é princípio de aplicação assertiva, como se pode considerar o republicanismo ou a democracia, nem ambivalente como

a igualdade ou a proporcionalidade, mas de base mais negativa, já que, se é difícil identificar com precisão o que é razoável, muito mais acessível é a definição do que se mostra irrazoável. E não resistirá a mais singela apreciação judicial ou administrativa qualquer ato incorporado ao processo eleitoral que se revele evidentemente fora dos limites do aceitável.

2.6 Partidarismo

A chave do sistema partidário e sua ligação com o presente estudo, no que interessa, está na obrigatoriedade de filiação partidária para que uma candidatura possa se efetivar. É a dicção do art. 14, § 3º, V, da Carta Magna, que trata das condições de elegibilidade. O sistema importa aqui apenas em razão de que o tempo de propaganda é distribuído de acordo com a participação partidária no parlamento, e a conquista do mandato é um monopólio dos partidos. A conquista e não o exercício, já que há hipóteses válidas de desfiliação sem perda do mandato. O sistema partidário vincula candidatura e filiação. Essa inquestionável ligação revela que o legislador fez sobrepor a expressão dos partidos sobre o equilíbrio na transmissão de informações ao eleitor. A lei privilegiou o compromisso com as forças partidárias, em detrimento da manutenção de uma isonomia nas condições da propaganda eleitoral. A dosagem não levou em conta eventuais extremos e o risco de que a escassez de tempo de algum candidato pudesse representar cerceamento no direito de informação e, por extensão, uma violação à legitimidade do pleito.

2.7 Equilíbrio no pleito

O equilíbrio eleitoral é um status de não desconformidade. Compreendem-se aqui todas as formas de violação da norma ou dos princípios, abrangendo mas não se limitando à paridade e à liberdade, e indo além. O equilíbrio eleitoral será, assim, o estado do pleito livre de máculas, no mais amplo sentido, consideradas ocorrências relevantes do ponto de vista jurídico com potencialidade para afastar qualquer dos elementos necessários à legitimidade das eleições e que, concomitantemente, represente ou possa representar vantagem ou desvantagem a um dos concorrentes. Nesse contexto, e para os fins deste estudo, a carência de informação ao eleitorado será certamente um relevante componente de desequilíbrio.

2.8 Paridade na competição eleitoral

Derivada do princípio da igualdade, a paridade na competição eleitoral diz respeito à equivalência de condições entre os candidatos a um mesmo cargo em determinado pleito. Igualdade diz respeito ao mesmo estado (*dade/ tate*), enquanto isonomia indica sujeição à mesma regra (*nomia/ nomo*). Pode-se concluir, destarte, que diversamente do princípio da igualdade, em que o tratamento das pessoas será em função do seu estado de igualdade ou desigualdade em relação às outras, na isonomia o que se considera é a sujeição dessas à lei, que será indistinta, seja qual for a condição. Não se pode dizer, por isso, apenas igualdade, mas *igualdade na competição*, conceito mais consentâneo à noção de isonomia. Para evitar confusão de termos, contudo, prefere-se aqui a expressão “paridade na competição eleitoral”, tomando-se então o sentido de que os competidores devem estar sujeitos às mesmas condições.

2.9 Legitimidade

Não basta que o processo seja fiel ao cumprimento da lei; isso já se contém no princípio da legalidade. Aqui impende mais que seguir a regra, mas atingir seu escopo, muito menos verificando os vícios no certame e muito mais garantindo condições para que o eleitor tenha possibilidade de fazer escolhas conscientes. Os inúmeros ataques a que está sujeito o livre exercício do voto são, indubitavelmente, relevantes e merecedores da maior atenção pelo legislador, especialmente quando se trata de abusos, fraudes, atos de corrupção. Mas a par dessas condutas danosas, negativas, há outro contexto a ser observado e que aqui ganha enfoque especial, em face do objeto do presente estudo. Trata-se das condições do eleitor no seu mister. Sem liberdade não haverá voto legítimo. Sem consciência não haverá voto legítimo. Sem transparência no jogo não haverá voto legítimo. Sem igualdade não haverá voto legítimo. E sem informação não haverá liberdade, consciência, transparência ou igualdade. Esse ambiente é o que se persegue, e aí residirá, no mínimo, uma perspectiva de legitimidade do processo eleitoral.

3 Propaganda eleitoral como direito à informação

3.1 Propaganda

A expressão “propaganda” veio emprestada de uma técnica agrícola, a “mergulhia”, que consiste na reprodução vegetal resultante do enterramento de um ramo de planta, para constituição, depois do enraizamento,

de novo exemplar, a ser separado da original (FERREIRA, p. 1122), também chamada de propagação vegetativa. Mergulhia, em latim, é *propagatio* (QUEIROZ, 1959, p. 308), que por sua vez é “propagação” em português (op. cit., p. 282). Pelas mãos da Igreja Católica esse termo ganhou o emprego que tem hoje no conceito contemporâneo de difusão de ideias (FERREIRA, 1986, p. 1403).

De Patrícia Rosenzweig (2014) colhe-se que o Papa Gregório XV usou a expressão com tal sentido ao criar a Congregação *della Propaganda Fide* (propagação da fé) pelo Vaticano no século XVII, congregação esta que tinha como finalidade levar a fé cristã a todo o mundo conhecido. Desde 1967, esse órgão da Cúria romana se chama Congregação para a Evangelização dos Povos (TOMÁS, 2007), mas o termo propaganda permanece vivo até hoje.

É inevitável a comparação entre publicidade e propaganda. Há autores que consideram os termos como sinônimos. O termo “publicidade” vem do latim *publicus*, que deriva de uma forma do latim medieval, *poplicus*, relativo a *populus*, que significa povo.

Para alguns autores, a publicidade está mais ligada à divulgação comercial, enquanto a propaganda à difusão ideológica (BENJAMIN, 2010; SERRANO, 2013 e GOMES, 1997). Todavia, não nos anima considerar a vocação comercial da publicidade para distingui-la da propaganda, porque embora seja uma característica válida, não é essencial, já que uma ideia – e assim a candidatura – pode estar envolvida num contexto de objetificação, exatamente como produto consumível.

Diante dessas incoincidências e imprecisões terminológicas, é mais adequado manter o foco no aspecto de que a publicidade tem o fim de tornar algo público, porque este sempre foi o sentido do termo, desde a origem nas primeiras civilizações. A propaganda, por sua vez, tem por missão o ato de convencer, e desde que a expressão deixou o reduto agrícola para ser empregada no meio eclesiástico foi com a aceção de interferir na vontade humana em defesa de causas, como fez a Cúria.

Trazendo para o sentido jurídico, pode-se então considerar propaganda como a divulgação com fim persuasivo, e a publicidade como o ato de tornar algo público, independentemente de convencimento.

A propaganda (e a publicidade comercial) no Brasil tem basicamente quatro fontes principais de regulação, e outras secundárias. A Lei

4.680, de 18 de junho de 1965, que “dispõe sobre o exercício da profissão de publicitário e de agenciador de propaganda”, diz no art. 17: “A atividade publicitária nacional será regida pelos princípios e normas do Código de Ética dos Profissionais da Propaganda, instituído pelo I Congresso Brasileiro de Propaganda, realizado em outubro de 1957, na cidade do Rio de Janeiro.”

Esse código foi revisado em 2014 pela Associação dos Profissionais de Propaganda, em São Paulo, e serve como um “documento orientador do comportamento ético-profissional a ser seguido por quem atua com publicidade em agências, veículos e anunciantes” (ASSOCIAÇÃO, 2014). A referida lei foi regulamentada pelo Decreto 57.690, de 1ª de fevereiro de 1966, cuja última alteração foi em 2002 e fez expressa referência às “Normas-Padrão da Atividade Publicitária, editadas pelo Conselho Executivo das Normas-Padrão - CENP”. Esse Conselho é um organismo privado, constituído por associações ligadas a empresas de propaganda, de comunicação, emissoras de rádio e televisão e congêneres.

Finalmente, existe o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária - CONAR, entidade privada que congrega associações nacionais de anunciantes, agências, emissoras de rádio e televisão, jornais e outros veículos. Com a finalidade de fiscalizar e normatizar a propaganda comercial, o CONAR editou o Código Nacional de Autorregulamentação Publicitária (o termo deveria ser “autorregulação”), de aplicação no âmbito privado (embora faça referência à publicidade governamental) e sujeição voluntária.

A propaganda ganhou também uma atenção especial no Código do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990), além de menções na legislação esparsa, como o caso da regulamentação da ANVISA sobre propaganda de medicamentos, dentre outras. Esse misto de normas públicas e privadas compõe o que Candido Almeida (2013, p. 13) chama de “modelo misto de regulamentação da publicidade”.

Não há qualquer ingerência da legislação e dessas normas privadas sobre a propaganda eleitoral, cujo subsistema é autônomo – a propósito, o Código do CONAR diz no art. 11: “a propaganda política e a político-partidária não são capituladas neste Código.” Uma única referência indireta ao campo eleitoral está nas normas complementares do Código de Ética dos Profissionais da Propaganda, já referido, quando trata do uso inapropriado de pesquisas, “especialmente no campo político”.

De todo modo essa regulamentação não repercute diretamente na seara eleitoral, a não ser para, no âmbito da hermenêutica, contribuir para

a compreensão do sentido e dos limites da propaganda como mecanismo social. Vê-se desde logo a preocupação com o estabelecimento de regras, muitas vezes rigorosas, em contraposição à liberdade da iniciativa privada, o que revela justamente a necessidade de conter abusos, por conta da real influência da propaganda na vida das pessoas.

Essa influência é que será adiante abordada, para compor uma base importante no presente estudo: a propaganda é um elemento fundamental do processo eleitoral, com potencial para afetar a legitimidade da eleição e a própria democracia, de modo que não é possível ignorar, desconsiderar, relativizar ou minimizar a sua relevância e seus efeitos, razão pela qual o tempo mínimo é fruto direto dessa preocupação.

3.2 Propaganda eleitoral

3.2.1 Taxonomia

A propaganda eleitoral é espécie do gênero propaganda política. Usamos aqui a classificação tradicional, que subdivide a propaganda política em eleitoral, partidária, intrapartidária e institucional.

3.2.1.1 Propaganda política

Para Roberto Macedo (2007), “a propaganda política pode ser compreendida como uma definição ampla da fusão da propaganda ideológica com a propaganda eleitoral, sendo que na ideológica é a propaganda de ideias de cunho político realizado por qualquer indivíduo da sociedade, inclusive agremiações partidárias, desde que sem objetivos específicos de benefício de candidatos em pleitos eleitorais.” Jairo Gomes (op. cit., p. 465) acrescenta que a finalidade dessa é a obtenção ou manutenção do poder estatal. Djalma Pinto (2008, p. 241) afirma que ela é “voltada para a polis, aí compreendendo tudo o que se refere à cidade, ao Estado, ao modo de governá-lo”.

O termo “política” diz respeito à *polis*, cujo sentido é o de cidade, mas também estado ou comunidade, o que podemos englobar na expressão coletividade. A partir do conceito de que político (do grego *politikós*) é aquele que participa da vida da cidade, e considerando a visão aristotélica de que ela visa o bem comum, ou, na linha de Platão, à justiça, pode-se chegar à noção de que política é o esforço coletivo para tornar a vida mais justa. Traduzida essa ideia para o mundo jurídico, vamos buscar em Dalmo de Abreu Dallari (1993, p. 41) a observação de que a sociedade política visa “integrar todas as atividades sociais que ocorrem em seu âmbito”.

Na fala de Hermann Heller (1947, p. 188), “o objeto específico da política consiste sempre na organização de oposições de vontade, sobre a base de uma comunidade de vontade”; finalmente, Jean Meynaud (1960, p. 33) diz que “a política representa, em seu sentido mais geral, a orientação dada à gestão dos negócios da comunidade”, bem como “o conjunto dos atos e das posições tomadas para impelir em um rumo determinado a estrutura e a marcha do aparelho governamental”. Para José Jairo Gomes (op. cit., p. 2), “a política relaciona-se a tudo o que diz respeito à vida coletiva”. Fechamos com Sahid Maluf (1984, p. 370), donde se extrai que a política é a interferência “na solução dos magnos problemas nacionais e na própria direção do Estado”.

Vale enriquecer essa conceituação com a reprodução dos princípios que Joel José Cândido (2004, p. 153) arrolou para a propaganda política: princípio da legalidade, princípio da liberdade, princípio da responsabilidade, princípio igualitário, princípio da disponibilidade e princípio do controle judicial da propaganda.

Com essa base, podemos considerar que a propaganda política é aquela voltada às atividades coletivas, sejam elas oriundas do governo, sejam elas visando o governo, sejam elas relativas à esfera de atuação do governo. Essa órbita governamental é ampla, porque há de se entender que a política pode não estar necessariamente no exercício do poder, mas no seu entorno, como no caso dos partidos políticos, das organizações do terceiro setor, e dos movimentos sociais.

3.2.1.2 Propaganda institucional

Por sua vez, a propaganda institucional é destinada a divulgar atos de governo com relevância jurídica.

Está referida no art. 37 da Constituição como “publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos”, devendo 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 sujeito ativo será sempre o Poder Público.

Essa é uma norma das mais desvirtuadas. É bem usual a promoção de obras e realizações governamentais de todas as esferas, com feições de promoção pessoal, sem qualquer utilidade ou necessidade de interesse público. O que dizer de uma propaganda em rádio, TV, jornal ou internet

que, ao custo de milhões de reais, diz que foram asfaltadas tantas vias e que o governo tal “está trabalhando por você”? Propaganda pessoal com dinheiro público, nada além. Típico ato de improbidade administrativa. Mas isso já é tema para outro momento.

3.2.1.3 Propaganda intrapartidária

A propaganda intrapartidária é aquela havida no âmbito das agremiações por ocasião das convenções que elegem candidatos e celebram coligações. Na maior parte, somente grandes colégios eleitorais adotam essa espécie, já que, em geral, a propaganda interna em pequenos grupos não justifica o investimento.

3.2.1.4 Propaganda partidária

A propaganda partidária, por sua vez, é destinada a propagar o partido e suas ideias e atividades, não seus candidatos.

A propaganda partidária já era reconhecida desde o Brasil Império, havendo menção nas consideranda do Decreto 1.574, de 20 de outubro de 1893, e dali em diante foi sendo sempre referida na legislação; a Lei 5, de 14 de dezembro de 1946, regulando as eleições de 1947, permitia a “propaganda política” no rádio, desde que fosse remunerada.

O Código Eleitoral de 1950 (Lei 1.164, de 24 de julho de 1950), no art. 129, 6, dispunha sobre atos de propaganda “partidária ou eleitoral”, e no art. 130 previa a propaganda “partidária” remunerada por duas horas diárias no rádio durante os noventa dias antecedentes à eleição. Ao que tudo indica, houve intenção de tratar de propaganda eleitoral, já que referente a período de campanha.

Já o art. 151 encabeçava o capítulo VII, da “Propaganda Partidária”, que no número 3 permitia aos partidos “fazer a propaganda própria ou dos seus candidatos”. Já a propaganda partidária gratuita em radiodifusão (rádio e televisão) só veio ao Brasil por conta do art. 118, III da Lei 5.682, de 21 de julho de 1971 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos), que assim previa:

“Art. 118. Os partidos terão função permanente através:
(...)

III - da promoção de congressos ou sessões públicas para a difusão do seu programa, assegurada a transmissão gratuita, pelas empresas de rádio e televisão; (...)”

A mais recente regra estava contida na Lei 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos), que nos arts. 45 a 49 dispunha sobre o Título IV (do acesso gratuito ao rádio e à televisão), em consonância com o texto constitucional.

Vivíamos fase de estável separação entre propaganda eleitoral e partidária, inobstante esta tivesse sendo usualmente distorcida para atingir as finalidades daquela.

Diz Alexandre Jobim (2008, p. 148):

A propaganda partidária é, ou deveria ser, aquela destinada aos partidos políticos para que lançassem as suas ideologias, anseios, propostas, justamente em caráter regulamentar ao art. 17 da vigente Carta da República.

O art. 17 a que se refere o autor não usa a expressão “propaganda partidária”, mas faz menção ao “acesso gratuito ao rádio e à televisão”.

A Lei 13.487, de 6 de outubro de 2017, pôs fim à propaganda partidária no rádio e na televisão, tal como a conhecíamos, a partir de 2018. A previsão constitucional de “acesso gratuito ao rádio e à televisão”, conhecido como *direito de antena*, permanece no art. 17 da Carta.

3.2.1.5 Propaganda eleitoral

Finalmente, tem-se a propaganda eleitoral. Wolney Ramos (2005, p. 33) relata que ela começou a se institucionalizar sob o aspecto mercadológico na década de 50 nos Estados Unidos:

Os programas eleitorais para o rádio e a televisão começaram a requerer certo planejamento e adoção de medidas estratégicas – era o marketing político surgindo no cenário eleitoral. Já em 1952, o General Eisenhower foi o primeiro candidato a contratar uma agência de publicidade, chamada BBDO, para a realização de sua propaganda na televisão, sendo acusado na época de ‘tentar se vender como se vende um sabonete’. Em 1956, o *marketing* político já se tornava um instrumento obrigatório para uma campanha presidencial nos Estados Unidos, e a partir de então passou a ser adotado também em outras partes do mundo cujas organizações políticas fossem baseadas na democracia representativa.

No Brasil, com relação à legislação sobre propaganda eleitoral via radiodifusão, a primeira menção veio no Código Eleitoral de 1935 (Lei 48, de 4 de maio de 1935), não positivando seu exercício mas vedando-o nas 48 horas anteriores ao pleito e 24 horas após.

Vejamos, pois, o que é a propaganda eleitoral.

3.2.2 Conceito

A definição de José Jairo Gomes (op. cit., p. 482) é robusta:

Denomina-se propaganda eleitoral a elaborada por partidos políticos e candidatos com a finalidade de captar votos do eleitorado para investidura em cargo público-eletivo. Caracteriza-se por levar ao conhecimento público, ainda que de maneira disfarçada ou dissimulada, candidatura ou os motivos que induzam à conclusão de que o beneficiário é o mais apto para o cargo em disputa. Nessa linha, constitui propaganda eleitoral aquela adrede preparada para influir na vontade do eleitor, em que a mensagem é orientada à conquista de votos.

Djalma Pinto (op. cit., p. 242) assim conceitua:

A propaganda eleitoral é aquela feita por candidatos e partidos políticos, objetivando a captação de voto para investidura na representação popular. Está intimamente relacionada com o processo eletivo, visando obter a simpatia do eleitor por ocasião da escolha de seus governantes.

Para diferenciá-la da propaganda política, Coneglian (2012, p. 31), diz que “a propaganda eleitoral é aquela dirigida diretamente à conquista do sufrágio para determinada e precisa eleição. A propaganda política busca adepto para uma ideia, uma ideologia, um partido, uma corrente. A propaganda eleitoral busca a conquista do eleitor e de seu voto.”

Numa linha diferente desses doutrinadores, Ramayana (2008, p. 53) oferece uma definição um tanto mais ampla, porque não restringe a propaganda eleitoral à captação de votos:

Trata-se de espécie de propaganda que tem a finalidade precípua de divulgar ideias e programas dos candidatos. É a oportunidade que a legislação eleitoral atribuiu ao candidato para exteriorizar o símbolo real do mandato representativo e partidário.

A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral (STE) tem acórdão da lavra do ministro Eduardo Alckmin (BRASIL, 1999) com um conceito igualmente aberto:

Entende-se como ato de propaganda eleitoral aquele que leva ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, mesmo que apenas postulada, a ação política que se pretende desenvolver ou as razões que induzam a concluir que o beneficiário é o mais apto ao exercício de função pública.

Ao optar por elastecer o conceito, abandonando a restrição à conquista de votos, esses últimos entendimentos melhor explicam a propaganda eleitoral, porque não circunscrevem sua finalidade à eleição em si, abrindo-a à candidatura em toda a sua extensão.

Mas pensamos que a propaganda eleitoral não está adstrita ao pedido de votos e nem apenas à candidatura. Vai além, vai ao campo ideológico, às causas, tal qual a propaganda partidária ou a propaganda política *latu sensu*. E não se diga que sendo assim deixaria de ser eleitoral. O que torna a propaganda eleitoral, nesse particular, é o fato de se dar no bojo de um pleito, mas isto não impede que sua finalidade possa ser mais ampla que o resultado da eleição. Não é só de voto que se cuida. Vejamos.

A propaganda se insere num processo que ordinariamente culmina em um resultado de votação, mas resulta em muitas outras consequências além da eleição em si. O sistema eleitoral como um todo abriga a construção permanente de um ou alguns ideários nacionais acerca da própria concepção de democracia. Ao longo dos reiterados pleitos, com suas peculiaridades, idas e vindas, pelo menos três grandes forças vem interagindo no curso da história.

A primeira força vem dos atores do mundo jurídico, juízes, promotores, advogados, serventuários, acadêmicos e outros mais, que vão consolidando uma base jurisprudencial e doutrinária, reconhecidamente legítima fonte de direito. A segunda força é dos representantes da imprensa e da comunicação em geral, que vão compondo um arcabouço de informação acumulada e um direcionamento da opinião pública, com todas as ferramentas tecnológicas de que dispõem, num mundo cada vez mais hiperinformado e onde, portanto, a influência da comunicação é gigantesca. Por fim, a terceira força está no eleitorado, que ajuda a erguer esse patrimônio cultural que é a

noção de soberania popular, o sentimento de civilidade, o pertencimento ao Estado, numa ininterrupta dinâmica de movimentos ativos e passivos, em que tanto recebem e são moldados quanto se manifestam e vão moldando o soberano conjunto popular.

Nesse panorama, uma eleição é apenas um ato do macroprocesso, que acaba não sendo um fim em si mesmo, mas instrumento para algumas finalidades. Há partidos muito antigos que jamais chegaram a ter expressão nacional, outros que a perderam, outros ainda que sequer têm histórico de candidaturas que justifique um plano de expansão, o que demonstra que suas metas não são um determinado resultado eleitoral.

No espectro ideológico posto ao longo da história, há muitas militâncias que encerram causas, muito além de interesses partidários. Os chamados *partidos-movimento* são exemplos disso, mas não apenas esses. Desde o maior especialista ao mais ignorante eleitor, todos sabem que há muitas situações em que certas candidaturas não têm expectativa real de sucesso, e ainda assim elas são mantidas.

Esses casos, em geral, se justificam pela visibilidade do partido, pelo cumprimento de compromissos regionais, pela manutenção de uma bandeira atemporal ideológica, pela pura defesa de uma causa ou por alguma outra estratégia.

O Partido da Causa Operária (PCO) foi típico exemplo, quando nas eleições de 2018, em muitos casos, demonstrou nitidamente não estar preocupado com arregimentação de votos. Em Santa Catarina, por exemplo, o candidato ao governo estadual teve reduzida participação na mídia, deixando de aparecer mesmo quando tinha oportunidade, e quando o fazia não enfatizava sequer o pedido de voto – inclusive por entender que a eleição seria “uma fraude” – mas outras mensagens paralelas, como a revolução da classe trabalhadora e a libertação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva (Ângelo, 2018). Típico exemplo de que a propaganda eleitoral não se destina exclusivamente ao sufrágio.

Apenas para contextualizar, há um dispositivo na Lei das Eleições que resulta em efeito prático na ampliação da finalidade da propaganda eleitoral. Diz o art. 26, II, da Lei 9.504/97 que é considerado gasto eleitoral sujeito a registro e aos limites legais “propaganda e publicidade, direta ou indireta, por qualquer meio de divulgação, destinada a conquistar votos”. Essa expressão final, “destinada a conquistar votos”, é indubitosa, qua-

lificando a conduta. Como a lei não tem palavras inúteis, por certo essa é a melhor interpretação. Significa que se o candidato não empregou seu tempo de propaganda para pedir votos e sim para outra finalidade, como a defesa de causas, não haverá incidência do comando legal. Um sinal de que vem da própria lei e do espírito do legislador um gabarito mais amplo para o conceito de propaganda eleitoral.

Permite-se ousar um pouco mais para dizer que o conceito de propaganda eleitoral, nesse viés amplíssimo, pode admitir até mesmo manifestações de quem não seja candidato, ainda que no período e no âmbito de um processo eleitoral.

É o caso das peças produzidas pela Justiça Eleitoral quando convoca a população a regularizar o título, a participar da eleição, a buscar informações sobre os candidatos. Mais especificamente, há a possibilidade de requisição de horários de até dez minutos diários de rádio e televisão, trinta dias antes do período de propaganda e nos três dias antes da eleição, para que a Justiça Eleitoral possa divulgar “comunicados, boletins e instruções ao eleitorado”, conforme dispõe o art. 93 da Lei das Eleições.

Existe ainda a hipótese do art. 56, § 1º, em que no caso de suspensão de funcionamento de emissora por 24 horas, em face de infração cometida, a cada quinze minutos “a Justiça Eleitoral veiculará mensagem de orientação ao eleitor”.

São situações em que evidentemente há informação ao eleitor, de cunho persuasivo, relativas ao processo eleitoral, que contribuem sobremaneira à democracia, e que se somam ao conjunto de informações disponíveis, mas nesse caso produzidas oficialmente, com previsão legal expressa. Essa, entretanto, já é uma digressão, e o tema merece melhor investigação em outro momento. Cabe aqui apenas ressaltar a amplitude do conceito de propaganda eleitoral.

Assim, pode-se considerar que a propaganda eleitoral é a propaganda política realizada no seio de um processo eleitoral, que compreende todos os momentos relativos às eleições, desde os atos preparatórios até a diplomação dos eleitos. Dizendo de outro modo, a propaganda eleitoral é a divulgação com fim persuasivo de determinada mensagem no curso de um processo eleitoral.

3.2.3 Tipos de propaganda eleitoral

José Jairo Gomes (2016) apresenta três classificações para a propaganda eleitoral: “forma de realização, sentido e momento em que é levada a efeito” (op. cit., p. 483)

Acerca da forma de realização divide-a em expressa ou subliminar. A primeira é aquela mais evidente, clara, de fácil compreensão, sem artifícios que possam tender a uma influência camuflada. A propaganda subliminar, por sua vez, nas palavras do autor (loc. cit.), compreende

estímulos de conteúdo político-eleitoral inseridos em um discurso (ou em uma comunicação) que, porém, não são percebidos conscientemente pelos destinatários. No Direito Eleitoral, ela é associada à comunicação político-eleitoral disfarçada, ambígua, que se encontra subjacente ao discurso que a envolve.

Esse tipo é deveras interessante ao presente debate, porque diz respeito à possibilidade de manipulação do eleitor. Cabe observar que a Lei das Eleições não ignora a possibilidade de propaganda subliminar, embora não tenha disposição expressa e direta; há referência à propaganda feita “dissimuladamente” em programas de rádio e televisão (art. 45, V) e ainda vedação à veiculação, no horário eleitoral gratuito em rádio e televisão, de propaganda com fins comerciais, “ainda que disfarçada ou subliminar” (art. 44, § 2º).

Quanto ao sentido, prossegue Gomes (op. cit., p. 484):

Pode a propaganda ser positiva ou negativa. Naquela, exalta-se o beneficiário, sendo louvadas suas qualidades, ressaltados seus feitos, sua história, enfim, sua imagem. (...) Já a propaganda negativa tem por fulcro o menoscabo ou a desqualificação dos candidatos oponentes, sugerindo que não detém os adornos morais ou a aptidão necessária à investidura em cargo eletivo.

Finalmente, com relação ao momento de realização, a propaganda pode ser tempestiva ou extemporânea, diz o autor, conforme tenha sido realizada dentro ou fora do período permitido pela legislação eleitoral.

Há ainda outra possibilidade de classificar a propaganda, segundo os tipos pelos quais ela é veiculada. Assim, tem-se propaganda em radio-difusão (rádio e televisão), que é o ponto focal deste trabalho, propaganda em impressos, em bandeiras, adesivos plásticos, propaganda em outdoor

(proibida), em carro de som, em reuniões, passeatas e carreatas, imprensa, mídia escrita, internet, dentre outros.

A lei não tem uma abordagem sistematizada dos tipos de propaganda, não há uma organização no texto, e muito menos consegue esgotar as possibilidades.

Basta pensar, por exemplo, na perfumaria como meio de propaganda. Um perfume é estimulante de sentidos, afeta a memória olfativa e se adotado com estratégia é meio muito eficaz. Obviamente que uma mensagem para seres humanos não depende exclusivamente de palavras, e portanto, as variantes são imensas. Mas esse caso, por exemplo, não tem previsão legal e nem está sujeito a alguma forma de controle evidente, até porque a legislação não considerou a hipótese.

3.2.4 Regramento

As regras do jogo não são poucas e nem genéricas quando se trata de propaganda eleitoral. Inobstante as minúcias, vamos analisar apenas o que importa a este estudo, considerando as disposições da Lei 9.504/97. A Lei das Eleições dedica 40 artigos à propaganda eleitoral, dos quais se pode considerar dois grandes grupos, embora haja artigos contendo dispositivos de ambos, aqui classificados segundo a predominância.

No primeiro, que se pode chamar de “Grupo da Configuração”, com 29 artigos, encontram-se regras sobre tipos, formas e condições, sobre lugares, horários e períodos permitidos, sobre a propaganda em relação a bens públicos ou de uso comum, sobre a gratuidade ou possibilidade de pagamento, sobre restrições à liberdade de expressão quando à forma (truçagens etc.) e à origem (radiodifusão), sobre debates – forma indireta de propaganda, sobre direito de resposta – mecanismo de correção da propaganda, e sobre campanha de boas práticas na internet pela Justiça Eleitoral.

No “Grupo da Disciplina”, são 11 artigos tratando de ilicitudes na propaganda eleitoral, responsabilidades pela realização, benefício, anuência ou ciência da propaganda, e ainda sanções para emissoras, provedores, candidatos, partidos, coligações, eleitores e terceiros por atos relativos à propaganda.

O art. 41-A, que trata de captação ilícita de sufrágio, parece estar geograficamente deslocado, já que se localiza no subtítulo “Da propaganda eleitoral em geral”, mas não trata de propaganda eleitoral e sim de atos de deliberada fraude ao sistema.

Interessa ao presente estudo a abordagem de alguns dispositivos que dizem respeito a aspectos ligados à disponibilidade do espaço para propaganda e a correlação disso com nossa conclusão, que é o tempo mínimo de propaganda. Para tanto, não serão elencados todos os artigos sobre propaganda eleitoral. Vale ressaltar, todavia, que o conjunto de dispositivos revela uma norma nitidamente restritiva à propaganda eleitoral. Veda-se muito, restringe-se muito, limita-se muito, talvez no afã de coibir abusos, mas certamente essa redução de possibilidades acaba também inviabilizando parcela importante da comunicação entre eleitor e candidato.

Por exemplo, proíbe-se a imprensa da radiodifusão de tomar partido emitindo opiniões, mas ao mesmo tempo se dá às emissoras o poder de vetar em debates os candidatos que não estejam contemplados na cláusula de barreira (partidos com pelo menos cinco parlamentares).

Então, um candidato de partido recém-fundado ou com curto tempo de vida, ou ainda que não tenha expressivos resultados nas urnas, simplesmente não tem espaço. Isto se dá em debates, se dá na proporcionalidade em entrevistas e no próprio horário eleitoral gratuito. A fórmula contempla a preservação de quem já conquistou o poder.

Outro exemplo: as especificações técnicas para produção e veiculação da propaganda eleitoral gratuita. São tantas exigências, incluindo o uso de mídias físicas específicas para determinadas emissoras e serviços especializados, que a propaganda não é nem de longe gratuita. De início, a Lei 13.146/2015, que trata de acessibilidade, impõe na conjugação do art. 67 com o art. 76, § 1º, III, o uso de subtítuloção por meio de legenda oculta, janela com intérprete de Libras e audiodescrição em toda a propaganda de rádio e televisão. Isso representa um custo alto, e a lei diz que “o poder público deve garantir” esses recursos (*caput*), mas não há regulamentação e a despesa acaba na conta dos partidos. Como é que um candidato pobre poderá arcar com esses gastos?

Na prática, as limitações à propaganda acabam beneficiando os partidos bem estruturados, os candidatos que já estão no poder e são conhecidos, e aqueles que têm acesso a recursos econômicos, ainda que ilegalmente. Não se quer fazer juízo de valor sobre o método escolhido pelo legislador, e nem buscar alternativas, este não é o escopo do trabalho. O que se faz é meramente constatar que a legislação restringe a propaganda e essa restrição tem seus efeitos.

Passando à verificação dos artigos, pelo escopo do texto não cabe fazer a análise minuciosa deles todos. É bastante chamar a atenção para os quatro artigos que tratam efetivamente do que mais diz respeito ao centro do presente trabalho. São eles, os arts. 47 e 49, que cuidam da distribuição do tempo em rede de rádio e televisão, no primeiro e segundo turnos, e o art. 51, que trata da propaganda mediante inserções ao longo da programação, e ainda o art. 58, que diz respeito ao direito de resposta.

Pois bem. A propaganda em rádio e televisão é o foco deste trabalho. Radiodifusão é o serviço “a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendendo a transmissão de sons (radiodifusão sonora) e a transmissão de sons e imagens (televisão)” (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 293). Complementa Otavio Júnior: “A Constituição da República estabelece uma dicotomia entre serviços de radiodifusão e de telecomunicações, embora estes últimos possam ser vislumbrados numa relação gênero-espécie ante os primeiros” (loc. cit.).

A radiodifusão no Brasil foi inaugurada em 7 de setembro de 1922 (CASTRO, 2018), e a primeira referência legal veio com o Decreto 16.657, de 5 de novembro de 1924, tendo, segundo relata Yvonete Meneguel (2018). Mas a primeira regulamentação sistemática se deu com o Decreto 20.047, de 27 de maio de 1931, e com o Decreto 21.111, de 1º de março de 1932. Essa legislação foi pioneira, segundo Cristiano Aguiar Lopes (2011, p.3), e tais decretos constituíram até 1962 “as principais peças legais da radiodifusão” (loc. cit.). Inobstante o art. 35 do Decreto 21.111/32 viesse a tratar de responsabilidade pelo conteúdo, não havia qualquer menção ao direito de resposta.

Ébida dos Santos (2014) faz um resumo do período:

Consideramos que o uso político do rádio no Brasil pode ser dividido em três grandes momentos. O primeiro compreende de 1930 a 1945, onde através do seu regime ditatorial, Getúlio Vargas regula o sistema de rádio e o uso da propaganda, vindo a utilizá-lo para impor seus ideais políticos de unificação nacional. O momento seguinte, pós Vargas, dá início ao processo de regulação do uso dos meios de comunicação pelos partidos e candidatos, marcado novamente pela censura e cerceamento da liberdade de imprensa e de expressão, com o regime militar, que vai do golpe de 1964 até 1985. Como marco para o terceiro período, consideramos a Constituição de 1988, que restitui a liberdade de atuação da imprensa e garante acesso gratuito,

pelos partidos políticos, ao rádio e a televisão, com a constante atualização da legislação para acompanhar cada pleito.

E aqui estamos, na era da informação.

3.3 Propaganda como direito à informação

A função mais importante da propaganda é a de informar. Mas é preciso considerar algumas premissas. A primeira delas: o direito de receber informação, por parte do eleitor, prevalece sobre o direito de transmiti-la, por parte do candidato. A segunda: para fins de compor um processo eleitoral legítimo e democrático, a informação deve ser qualificada, o que não diz respeito apenas a uma característica intrínseca, mas também ao entorno, ao ambiente de interlocução. Finalmente: a informação é um direito-dever do candidato.

3.3.1 A influência da propaganda na sociedade

A propaganda influencia a opinião pública, que por sua vez afeta o processo eleitoral, que pode gerar distorções na legitimidade do pleito e, por consequência, na própria constituição política do Estado. É crucial, portanto, prestar atenção na propaganda como um fator de aferição da qualidade do conjunto democrático. Não será jamais um mero detalhe que uns candidatos tenham acesso à propaganda e outros não.

E nesse ponto é importante observar que não basta que a propaganda seja disponibilizada conforme prevê a legislação. Não se trata de uma observância formal da lei, e sim de cuidar para que a propaganda efetivamente ocorra de um modo razoavelmente adequado.

Isto significa que a propaganda há de ser clara, compreensível ao eleitor, sem vícios que possam distorcer a verdade e que seja efetivamente realizada. Efetivamente realizada, diga-se, mesmo para o candidato que entenda não depender dela por estar bem posicionado nas pesquisas, já que, como dito alhures, a propaganda enquanto informação é direito indisponível e precisa ser realizada por conta da necessidade do eleitorado em recebê-la.

Então, reitere-se sobre o quão relevante é considerar a influência da propaganda, para o bem ou para o mal, seja seu excesso ou sua ausência, sua completude ou sua precariedade. De acordo com Melvin DeFleur (1993, p. 298) “tudo – aprendizagem, atitudes e comportamento – é de al-

guma forma influenciado pela propaganda”. Para Bandeira de Mello (1996, p. 100), em países sem uma democracia substancial “o povo é presa fácil das articulações, mobilizações e aliciamento da opinião pública, quando necessária sua adesão ou pronunciamento, graças ao controle que os setores dominantes detêm sobre a mídia, que não é senão um dos seus braços.”

E é justamente essa possibilidade de manipulação decorrente de outros elementos que nos leva à conclusão de que o tempo de propaganda pode desvirtuá-la.

3.3.2 Liberdade de expressão na propaganda eleitoral

Não é recente a preocupação do legislador brasileiro com a liberdade de expressão no âmbito do direito eleitoral. Encontra-se nas *consideranda* do Decreto 1.574, de 20 de outubro de 1893 (JOBIM, 1996, p. 450), nos primórdios da República, algumas passagens que revelam a importância da propaganda no processo eleitoral e a preocupação dos efeitos de eventual cerceamento à liberdade. Tratava-se de um adiamento das eleições de deputados e senadores daquele ano, que ocorreriam dali a dez dias, para dois meses após.

Lê-se, dentre outros, esse trecho:

que as limitações á liberdade de imprensa, indispensáveis, attentas as condições excepcionaes que atravessa a Republica Brasileira, poderão prejudicar a propaganda das ideias dos partidos dificultando-lhes a arregimentação de forças para a lucta eleitoral; que os Estados comprehendidos nas disposições do decreto nº 1.563 de 13 de outubro que estaleleceu o estado de sitio, onde portanto a eleição não tem as garantias constitucionaes da liberdade individual, influirão poderosamente sobre a manifestação da opinião, pelo importante numero de representantes com que concorrem para o Poder Legislativo;

Contemporaneamente, a Constituição Federal traz no art. 220 uma especial proteção à liberdade de expressão e, no que nos interessa, à informação:

“Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de

comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3º Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

§ 5º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

§ 6º A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.”

Se no § 1º há referência à informação da espécie “jornalística”, o caput traz o gênero informação, mais abrangente, que vai garantir todo o conjunto de conhecimento possível de ser transmitido ou acessado e que pode vir a ser objeto da tutela constitucional.

Essa informação está sob a guarida da lei – *lato sensu* – porque não interessa apenas ao emissor, mas a todo o processo da comunicação que, em última análise, vai viabilizar a dinâmica social em que se inserem os direitos fundamentais.

Vem da jurisprudência uma lição sobre a natureza da liberdade de expressão, em acórdão da lavra do juiz Harrison Targino (2002):

A liberdade de imprensa e de expressão não é dada dos meios de comunicação ou dos jornalistas, mas em favor de toda a sociedade na medida em que é desta o interesse por informações livres.

A liberdade de expressão é um direito fundamental declarado na Constituição, com garantias constitucionais vinculadas, diz Carlos Neves Filho (2012, p. 25).

3.3.3 A integridade da informação

A informação compõe a comunicação, que pressupõe mão dupla entre os interlocutores. É o que diz o relatório *Many Voices One World*, documento elaborado pela UNESCO em 1980 sobre problemas de comunicação no planeta e que ganhou o título, no Brasil, de *Um Mundo e Muitas Vozes* (UNESCO, 1983).

Concebida como um dos direitos humanos da terceira geração (ALCURI, 2012), o direito de se comunicar é evidentemente mais amplo do que o de informar ou ser informado, porque unidirecionais, especialmente nos veículos que interessam ao debate – rádio e televisão.

“Tudo comunica: tudo o que você faz ou deixa de fazer ou diz ou deixa de dizer”, lembra o marqueteiro mexicano Sergio Zyman (2003, p. 12). Até o silêncio, diz Eni Orlandi (1996, p. 263), “tanto quanto a palavra, tem suas condições de produção; por isso dada a diversidade dessas, o sentido do silêncio varia, isto é, ele é tão ambíguo quanto as palavras. (...) Por outro lado, o silêncio pode produzir uma ruptura não desejada. Inscreve-se nesse caso aquilo a que se chama ruído da comunicação.” O que se denota é a amplitude potencial da comunicação, que não se limita a uma monocórdica troca de dados. Mais razão para considerar que todas as nuances da comunicação importam, inclusive – e é aonde queremos chegar – a questão do tempo necessário para uma transmissão razoável.

De todo modo, deixemos a comunicação para focar a informação. A concepção de um modelo de comunicação participativo, interativo e, portanto, democrático, nos conduz a um conceito mais elaborado de informação. É preciso abstrair a ideia de transmitir dados, conhecimento, mensagem, para reinseri-la num contexto em que outros elementos devem ser levados em conta, como o emissor, o receptor, as condições destes e da transmissão. A informação deve ser assim compreendida, sob pena de não conseguir entender os efeitos das suas distorções ou deficiências.

Melo (1986, p. 70) lembra Paulo Freire para falar do silêncio como fruto da falta de acesso à educação e à informação, e lembra que mesmo quando há o acesso o sistema é falho, limitado a uma “mera transferência de informações”, no que chama de “pedagogia do antidiálogo”.

Essa passagem nos ajuda a compreender que a informação que tanto perseguimos, como direito do eleitor e como elemento fundamental da democracia, não é a simples transmissão de dados, longe disso. O que parece ser mais adequado é – fazendo essa leitura com base nos princípios constitucionais e eleitorais já vistos – buscar uma informação íntegra como parâmetro aceitável.

Para fazer um paralelo muito simples, basta pensar na hipótese de um pai ou uma mãe orientando uma criança acerca dos riscos de uma determinada atividade. Não se imagina que o responsável se dará por satisfeito em transmitir formalmente a informação sem estar convicto de que ela era compreensível; ele saberá identificar se a informação foi íntegra.

Informação íntegra, para efeito do raciocínio que se desenvolve, seria aquela idealizada como conjunto de conhecimentos não necessariamente recebidos, mas pelo menos disponibilizados num ambiente em que o emissor age com transparência e lealdade, e o receptor tenha razoáveis condições de compreender a mensagem e sobre ela exercer uma avaliação crítica. Além disso, o objeto da informação deve estar acondicionado num meio adequado.

Assim, no processo de comunicação, mesmo a informação pura é um amálgama composto por pelo menos quatro elementos: emissor, receptor, meio e mensagem. A inconsistência de qualquer um deles afetará o conjunto e, por consequência, o resultado final.

Nessa linha, pelas mesmas razões que Freire se reportava ao silêncio e Melo ao antidiálogo, a problemática da falta de informação (ou informação insuficiente ou inapta) revela que é impossível a produção de informação para os fins da propaganda eleitoral quando o espaço não for minimamente razoável. Vamos além.

Se propaganda pela metade é nenhuma propaganda, meia mensagem pode ser pior que nenhuma mensagem, porque eventualmente estará comprometida pela distorção e o efeito pode até ser reverso.

Imagine uma peça de propaganda que aborde um tema complexo ou polêmico; sem tempo suficiente, a questão pode resultar em um cenário confuso, e o prejuízo não será apenas do candidato, mas principalmente, mais uma vez, do eleitor.

3.3.4 O candidato e seu direito indisponível de informar

No tocante ao direito de informar, o candidato também está amparado, por óbvio, naquele que é o mais natural mister da propaganda, a difusão de ideias. Eis a liberdade de expressão e opinião como direito fundamental e sustentáculo da democracia, mas em se tratando de propaganda eleitoral é necessário ir um tanto além.

Um candidato não representa a si mesmo. Dado o sistema partidário, como já visto, e considerando que a candidatura é monopolizada pelas agremiações, esta pretensão jurídica resulta de um processo jurídico-político. O candidato será, pois, representante de um partido ou coligação, que por sua vez, sujeitou-se a uma convenção soberana, que derivou de um ordenamento estatutário, que foi submetido ao crivo da lei e adotou determinada posição pública.

Nesse contexto, pode-se dizer que o exercício do direito à candidatura é pessoal, mas não a ela em si, que pode eventualmente vagar, mas, estando titularizada, deve obediência aos princípios constitucionais e eleitorais aplicáveis.

Tira-se daí que a propaganda eleitoral do candidato acaba sendo um direito-dever, ou até mesmo um direito indisponível. Não se trata de um ato de reflexos meramente particulares, e sim de interesse público, porque havido no seio de um processo democrático. Quer-se com isso dizer que a propaganda eleitoral é antes de tudo um dos pilares da eleição, porque subsidia o eleitor e guia a vontade popular.

Vem em socorro desta inferência a lição de José Afonso da Silva (2007, p. 41), segundo o qual “nas democracias de partido e sufrágio universal, as eleições tendem a ultrapassar a pura função designatória, para se transformarem num instrumento pelo qual o povo adere a uma política governamental e confere seu consentimento, e por consequência, legitimidade, às autoridades governamentais. Ela é, assim, o modo pelo qual o povo, nas democracias representativas, participa da formação da vontade do governo e do processo político.”

Mutatis mutandis, traz-se à colação o magistério de Guilherme Gonçalves (2008, p. 232):

Entretanto, num regime democrático representativo como o definido constitucionalmente para o nosso país, onde o partido político tem o monopólio de acesso ao poder institucional, a garantia da am-

pla liberdade de convencimento – e portanto, de realização de propaganda eleitoral – tem importância essencial para, de fato, permitir não só a existência efetiva de uma oposição legítima mas, sobretudo, que essa oposição possa, em algum momento, tornar-se situação.

A propaganda eleitoral é o veículo da informação, que por sua vez não é fim em si mesmo, mas sim um meio de proporcionar legitimidade ao processo. A informação, assim, é o alimento da soberania popular. Daí porque, reafirme-se, o direito de informar é indisponível.

3.3.5 O eleitor e o direito de ser informado

O ex-ministro do Tribunal Superior Eleitoral, Henrique Neves da Silva (2018), com suas costumeiras elucubrações de alto calibre, a um tempo profundas e pragmáticas, expõe com precisão a relação entre o direito à informação e o processo democrático em que se insere:

A qualidade de uma democracia depende, dentre outros aspectos, do direito à informação e da livre manifestação do pensamento. Assim, a propaganda eleitoral não pode ser compreendida apenas como uma ferramenta voltada aos interesses dos candidatos selecionados pelos partidos políticos. Ela existe principalmente para que o eleitor possa ter as informações necessárias e verídicas sobre quem são as pessoas que disputam o pleito e quais são as ideias e propostas defendidas.

Defleur (op. cit., p. 310) relembra o poder da informação:

Mas se as comunicações de massa podem modificar significados e influenciar sem querer o comportamento, há base suficiente para se procurar uma estratégia de construção de significados com a finalidade de deliberadamente alterar o comportamento. A informação dada pela comunicação de massa deve ser tão eficiente quanto qualquer outra para mudar os significados atribuídos pelas pessoas a alguma coisa, produto, causa, candidato ou questão. Se tais mudanças podem ser obtidas, daí devem decorrer modificações de comportamento no sentido daquele alvo de persuasão.

É preciso compreender a propaganda eleitoral como uma garantia ao direito de informação do eleitor, e considerar esse direito no arcabouço de um sistema democrático. A garantia ao direito de informação do eleitor

não é apenas muito relevante, é essencial, é indispensável para que se tenha um processo eleitoral minimamente legítimo. Trata-se de uma garantia, por evidente, já que o direito em si é subjetivo.

José Marques de Melo (1986, p. 61) disse algo que parece óbvio: “Os cidadãos não têm conhecimento porque não lêem e não lêem porque não têm conhecimento para motivá-los à leitura. E consequentemente ficam à mercê das manipulações políticas, das mistificações culturais, das armadilhas econômicas.” Ele discorre sobre um “comportamento passivo, acrítico, que imobiliza grande parte da sociedade”, para então concluir sua insurgência quanto ao modelo vigente (op. cit., p. 65):

Um povo que não tem experiência de participação, de intervenção na coisa pública, de exercitação da sua capacidade de influir nas decisões nacionais, é um povo condenado à marginalização social e política, a permanecer mudo, silencioso, apático. A ausência de participação popular nos destinos do país e a consequente castração das potencialidades comunicativas do nosso povo tem sido uma constante na história do Brasil, da Colônia ao Império, da velhíssima República às novas Repúblicas deste século.

Para Milton Wagner da Silva (2016, p. 16), há três subdivisões para classificar a liberdade de informação: informar, se informar e ser informado:

É possível constatar três dimensões da liberdade de informação em geral: direito de informar, coincidindo com a liberdade de manifestação de pensamento pela palavra, por escrito ou qualquer outro meio de difusão; direito de se informar, ou direito de acesso à informação, o qual consiste na possibilidade de buscar informação por meio de todos os meios lícitos disponíveis; e direito de ser informado, um direito transindividual de receber informações dos Estados e dos meios de comunicação, a fim de possibilitar o exercício consciente das liberdades públicas. (op. cit., 2016, p. 16)

Para facilitar a compreensão deste trabalho, vamos considerar numa mesma vertente o binômio se informar/ser informado. Entende-se perfeitamente a distinção, que é adequada, mas como o objeto deste estudo é a propaganda de rádio e televisão e sua forma, a postura ativa do eleitor fica prejudicada, dada a já referida característica unidirecional da informação na espécie.

O direito de ser informado é o que sustenta a tese, porque o eleitor exerce um papel passivo, de receptor; o direito de se informar, por outro lado, embora igualmente presente, tem uma presença secundária, subsidiária, porque no caso da propaganda de rádio e televisão só seria viável o exercício do direito de se informar se, de algum modo, fosse suprimido o de ser informado.

3.3.6 O papel da informação

A importância da informação é reconhecida há tanto tempo que já se fez presente nas primeiras normas da legislação eleitoral brasileira, ainda quando o Brasil pertencia a Portugal. O Regimento de 10 de maio de 1640, complementando as disposições do título 67 do livro 1^a das Ordenações Filipinas, trazia instruções sobre eleição de juízes, vereadores, procuradores e outros oficiais municipais. O sistema era formatado em graus, com prévia escolha de eleitores qualificados, e uma concentração absoluta de poderes pela Coroa portuguesa.

Não se encontra aí a expressão de um amplo processo democrático, dadas as óbvias restrições e exclusões, mas desde então é possível identificar a relevância da informação sobre os candidatos no processo eleitoral. Vide o capítulo III:

E tanto que tiveres feito o dito caderno, com os títulos apartados das ditas pessoas, vos mando, que na margem do título de cada uma delias informeis por vossa letra por informação particular, que tomareis das partes, e qualidades da tal pessoa, e se tem zelo, sufficiencia, e talento para bem servir nos officios da governança, e se é bem acostumado, e quieto, e se tem algum homizio, ou outro defeito, de que os informadores não tiverem informado; o que fareis com toda a clareza, e distincção, dando a razão, e motivos, dos impedimentos, que lhes pozeres á margem. (JOBIM, 1996, p. 21)

O dispositivo menciona inclusive a possibilidade de um segundo levantamento de informações que tivessem escapado ao primeiro, como forma de ampliar ao máximo o espectro disponível. A informação, desde a era colonial, sempre esteve no centro das preocupações da legislação eleitoral. A propósito da colônia *brasilis*, Carlos Neves Filho (op. cit., p. 25) discorre sobre o direito de antena em Portugal:

Tempo de antena, na doutrina portuguesa, é o direito à comunicação concedido aos partidos políticos e organizações sociais, sindicais, profissionais e representantes de categorias econômicas; bem como o direito à comunicação partidária da oposição constitucionalmente organizada, em contraposição aos tempos do Governo e o próprio horário eleitoral.

Esta é uma formatação amplíssima do sistema de informação ao eleitor, que privilegia as organizações sociais e catalisa as diferentes forças democráticas, num processo que dá envergadura ao exercício da soberania popular. Bruno Gonçalves (2006) considera esse modelo “um avanço notável para a democratização das comunicações”.

Retornando ao ponto de partida: o direito de ser informado passa pela compreensão de que a liberdade de expressão pressupõe a responsabilidade do emissor e a capacidade do receptor, para que o processo tenha condições de fluir a contento. A comunicação não pode ser meramente formal, e nem a informação, é preciso contar com um conteúdo real, legítimo, palpável, compreensível, e esse é um direito inafastável do eleitor. Sem informação, todo o resto fica absolutamente prejudicado.

3.4 Distribuição do tempo de rádio e TV

A propaganda eleitoral por meio de radiodifusão (rádio e televisão) tem um tratamento legal diferenciado dos demais meios, por duas razões singelas. Primeiro, trata-se de um serviço público prestado por meio de concessão estatal. Depois, o espaço de propaganda disponível é fisicamente limitado. Essas duas características mudam a regra do jogo, e constituem uma das razões que sustentam a conclusão do presente trabalho.

Dispõe o art. 157 da Lei 9.472/97 (Lei das Telecomunicações) que “o espectro de radiofrequências é um recurso limitado”, porque existem faixas limitadas nas quais se enquadram as frequências de transmissão para as diferentes formas de telecomunicação, aí inclusos os serviços de radiodifusão sonora (rádio) e de sons e imagens (televisão). Para que se tenha uma noção, existem 103 frequências de rádio FM e 66 da chamada TV aberta (UHF e VHF), que são aquelas, na iniciativa privada, sujeitas à obrigatoriedade da transmissão da propaganda, nos termos dos arts. 47 e 57, da Lei das Eleições.

Com tão estreito leque, para um país de dimensões continentais, a limitação é evidente, razão pela qual a concessão se dá por meio de processo licitatório, pagamento de altas somas a título de outorga e um procedimento administrativo complexo, lento e burocrático. A burocracia da concessão e a limitação do espectro frequencial restringem o acesso a essa atividade. Sendo assim, uma parcela ínfima da população tem esse poder, razão pela qual o serviço é conduzido com severas restrições de controle de forma e conteúdo pela legislação pertinente.

Ericson Scorsim (2009) considera o serviço como de interesse público, e vai além: “O serviço público de televisão é a garantia constitucional para a realização de diversos direitos fundamentais”. Anderson Alarcon (2005) lembra a função social dos meios de comunicação, ao lado de José Afonso da Silva (op. cit., p. 250). Inegável o papel desses meios de comunicação no exercício dos direitos fundamentais, razão pela qual se pode considerar plenamente justificado, também por isso, o tratamento diferenciado na legislação.

O outro motivo pelo qual a radiodifusão é tratada de forma especial está na limitação física do espaço disponível para a propaganda eleitoral. Um jornal pode aumentar a quantidade de suas páginas impressas, se necessário. A internet não tem limites para a inclusão de mais e mais conteúdo. Mas a TV e o rádio não contam com essa fronteira aberta. O tempo é finito, está limitado a uma programação diária, e não há como fabricar um excedente. Daí porque esse tempo, que é finito, escasso e, por isso, de alto custo, precisou ser distribuído de uma forma que pudesse atender à finalidade da propaganda e ao conflito de interesses dos partidos.

A Constituição Federal trata da propaganda eleitoral em rádio e TV no art. 17, § 3º:

“§ 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 eleito pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação.”

Isso mostra que o ordenamento jurídico já parte de uma restrição marcante: a cláusula de desempenho. Apenas os partidos com determinada votação geral ou participação na Câmara dos Deputados terão acesso à propaganda eleitoral.

Descendo ao nível infraconstitucional, a Lei 9.504/97 dispõe sobre a distribuição do tempo em rede entre os partidos no art. 47 (primeiro turno) e 49 (segundo turno), conforme já relatado. A propaganda em rede é aquela realizada de forma simultânea pelas emissoras da circunscrição eleitoral, obedecendo a uma periodicidade fixada pela lei. A regra diz que para o segundo turno o tempo é dividido igualmente, o que, considerando o total de dez minutos, foge do problema do tempo inferior a um minuto, e portanto não interessa ao debate.

Além da propaganda em rede há a propaganda em inserções, segundo o disposto no também já citado art. 51. Não nos ocuparemos da propaganda em inserções porque essas têm uma característica diversa. Enquanto a propaganda em rede é concentrada, fixa, periódica, solene, e com tempo expressivo, o que a torna principal, a propaganda em inserções é difusa, variável, de periodicidade incerta, informal e com dimensão temporal ínfima (podendo corresponder a um décimo do tempo de rede no caso do segundo turno), ficando, por isso, relegada a uma condição complementar.

A distribuição do tempo de propaganda eleitoral em meios de radiodifusão se dá, como visto, em obediência à dimensão do resultado eleitoral dos partidos. É um critério de proporcionalidade. Renato Ribeiro (2008, 174) chama este parâmetro de “critério de legitimidade” e o justifica por conta da “excessiva proliferação de partidos”, para então, fazendo-se acompanhar por diversos doutrinadores, noticiar uma crítica pontual:

A atual forma de distribuição é criticada pela falta de isonomia entre os partidos e por possibilitar a manutenção daqueles que estão no poder, ao atribuir maior tempo com base na representação parlamentar. (loc cit., p. 175)

A distribuição proporcional não é critério absoluto, inflexível, mas se sujeita aos moldes principiológicos eleitorais e constitucionais. Nas eleições de 2018, o tempo de propaganda em rede no rádio e na televisão ficou assim distribuído, em minutos, entre os candidatos à Presidência da

República no primeiro turno, segundo dados do TSE: Geraldo Alckmin 5:32; Fernando Haddad 2:23; Henrique Meirelles 1:55; Álvaro Dias 0:40; Ciro Gomes 0:38; Marina Silva 0:21; Guilherme Boulos 0:13; Jair Bolsonaro 0:08; Cabo Daciolo 0:08; Eymael 0:08; Vera Lúcia 0:05; João Goulart 0:05; João Amoêdo 0:05.

Vê-se que dez dos treze candidatos tiveram à disposição tempo inferior a um minuto de propaganda eleitoral. E as mensagens, por certo, foram reduzidas a meros segundos de slogans, jingles ou palavras de ordem que procuravam sintetizar algum ponto enfático dos programas ou da identidade partidária, nada além. Impossível, na teoria e na prática, apresentar uma mensagem que pudesse minimamente levar ao eleitor um conteúdo, qual fosse o tema escolhido.

Não existe proporcionalidade em outros meios. Há toda uma gama de meios e veículos de comunicação, tal como em comícios, panfletagem, internet, imprensa escrita et coetera, e em todos os casos, ou há liberdade ou restrição, com igualdade para todos.

Esta peculiaridade da radiodifusão tem a ver, é certo, com a finitude do espaço disponível, em razão das características da programação, como já explanado. Pelas mesmas razões é que os debates também foram regulados com certa restrição, limitando-se o número mínimo obrigatório de participantes, e nesse caso, de acordo com a participação no Congresso Nacional.

Hipótese tão grave quanto seja a das entrevistas para televisão, rádio e até para a imprensa escrita. Os veículos por vezes adotam uma regra de proporcionalidade mista, em que dão aos mais bem posicionados em pesquisas eleitorais um espaço maior, ou ainda de acordo com a representação parlamentar, inobstante nada disso tenha previsão legal.

A jurisprudência, todavia, assim tem resolvido a questão, como no acórdão do Tribunal Superior Eleitoral proferido na representação 103246/DF (12.09.2014), da relatoria do Ministro Admar Gonzaga Neto, abaixo, no trecho que interessa:

O art. 45, IV, da Lei nº 9.504/97 não garante espaço idêntico a todos os candidatos na mídia, mas sim tratamento proporcional à participação de cada um no cenário político. O espaço na programação dos veículos de comunicação deve ser conferido aos candidatos, tendo em vista a respectiva posição no cenário eleitoral, em conformida-

de com o aspecto material do princípio da isonomia. Atenta contra o princípio da razoabilidade obrigar os veículos de comunicação a convidar todos os candidatos registrados e a realizar cobertura jornalística diária, impedindo-os de exercer sua atividade em função de critérios mercadológicos, desde que não desbordem para o privilégio.

O conjunto de restrições legais à propaganda, em contato com o sistema de distribuição proporcional do tempo, provoca uma reação danosa ao processo eleitoral, ao alijar parcela dos candidatos e, portanto, mutilar a legitimidade da disputa. O ambiente democrático fica, assim, fragilizado, o que reforça a necessidade de se garantir um tempo mínimo de propaganda.

4 O tempo mínimo de propaganda em rádio e TV

4.1 Imprescindibilidade de um tempo mínimo

A falta de um limite mínimo de tempo leva a um problema de situação extrema, em que o tempo disponível para a mensagem é ínfimo e, portanto, insuficiente para a comunicação razoável de um conteúdo. Encontrar essa medida é tarefa complexa, mas antes urge justificar a necessidade de se fixar esse piso de tempo. E a principal razão está na circunstância de que uma mensagem incompleta pode ser equivalente à ausência de mensagem. Dar ao espaço de propaganda um tratamento de mera formalidade pode resultar na inviabilização desta, ou de sua finalidade.

Tome-se emprestado o exemplo da regulamentação sobre publicidade, com a rica experiência do CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária), uma corporação civil que fiscaliza o setor. “Além de cumprir a regra, é preciso atingir a finalidade”, diz seu ex-presidente Gilberto Leifert (2002), chamando a atenção para a aplicação da principal fonte de controle da entidade, que é o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

A norma (privada) traz disposições como estas, do Anexo A:

1.1 No meio Rádio, será veiculada durante fração de tempo suficiente para sua locução pausada e compreensível.

1.2 Nos meios TV, inclusive por assinatura e Cinema, quaisquer que sejam os suportes utilizados para o comercial, será veiculada em áudio e vídeo durante fração de tempo correspondente a, pelo menos, um décimo da duração da mensagem publicitária.

A estipulação de um critério de tempo mínimo para a veiculação da mensagem publicitária demonstra o que se está a enfatizar no campo eleitoral: não é razoável considerar que uma mensagem possa ser transmitida adequadamente se não houver tempo suficiente para tal, porque esta medida será delimitadora.

Essa questão é absolutamente carente de estudos jurídicos, de modo que a missão de garimpar doutrina ou jurisprudência que contenha uma abordagem direta é inglória. Não há estudos sobre essa relação entre mensagem e tempo mínimo, e muito menos sobre a fixação de um limite inferior ideal ou eventual critério para tanto.

Não por outro motivo é preciso buscar em outros ramos do Direito ou mesmo fora do meio jurídico algumas referências que possam contribuir com a investigação. Há uma resolução da ANVISA (RDC 96/2008) que institui o Regulamento Técnico sobre Propaganda, Publicidade, Promoção e Informação de Medicamentos e estabelece a necessidade de fazer constar certas cláusulas de advertência:

Art. 23 A propaganda ou publicidade de medicamentos isentos de prescrição médica deve, também, veicular advertência relacionada à substância ativa do medicamento, conforme tabela do anexo III. Parágrafo único. No caso de não ser contemplada alguma substância ativa ou associação na tabela do anexo III, a propaganda ou publicidade deve veicular a seguinte advertência: '(nome comercial do medicamento ou, no caso dos medicamentos genéricos, a substância ativa) É UM MEDICAMENTO. SEU USO PODE TRAZER RISCOS. PROCURE O MÉDICO E O FARMACÊUTICO. LEIA A BULA.

Art. 24 A advertência a que se refere o artigo 23 deve ser contextualizada na peça publicitária, de maneira que seja pronunciada pelo personagem principal, quando veiculada na televisão; proferida pelo mesmo locutor, quando veiculada em rádio; e, quando impressa, deve causar o mesmo impacto visual que as demais informações presentes na peça publicitária, apresentando-se com, no mínimo, 35% do tamanho da maior fonte utilizada.

I - A locução das advertências de que trata o caput deste artigo deve ser cadenciada, pausada e perfeitamente audível. (...).

Neste ponto, vem a lume o trabalho de Vívian Arraes (2010, p. 119), que estuda regras de publicidade de medicamentos em comerciais de televisão, quando faz menção a uma situação específica relativa às cláusulas de advertência:

“Quanto ao cumprimento da legislação, analisamos que o texto com informações sobre o medicamento, como contra-indicação, composição e número de registro do medicamento, é impossível à leitura, ferindo o art. 6º da RDC 96/08. A advertência do inciso VII do art. 22 (Se persistirem os sintomas, o médico deverá ser consultado) está presente na peça, tanto escrita como locucionada. Entretanto, a indicação do art. 23 (É um medicamento, seu uso pode trazer riscos...), não é locucionada e não aparece por tempo suficiente à leitura total, o que fere mais uma vez o art. 6º.

É importante perceber que as informações importantes sobre o medicamento são inseridas na peça de maneira ‘falsa’, pois não permitem que o consumidor realmente tome conhecimento delas. Elas constam na peça somente para evitar as sanções da Lei, e o desrespeito é cometido de forma bastante sutil. Isso reflete ‘(...) o quanto as informações sobre riscos, efeitos adversos, advertências e precauções são negadas ao consumidor’ (NASCIMENTO, 2007, p. 207).”

O que a autora chama de informações inseridas de maneira “falsa”, revela o cumprimento meramente formal da norma. Ou seja, há disposições sendo cumpridas formalmente mas que no contexto não atingem a finalidade que sustenta a regra; essa finalidade é a informação ao consumidor.

Analogamente, é o caso da propaganda eleitoral, cuja finalidade é proporcionar ao eleitor e ao candidato a oportunidade de, respectivamente, receber e transmitir informação, como um direito daquele e um direito-dever desse.

Mas não se pode transmitir informação alguma de modo razoável sem meio para tal, sem um mínimo de tempo razoável, sob pena de cumprir apenas formalmente o requisito de espaço de propaganda.

4.2 O critério do tempo mínimo

O tempo mínimo para a veiculação de uma mensagem não se limita a uma questão formal mas, muito antes, reflete um componente essencial para a própria mensagem, que é sua viabilidade. Não é possível considerar que qualquer mensagem possa ser transmitida em qualquer espaço de tempo. Em um segundo não seria razoavelmente possível que uma mensagem pudesse ser transmitida durante a propaganda eleitoral. Pois bem. E em dois segundos? Em três? Qual seria esse tempo mínimo? Obviamente não há uma resposta exata, mas há indicativos importantes.

De início é preciso compreender que a finalidade do espaço é a propaganda eleitoral, e nesse caso, a mensagem referida será aquela destinada a abordar o candidato e suas ideias. Há liberdade para outras espécies, para variações e até para abordagens diversas, que serão admitidas igualmente pelo sistema eleitoral, mas para fins de estabelecimento de um parâmetro há de ser levada em conta a finalidade mencionada.

O primeiro parâmetro a se fixar, portanto, é o tipo de mensagem que se destinará a apresentar pessoa ou ideia. O segundo parâmetro diz respeito aos signos utilizados numa mensagem e, partindo do padrão empregado pelo homem médio, a adoção de palavras, de modo que interessa saber a quantidade dessas que se pode pronunciar em dado espaço de tempo.

O critério, portanto, será a quantidade de palavras por determinado lapso, o que resulta numa medida de velocidade. Por evidente que não se trata de mera contagem de palavras, porque se permitiria, numa velocidade extrema, um excesso que estaria a comprometer a qualidade da compreensão, como no distúrbio da taquifemia ou numa locução de corrida de cavalos. A pronúncia há de ser de tal ordem que permita a fácil compreensão.

Apenas como uma referência, lição de Charles Brown (1961, p. 88):

Embora não possamos afirmar que exista uma velocidade ideal de falar, pois esta varia de acordo com o temperamento do orador e as emoções que o discurso acarreta, o fato de que os estudantes tantas vezes se criticam uns aos outros, neste ponto, indica que os ouvintes se ressentem com a pressa. Julgam-se roubados de certa riqueza de comunicação de que poderiam gozar se a celeridade fosse menor.

Socorramo-nos, pois, da fonoaudiologia. Estudando a questão da velocidade da fala, Letícia Celeste (2006) aponta características desta, associadas às pausas, que dizem respeito à organização temporal:

Uma das principais funções da prosódia é a expressão de atitudes. Através da variação de parâmetros como entonação, intensidade e organização temporal (velocidade de fala e pausas) o ser humano é capaz de transmitir atitudes diferenciadas, como a certeza e a dúvida. (...) A velocidade de fala pode ser relacionada com o ritmo que cada indivíduo imprime a seu discurso, adequando-se ao contexto e a própria situação na qual ele se encontra (BEHLAU e PONTES, 1995). Dessa forma, unem-se dois parâmetros relevantes para a velocidade

de fala: aspectos individuais e o ambiente. Estudos sobre a velocidade de fala considerando esses dois fatores foram desenvolvidos no estudo de falantes nativos em diferentes idades (FOLHA e FELICIO, 2009; MARTINS e ANDRADE, 2008), distúrbios de fala e linguagem (WERTZNER e SILVA, 2009; AZEVEDO e CARDOSO, 2009) e expressividade. Dentro desta última, podemos considerar os atos de fala, as emoções e as atitudes. Estudos sobre a organização temporal no comando militar verificaram que tanto a velocidade de fala quanto a localização das pausas apresentaram tendências relevantes neste tipo de discurso (CELESTE et. al., 2006; COELHO, 2007). Alguns autores apontam que a variação da velocidade de fala pode ser utilizada na expressão de emoções, com menor velocidade de fala na expressão de carinho e maior na expressão de raiva (BARBOSA et. al., 2009).

Esses indicadores demonstram que a velocidade da fala deve ser levada em conta para a qualidade da comunicação. Ou seja, para uma comunicação eficaz, seja por estilo ou estratégia, com inclusão de pausas ou não, a fala pode ser desacelerada, o que pode reduzir a média de velocidade. É preciso, pois, considerar que a mensagem precisa de tempo, e esse tempo pode vir a ser maior conforme a característica do emissor ou da própria emissão.

Num estudo recente, Luanna Costa e outros (2015) dissertam sobre a velocidade da fala como indicativo de aferição da comunicação:

Ressalta-se, portanto a importância de se estudar a melhor metodologia para avaliação da velocidade de fala, uma vez que a mesma pode ser utilizada não só para avaliar os distúrbios de fluência como a efetividade comunicativa de forma mais ampla.

Os pesquisadores encontraram (loc. cit.) uma taxa média de elocução de 76 palavras por minuto num padrão comunicativo para a faixa etária de 40 a 49 anos. Essa é uma referência razoável para que se possa avaliar a capacidade de comunicação de uma mensagem em relação ao tempo disponível.

É o ponto nevrálgico do tópico, uma das motivações para determinar a viabilidade ou inviabilidade de uma determinada correlação de tempo para a transmissão de uma mensagem qualquer. A média de 76 palavras por minuto pode vir a ser ainda menor, como visto antes, de acordo com as peculiaridades do comunicador ou da mensagem.

É possível afirmar, portanto, a necessidade de fixar um tempo mínimo e que esse deverá tomar como critério pelo menos a velocidade da fala e a quantidade de palavras compreensíveis. Isso nos leva a concluir, com segurança, que em curtos espaços de tempo não há condições humanas para a razoável transmissão e inteligência de uma mensagem completa, no âmbito do processo eleitoral, em que o conteúdo é denso por natureza e exige pelo menos uma abordagem sobre alguém (candidato) ou sobre uma ideia (programa).

4.3 O direito de resposta como parâmetro

Por que adotar o parâmetro do direito de resposta?

Uma das funções do direito de resposta, ao lado da neutralização das consequências dos abusos na comunicação, segundo o ministro Celso de Mello, do STF, é “restaurar e preservar a verdade pertinente aos fatos reportados pelos meios de comunicação social” (STF, ADPF 130/DF)

Mas o decano vai além ao apontar precisamente o espírito da lei neste ponto:

Vê-se, daí, que a proteção jurídica ao direito de resposta permite, nele, identificar uma dupla vocação constitucional, pois visa a preservar tanto os direitos da personalidade quanto assegurar, a todos, o exercício do direito à informação exata e precisa. (loc. cit.)

Basta o prejuízo em face de manifestação de pensamento produzida por outrem para que o ofendido esteja habilitado a requerer o direito de resposta, ainda “diante de qualquer manifestação política – mesmo as de propaganda institucional de partidos políticos”, afirma Alberto Rollo (2004, p. 217).

O direito de resposta equivale aos embargos de declaração do mundo extraprocessual. Não tem função de revide, vingança, contra-ataque, mas de reparação de erros. Embora se aplique não apenas para a hipótese de ofensa mas também de distorção dos fatos ou informações inverídicas, em qualquer dos casos o objetivo é trazer a situação ao status quo ante. Não é uma oportunidade para o ofendido levar vantagem e sim restaurar a informação que chega ao eleitor, na medida do possível, ao ponto que era antes da ofensa.

Daí porque é possível entender que o direito de resposta tem o molde de um espaço de informação, não de cunho processual ou como mero reparo, mas como informação mesmo, tal qual aquela propiciada no espaço da propaganda. Isso porque mesmo quando o exercício da resposta seja para reparar, ele está fazendo a função que originalmente faz a propaganda – informação – e seria desnecessária caso inexistisse a ofensa. Com esse perfil, o direito de resposta está habilitado a servir de parâmetro.

Evidentemente que se a lei dispusesse especialmente sobre a questão ou contivesse alguma outra disposição em que se pudesse extrair o parâmetro, não seria necessária a adoção do direito de resposta. Mas não havendo outra fonte, ou outro parâmetro, e estando presente a necessidade de uma interpretação que traga solução para essa questão, o mais adequado que se pode encontrar, para não haver invencionice, está no critério usado pelo legislador no direito de resposta.

E por que não, por exemplo, o tempo de propaganda por inserção, conforme o art. 51?

O tempo de propaganda por inserções, de trinta segundos, não tem a mesma finalidade do direito de resposta, nem uma identidade com a propaganda eleitoral principal, em rede. Isso porque as inserções constituem mensagens complementares à principal.

A propaganda em rede tem uma disposição concentrada, que se repete diariamente na mesma posição, uma apresentação solene – com abertura e encerramento do espaço claramente identificadas – e com tempo expressivo, muito mais amplo, o que torna esse espaço o principal momento da propaganda.

Já a propaganda em inserções é difusa por toda a programação; varia de horário a cada dia, não se repete nas mesmas posições e quantidades, e não tem uma apresentação solene, já que inexiste aviso oficial ou da emissora de que a inserção está sendo iniciada ou encerrada, além de ter dimensão temporal ínfima, podendo corresponder a um décimo do tempo de rede no caso do segundo turno.

As características citadas, certamente fazem da propaganda por inserções um espaço secundário, complementar, e como tal, sem a obrigatória condição de oferecer um lugar que ofereça aquela mesma oportunidade, aquele mesmo espaço que possa razoavelmente conter uma mensagem completa.

As céleres peças esparramadas ao longo da programação, que podem surgir para o eleitor a qualquer momento, de inopino (embora programadas num plano de mídia pelo candidato), não serão jamais elementos preeminentes da propaganda. Logicamente, até pela disposição e pelas características, essas partículas são complementares, contingentes, adicionais.

O direito de resposta, portanto, é o único parâmetro razoável a se empregar na interpretação dessa *quaestio*.

Por idêntico fundamento, o tempo proporcional ao agravo é previsto na Constituição e na legislação, visando um espaço razoável para o conteúdo. Ribeiro (op. cit., p. 201), fazendo referência ao direito de resposta, justifica a regra do tempo proporcional ao agravo, garantido o piso de um minuto, “para possibilitar o devido esclarecimento, contraditório e defesa, principalmente nos casos em que a ofensa se restringe a uma ou poucas palavras.” E defende, na sequência, o direito do ofendido se valer da regra de prevista no § 6º do art. 47 da Lei das Eleições (acumulação de frações inferiores a 30 segundos) para o exercício da resposta, “para que alcance o escopo da norma legal, evitando que mensagens truncadas prejudiquem a resposta”.

Esse argumento é um dos suportes do presente trabalho, na medida em que a finalidade do tempo de propaganda, assim como a do tempo de resposta, é garantir a transmissão de uma mensagem, de modo que possa ser razoavelmente compreendida.

É interessante notar que a Lei 13.188/2015, que trata do direito de resposta no âmbito do direito civil, traz uma disposição que induz à conclusão de que o instituto tem uma finalidade a ser cumprida e a inobservância de certos elementos resulta na sua ineficácia (ou, na letra da lei, inexistência). Diz a lei:

Art. 4º (...)

§ 3º A resposta ou retificação cuja divulgação, publicação ou transmissão não obedeça ao disposto nesta Lei é considerada inexistente. (...)

Nossa compreensão é a de que não se trata de um aspecto formal, não basta oportunizar a resposta, há de ser uma oportunidade real, suficiente, minimamente razoável, sob pena de não atingir a finalidade e, portanto, não representar uma reparação, conforme o espírito da lei. Nisto se insere a questão do tempo. Uma resposta que não tenha uma dimensão razoável é uma não-resposta.

Esta é a chave para abrir a discussão do tempo mínimo de propaganda eleitoral. Uma mensagem em condições precárias não atinge sua finalidade. Uma propaganda acondicionada em espaço temporal insuficiente é uma não propaganda. E este parâmetro do direito de resposta nos dá a saída.

4.4 Direito de resposta

O direito de resposta ganhou regulação própria no âmbito civil, por meio da Lei 13.188, de 11 de novembro de 2015, que manteve disposições da Lei de Imprensa, com exceção justamente do critério de tempo mínimo de um minuto.

Trata-se de uma evidente involução legislativa. E essa circunstância merece uma breve anotação. A Lei 13.188/2015 teve origem no Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) 141/2011, de autoria do senador Roberto Requião. O texto original assim dispunha, no que interessa:

Art. 4º A resposta ou retificação atenderão, quanto à forma e à duração, ao seguinte: (...)

II – praticado o agravo em mídia televisiva, terá a resposta ou retificação o destaque, a publicidade, a periodicidade e a duração da matéria que a ensejou, acrescida de três minutos;

III – praticado o agravo em mídia radiofônica, terá a resposta ou retificação o destaque, a publicidade, a periodicidade e a duração da matéria que a ensejou, acrescida de dez minutos. (...)

A proposição continha uma inovação relevante, ao dispor sobre um acréscimo ao tempo da resposta – igual ao tempo da ofensa – de três minutos quando na televisão e de dez minutos para o rádio. Essa ideia, contudo, foi radicalmente abolida já na primeira emenda substitutiva, que extirpou do texto esses acréscimos. Diz o parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sob a relatoria do senador Pedro Taques:

Ademais, no texto do art. 4º, incs. II e III, e no § 1º, com a premissa de resguardar a efetiva proporcionalidade entre a ofensa e a resposta ou retificação, própria da previsão constante no inc. V do art. 5º da CR, optamos por retirar do texto os acréscimos injustificados na duração do exercício do direito em relação à duração da ofensa (inc. II e III) e substituir a palavra ‘idêntico’ por ‘proporcional’ (§ 1º).

Ponderemos que essas modificações resguardam os objetivos da norma Constitucional, impedindo excessos e eventuais arbitrariedades judiciais.

Dali o texto seguiu para a Câmara dos Deputados (PL 6.446/2013) e manteve até o fim, nesta parte, a redação substitutiva, hoje na Lei 13.188/2015:

Art. 4º A resposta ou retificação atenderá, quanto à forma e à duração, ao seguinte:

I - praticado o agravo em mídia escrita ou na internet, terá a resposta ou retificação o destaque, a publicidade, a periodicidade e a dimensão da matéria que a ensejou;

II - praticado o agravo em mídia televisiva, terá a resposta ou retificação o destaque, a publicidade, a periodicidade e a duração da matéria que a ensejou;

III - praticado o agravo em mídia radiofônica, terá a resposta ou retificação o destaque, a publicidade, a periodicidade e a duração da matéria que a ensejou. (...)

Reitera-se: a Lei 13.188/2015 representou, no ponto, um recuo na escala evolutiva da legislação. A fixação de um tempo mínimo visa resguardar a finalidade da resposta, que não pode ser meramente formal mas efetivamente oferecer condições de uma restauração da informação deturpada.

Imagine-se a hipótese em que a mensagem ofensiva se limita a dizer que uma pessoa cometeu determinado crime, algo como, numa linguagem popularesca, “fulano roubou na Prefeitura”. Essa afirmação pode ser dita com clareza em três segundos. Mas em três segundos nenhuma resposta será bastante clara para desfazer a mensagem original.

Por mais concisão que se busque, por maior que seja o poder de síntese ou a qualidade estilística da comunicação, não será possível se chegar a uma resposta minimamente satisfatória. É indubitoso que uma resposta, qualquer que seja, inserida num tempo ínfimo, não pode atingir o seu mister. Numa situação como a que se põe, a condição é pior do que irrazoável, é irrealizável. Se o comando constitucional manda que se garanta resposta proporcional ao agravo, como se poderia, no exemplo referido, atender à Lei Maior?

Note-se que o texto diz que a resposta deve ser “proporcional ao agravo” e não “num tempo proporcional ao tempo do agravo”. Obviamente que em sede de preservação de direitos fundamentais não se está a discutir o conteúdo jurídico formal e sim real. A resposta somente será

proporcional ao agravo se puder minimamente representar uma mensagem que cumpra seu propósito, dentro dos limites da razoabilidade.

O Código Eleitoral atual (Lei 4.737, de 15 de julho de 1965) não continha originalmente disposições acerca do direito de resposta, que acabou contemplado com a inclusão do § 3º do art. 243, por força da Lei 4.961, de 4 de maio de 1966, assim:

Art. 243. (...)

§ 3º É assegurado o direito de resposta a quem fôr, injuriado difamado ou caluniado através da imprensa rádio, televisão, ou alto-falante, aplicando-se, no que couber, os artigos. 90 e 96 da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962.

O tempo mínimo do direito de resposta previsto no art. 58, § 3º, da Lei 9.504/97 veio como reprodução de parte da legislação antecessora:

Art. 58. 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. (...)

§ 3º Observar-se-ão, ainda, as seguintes regras no caso de pedido de resposta relativo a ofensa veiculada: (...)

III - no horário eleitoral gratuito:

a) o ofendido usará, para a resposta, tempo igual ao da ofensa, nunca inferior, porém, a um minuto;

5 Interpretação conforme a Constituição: um minuto

Interpretação conforme é uma técnica (CRUZ, 2016), um processo (BARROSO, 2010) ou princípio (CANOTILHO, 1998, p. 1189) para atividade hermenêutica na qual, mantendo-se o texto legal interpretado, dar um sentido que não represente violação ou incompatibilidade com a Constituição Federal. Há uma menção no art. 28 da Lei 9.868/99, que trata das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade, à interpretação conforme, o que apenas vem positivar o que já ocorria na prática.

Gabriel Pinheiro (2013, p. 7) noticia que a primeira aplicação desta técnica no STF teria se dado antes mesmo da atual Carta Magna, em 1987, em acórdão da lavra do ministro Moreira Alves na Representação 1417.

A interpretação conforme para ajustar a lei aos preceitos fundamentais políticos e à salubridade democrática não é inédita na jurisdição do STF, que na já referida ADI 5105 assim dispôs:

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.

Inobstante se trate de um método de interpretação da lei e, portanto, empregado na atividade jurisdicional, nada impede que se possa adotá-lo como forma de se otimizar a compreensão do tema. Para tanto, necessário considerar, diante do que foi dito até este ponto, pelo menos três premissas.

A primeira é o conjunto de princípios eleitorais (partidarismo, equilíbrio no pleito, paridade na competição e legitimidade eleitoral), e de princípios constitucionais aplicáveis ao direito eleitoral (democracia, republicanismo, igualdade, proporcionalidade e razoabilidade). É fundamental ter em mente que esses postulados formam um amálgama e aí se assenta a interpretação. Não se pode considerar cada princípio individualmente, mas no conjunto, porque é assim mesmo, sistemática e organicamente, que o direito há de ser vislumbrado. E não se diga que apenas os princípios constitucionais devem ser levados em conta para a interpretação conforme, porque os demais, ainda que no plano legal, derivam da Carta, direta ou indiretamente, ou pelo menos foram por ela recepcionados.

A segunda premissa é a de que a comunicação – e por extensão a informação que a compõe – somente pode ser considerada por inteiro quando respeitar um mínimo de condições, relativamente ao emissor, ao receptor, ao meio e à mensagem. A ausência ou deficiência relevante de algum elemento afetará o resultado a tal ponto de não representar aquilo que se considera essencial. Dentre essas condições se extrai a velocidade, o ritmo, a forma e o tempo das palavras, que são elementos indicativos da qualidade

da comunicação. Ou seja, não se trata de apenas informar, mas informar adequadamente, o que nem sempre acontece se as condições mínimas não estiverem presentes.

A terceira premissa dessa interpretação está na escolha do parâmetro de tempo mínimo, tendo sido adotado o do direito de resposta pela identidade vocacional. Não havendo disposição legal específica, é preciso buscar nalgum ponto um critério. Estando o direito de resposta situado no âmbito do mesmo ramo (direito eleitoral) e sistema (eleitoral), e tendo finalidade voltada também para a informação, este instituto se encontra habilitado à vaga.

Com base nessas premissas é possível se chegar a uma conclusão segura e com um fundamento jurídico. O tempo mínimo de um minuto deve ser observado em respeito ao direito de acesso à informação e, por consequência, à legitimidade e à plenitude democrática do pleito.

Essa é a melhor interpretação das disposições legais relativas à distribuição do tempo de propaganda em rede no rádio e na televisão, especialmente previstas no art. 58, § 3º, da Lei 9.504/97, em consonância com os ditames constitucionais vigentes.

6 Considerações finais

Garantir o tempo mínimo um minuto de propaganda eleitoral no rádio e na televisão tem implicações práticas. Uma delas é a possibilidade de que haja mais candidatos do que a quantidade de frações equivalentes ao tempo mínimo. A resolução desse problema pode ser diferida para outro momento, outra instância, mas também pode integrar a análise, e essa é de fato uma circunstância a se ter em conta.

Não há dúvida de que eventual decisão judicial sobre o tema possa ter um viés consequencialista. Consequencialismo (ou utilitarismo) é uma expressão filosófica que indica a consequência de um ato decisório como essencial à motivação deste. Em outras palavras, não se pode tomar uma decisão sem considerar suas consequências, com o objetivo de que a decisão seja tomada visando o melhor resultado possível. É compreensível, e é até plausível que assim seja. Afinal, há uma distância entre o mundo real e o ideal, e o pragmatismo do cotidiano social não pode ser ignorado. Sabe-se que tempo de televisão e rádio tem implicações econômicas, custos, e eventualmente, repercussão em cadeia para outras partes envolvidas.

Mas é possível compreender também que o consequencialismo não implica renúncia a valores, e nem mesmo incompatibilidade com preceitos éticos. Claro que não. Estamos sujeitos a uma série de regras das mais variadas dimensões, mas todas lastreadas em princípios, tudo imbricado num sistema jurídico nacional que se integra a uma universalidade de valores majoritariamente compreendidos e aceitos no plano internacional.

Concordamos todos que esses princípios universais e, em decorrência, as leis e suas bases teleológicas, hão de ser observados no processo de interpretação e de decisão. Assim sendo, não se pode ignorar que além da consequência de natureza econômica há outra, de natureza político-social, de muito maior relevo, que é justamente a quebra da legitimidade do processo eleitoral. A ausência de garantia do direito à informação do eleitor, e o cerceamento do direito de expressão do candidato, para ficar apenas nesses exemplos, representam por si só uma violação grave ao conjunto principiológico que sustenta o processo eleitoral. Não há pior consequência que essa.

Não é sobre um minuto de rádio ou televisão. É sobre democracia. Um processo eleitoral limpo, verdadeiro, legítimo, não acontece sem que os fundamentos constitucionais sejam respeitados, e nesse espectro estão a liberdade de manifestação e, principalmente, o direito de receber informações. O jogo só será limpo se todos estiverem em condições de jogar.

Uma visão minimamente holística nos obriga a ver que no processo eleitoral a informação é apenas a ponta do iceberg da democracia. É preciso cuidar disto como um bem precioso. Não se pode por tudo a perder por causa de um minuto.

Referências

ALARCON, Anderson de Oliveira. A televisão e o instituto da concessão pública. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 891, 11 dez. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7654>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

ALCURI, Gabriela et al. **O Relatório MacBride**: história, importância e desafios. Simulação das Nações Unidas para Secundaristas, 2012. Disponível em: <<http://sinus.org.br/2012/wp-content/uploads/05-AC.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

ALMEIDA, Candido Eduardo Mendes de. **A autorregulamentação publicitária no Brasil**. 2013. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=22521@1>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

ÂNGELO Castro diz que a eleição é uma fraude e não apresenta promessas específicas para SC. **Jornal do Almoço**, reportagem, 11 set. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/eleicoes/2018/noticia/2018/09/11/angelo-castro-diz-que-a-eleicao-e-uma-fraude-e-nao-apresenta-promessas-especificas-para-sc-em-entrevista-ao-jornal-do-almoco.html>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

ASSOCIAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DE PROPAGANDA - APP. **Código de Ética**. Disponível em: <<http://appbrasil.org.br/app-brasil/servicos-e-manuais/codigo-de-etica-dos-profissionais-de-propaganda/>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

ARRAES, Vívian Larissa Alves Araújo. **Publicidade de medicamentos nos comerciais de TV: ética e legislação em defesa da saúde do consumidor**. Monografia. Fortaleza: UFCE, 2010. Disponível em: http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/26718/1/2010_tcc_vlaarraes.pdf Acesso em: 18 nov. 2018.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 7ª. Edição revista, S.P., Ed. Saraiva, 2010, pag. 194.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscor. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado – PLS, n. 141/2011. **Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3477836&ts=1540305975065&disposition=inline>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 130 Distrito Federal**, Rel. Min. Carlos Ayres Brito, 30 abr. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral da Bahia (TER/BA). Recurso Extraordinário - **RE 2429**, Rel. Juiz Harrison Targino, j. 12.12.2002.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral - **REspe n. 16183/MG**, Rel. Min. José Eduardo Rangel de Alckmin, DJe de 17 fev. 2000.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). **Recurso Ordinário - RO 5370-03.2014.6.13.0000/MG**. Rel. Min. Rosa Weber, j. 30 ago. 2018. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/sadpPush/ExibirDadosProcessoJurisprudencia.do?nproc=537003&sgcla=RO&comboTribunal=tse&dataDecisao=21/08/2018>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

BROWN, Charles T. **Introdução à Eloquência**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

CÂNDIDO, José Joel. **Direito eleitoral brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Edipro, 2004.

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

CASTRO, José de Almeida. **História do rádio no Brasil**. Artigo disponível em: <<https://www.abert.org.br/web/index.php/quemsomos/historia-do-radio-no-brasil>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

CELESTE, Leticia Correa. **A variação da velocidade da fala como estratégia comunicativa na expressão de atitudes**. Conferência. Congresso Ibero-Americano de Fonoaudiologia. Salvador, 2009. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/263006865_A_variacao_da_velocidade_de_fala_como_estrategia_comunicativa_na_expressao_de_atitudes>. Acesso em: 18 nov. 2018.

CONEGLIAN, Olivar. **Propaganda eleitoral**. 11^a ed. Curitiba: Juruá, 2012.

COSTA, Luanna Maria Oliveira; MARTINS-REIS, Vanessa de Oliveira; CELESTE, Leticia Correa. **Metodologias de análise da velocidade de fala: um estudo piloto**. Departamento de Fonoaudiologia. Faculdade de Medicina. UFMG. Belo Horizonte, 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/codas/v28n1/2317-1782-codas-28-01-00041.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

CRUZ, Gabriel Dias Marques da. **STF, interpretação conforme a constituição e reserva de plenário**. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Ano 2016, n. 224, 1º.08.2016. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/gabriel-dias-marques-da-cruz/stf-interpretacao-conforme-a-constituicao-e-reserva-de-plenario>. Acesso em 20 nov 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

DEFLEUR, Melvin L. **Teorias da comunicação de massa**. 5. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GOMES, Neusa Demartini; CORRADI, Analaura; CURY, Luiz Fernando. **A dialética conceitual da publicidade e da propaganda**. 1997. Disponível em: <<http://www.eca.usp.br/associa/alaic/Livro%20GTP/dialetica.htm>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

GONÇALVES, Bruno Lupino. **Marcos regulatórios e democratização da mídia: o direito de antena**. Tese. Doutorado em Direito. São Paulo: USP, 2006. Apud NEVES FILHO, Carlos. Propaganda eleitoral e o princípio da liberdade da propaganda política. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GONÇALVES, Guilherme de Salles. A liberdade de exercício da propaganda eleitoral e o dever de respeito às posturas municipais. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Coord.). **Direito eleitoral contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

HELLER, Hermann. Teoria del Estado. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1947. Apud DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

JOBIM, Nelson. **Legislação eleitoral no Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1996.

LEIFERT, Gilberto. Entrevista. **CONAR**, 2002. Disponível em: <<http://www.conar.org.br>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

LOPES, Cristiano Aguiar. **Regulação da radiodifusão educativa**. Estudo. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011.

- MACEDO, Roberto Gondo. **A propaganda política no ABC Paulista:** regionalidade e imagem pública no jornal Diário do Grande ABC. 2008. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/alcar/encontros-nacionais-1/encontros-nacionais/6o-encontro-2008-1/A%20PROPAGANDA%20POLITICA%20NO%20ABC%20PAULISTA.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2018.
- MALUF, Sahid. **Direito constitucional.** 16. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1984.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Revista trimestral de Direito Público.** V. 15. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MELO, José Marques de. **Comunicação:** direito à informação. São Paulo: Papi-rus, 1986.
- MENEGUEL, Yvonete Pedra; OLIVEIRA, Oseias de. **O rádio no Brasil:** do surgimento à década de 1940 e a primeira emissora de rádio em Guarapuava. Disponível em: <<http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/pde/arquivos/713-4.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2018.
- MEYNAUD, Jean. **A ciência política.** Rio de Janeiro: FGV, 1960.
- NEVES FILHO, Carlos. **Propaganda eleitoral e o princípio da liberdade da propaganda política.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- ORLANDI, Eni Puccinelli. **A linguagem e seu funcionamento:** as formas do discurso. 4. ed. São Paulo: Pontes, 1996.
- PINHEIRO, Gabriel Calil. **Os limites à interpretação conforme a constituição na argumentação do Supremo Tribunal Federal.** Monografia. Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/235_Gabriel-Calil-Pinheiro.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2018.
- PINTO, Djalma. **Direito eleitoral:** improbidade administrativa e responsabilidade fiscal. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- QUEIROZ, Otávio Augusto Pereira de. **Dicionário Latim-Português.** 6. ed. São Paulo: Lep, 1959.
- RAMAYANA, Marcos. **Direito eleitoral.** 8. ed. Niterói: Impetus, 2008.
- RAMOS, Wolney. **Propaganda Política.** São Paulo: Companhia das Publicações, 2005.

RIBEIRO, Renato Ventura. Propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão e direito de resposta. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Coord.). **Direito eleitoral contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. O regime jurídico-constitucional da radiodifusão e das telecomunicações no Brasil em face do conceito de atividades audiovisuais. **Revista Brasília**, n. 170, abr./jun. 2006.

ROLLO, Alberto. **Propaganda eleitoral: teoria e prática**. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.

ROSENZWEIG, Patrícia Quitero. **História da propaganda brasileira**. 2014. Disponível em: <<https://pt.slideshare.net/PATRICIAQUITERO1/aula-historia-da-propaganda-brasileira>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

SANTOS, Ébida Rosa dos. **A propaganda eleitoral no rádio: aspectos históricos e legais**. Disponível em: <http://alcarsul2014.sites.ufsc.br/wp-content/uploads/2014/10/GT_HIST%C3%93RIA_DA_MIDIA_SONORA__EBIDA_ROSA_DOS_SANTOS.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2018.

SCORSIM, Ericson Meister. **Serviço público de televisão por radiodifusão**. Migalhas. 2009. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,-MI84817,101048-Servico+publico+de+televisao+por+radiodifusao>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

SERRANO, Daniel Portillo. **Qual é a diferença entre publicidade e propaganda?** Portal do Marketing. 2013. Disponível em: <http://www.portaldomarketing.com.br/Artigos3/Qual_e_a_diferenca_entre_Publicidade_e_Propaganda.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Henrique Neves da. **Como o eleitor saberá quem são os candidatos e o que dizem?** Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/e-leitor/como-o-eleitor-sabera-quem-sao-os-candidatos-e-o-que-dizem-05072018>>. Acesso em: 04 nov. 2018.

SILVA, Milton Wagner da. **Isso é uma calúnia!** A regulamentação do direito de resposta e o possível uso abusivo por agentes políticos. Monografia.

UFPR, 2016. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/46107/69.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

TOMÁS, Luís. Propaganda Fide. **Revista Fátima Missionária**. Ed. LIII, jun. 2007.

UNESCO. **Um Mundo e Muitas Vozes**: comunicação e informação na nossa época. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1983. Título original: *Many Voices One World, Towards a new more just and more efficient world information and communication order*. Paris. Unesco, 1980. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0004/000400/040066eb.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

ZYMAN, Sergio. **A propaganda que funciona**: como obter resultados com estratégias eficazes. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

Nelson Zunino Neto - Advogado em São João Batista SC. Graduado em Direito (FURB) e Pós-graduado em Direito Eleitoral (IDDE). Concluiu o curso de preparação da Escola Superior da Magistratura de Santa Catarina (ESMESC). Atuou como convidado em comissões parlamentares de inquérito municipais. Palestrante sobre reforma política, legislação eleitoral e improbidade administrativa. Na OAB/SC participou, dentre outras, da Comissão de Moralidade Pública, além de ter sido vice-presidente da Comissão de Direito Eleitoral. É membro da Academia Catarinense de Direito Eleitoral (ACADE) e do Instituto dos Advogados de Santa Catarina (IASC). Autor da obra *Tempo Mínimo de Propaganda Eleitoral em Rádio e TV: por um jogo justo* (Habitús, 2020).



EJESC

Escola Judiciária Eleitoral
de Santa Catarina

ISSN 0104-6152