

ISSN 0104-6152

RESENHA ELEITORAL

vol. 23, n. 2
2019



EJESC

Escola Judiciária Eleitoral
de Santa Catarina

ISSN 0104-6152

RESENHA ELEITORAL



EJESC



UNIVALI



ACALEJ

Resenha Eleitoral: Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina
Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. v. 23, n. 2 (2019) -.
Florianópolis: TRE, 2019.

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)

ISSN 0104-6152

RESENHA ELEITORAL

RESENHA ELEITORAL (ISSN 0104-6152)

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.

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.

Presidente

Desembargador Cid José Goulart Júnior

Vice-Presidente e Corregedor Regional Eleitoral

Desembargador Jaime Ramos

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

Identidade Visual e Comunicação

Ana Patrícia Trancredo Gonçalves

Jairo Ângelo Grisa

Juliana Vier Both

Projeto gráfico e diagramação

Rodrigo Camargo Piva (TRES)

Revisão de abstracts

Emerson Cargnin (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 (UNIBRASII)

Ángel Ricardo Oquendo (University of Connecticut/EUA)

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 Raís Rodrigues Moreira (MACKENZIE-SP)

Eduardo de Avelar Lamy (UFSC)

Elaine Hazrheim Macedo (IGADE)

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

Encida 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)

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 Weick Pogliese (UFPB)

Marilda de Paula Silveira (IDP)

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)

Roberta Maia Gresta (PUC-MG)

Rodolfo Viana Pereira (UFMG)

Sérgio Roberto Baasch Luz (UNIVALI)

Silvana Batini Cesar Góes (FGV-RJ)

Silvana Krause (UFRGS)

Tarcísio Vieira de Carvalho Neto (UnB)

Vania Siciliano Aieta (UERJ)

Walber Moura Agra (UFPE)

Sumário

RESENHA CIENTÍFICA

- 11 **Uma Abordagem sobre os Direitos Políticos dos Indígenas no Marco da Normatividade Internacional e Brasileira**
Ana Cláudia Santano
- 35 **O Exercício dos Direitos Políticos pela Pessoa com Deficiência Intelectual**
Adenildo Junior Machado
- 67 **O Precedente Judicial como Fonte Primária do Direito Eleitoral**
Rodrigo Terra Cyrineu
- 101 **A Lei da Ficha Limpa entre o Discurso da Moralidade e os Interesses dos Congressistas: uma análise da aprovação da Lei Complementar n. 135/2010 a partir da teoria da escolha racional**
Luiz Eduardo Peccinin e Lygia Maria Copi
- 121 **Macrocriminalidade e Criminalidade Estrutural/Cultural: uma leitura da “nova” categoria de macrocriminalidade a partir de Pierre Bourdieu**
José Edilson da Cunha Fontenelle Neto
- 139 **A Jurisdição Penal Eleitoral entre a Normatividade Constitucional e o “Canto da Sereia”: competência e composição da Justiça Eleitoral brasileira após a decisão do STF nos autos do Inquérito 4435**
Guilherme Barcelos
- 161 **As Consequências da Identificação de Candidaturas Fictícias: cassação das eleitas e desincentivos à representatividade feminina na política**
Marilda de Paula Silveira
- 187 **A Podridão da Candidatura Laranja: ponderações acerca da participação feminina nas eleições brasileiras**
Amanda dos Santos Neves Gortari
- 205 **Âmbito de Atuação da Justiça Eleitoral na Hipótese de Divulgação de *Fake News* por meio das Redes Sociais**
Eduardo de Carvalho Rêgo e Luiza Cesar Portella

SEGUNDA SEÇÃO

RESENHAS DA RESENHA

- 227 **Regulação da Propaganda Eleitoral Antecipada: a posição do TSE quanto ao uso de outdoor no REspe n. 0600227-31**
Raísa Schaeffer
- 235 **Representação n. 0600546-70.2018.6.00.0000: a qualidade do debate público enquanto fundamento para o controle judicial das *fake news***
Adriana Martins Ferreira Festugatto
- 241 **QrToth – Transmissão do resultado da seção eleitoral pelo próprio mesário**
Álvaro Sampaio Corrêa Neto

TERCEIRA SEÇÃO

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

- 253 **Acórdão n. 33.596**
Relator: Juiz Vitoraldo Bridi
- 254 **Acórdão n. 33.555**
Relator: Juiz Celso Kipper
- 256 **Acórdão n. 33.586**
Relator: Juiz Celso Kipper
- 258 **Acórdão n. 33.766**
Relator: Juiz Jaime Pedro Bunn

Apresentação

“O jurista é o semântico da linguagem do direito.”

Alfredo Augusto Becker

A produção científica é um dos ápices da ação humana. E, por produção científica, queremos aludir ao processo e ao (seu) produto, cujos objetivos são a verdade.

Uma revista científica, por ser um processo colaborativo, é uma das mais positivas manifestações da humanidade e, no caso de um periódico jurídico, da comunidade jurídica.

A ontologia (metafísica geral) subjetiva das ciências sociais e humanas não torna compulsória uma epistemologia subjetiva. Com efeito, os objetos das ciências sociais e humanas podem (e devem) ser submetidos a uma epistemologia objetiva, assim como as ciências naturais.

No escólio de Richard Kirkham, numa ontologia realista, “a coerência não é nem uma condição necessária nem uma condição suficiente da verdade”, uma vez que a verdade não é construída pelo discurso, pois, de acordo com Cristiano Carvalho (*Ficções Jurídicas no Direito Tributário*), “no momento em que se abandona a concepção de que a linguagem é meio para captar e compreender a realidade, a epistemologia morre”. A coerência é, porém, condição necessária para conferir cientificidade (i) à busca pela verdade, objetivo das ciências, e, portanto, (ii) ao discurso científico.

Vale dizer que verdade objetiva não se confunde com verdade absoluta. “Verdade absoluta” é aquela que não admite refutação, possuindo caráter dogmático. E qualquer impedimento ao “falseabilismo”, único critério apropriado para a teoria do conhecimento na concepção de Karl Popper, indica afastamento da ciência.

Alfredo Augusto Becker (*Teoria Geral do Direito Tributário*) pontua que o rigor na terminologia é exigência fundamental para se construir toda e qualquer ciência. Paulo de Barros Carvalho (*Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*) segue o mesmo diapasão, citando o escólio de Bobbio no sentido de que o rigoroso cuidado na terminologia não é exigência ditada pela gramática para a beleza do estilo, mas é uma exigência fundamental para construir qualquer ciência.

Conforme FÁBIO ULHOA COELHO, há duas condições para que o raciocínio lógico nos conduza à verdade: a veracidade das premissas e a correção do próprio raciocínio. Os lógicos se ocupam dessa segunda condição apenas, vez que da veracidade das premissas cuidam os cientistas (biólogos, matemáticos, físicos, sociólogos, psicólogos etc.).

Com efeito, a cientificidade é meio para se alcançar o objetivo das ciências, a veracidade. Devem ser constantes, portanto, (i) a análise crítica das premissas, e (ii) a postura investigativa acerca da coerência interna dos discursos professados no âmbito de cada ciência e de suas correlatas teorias.

A *Resenha Eleitoral* segue na sua missão de “democratizar a divulgação do conhecimento científico na área eleitoral, por meio da publicação de trabalhos inéditos que promovam a transformação baseada na convergência entre teoria e prática”.

O número 2 do volume 23 da *Resenha Eleitoral* mantém o formato inaugurado a partir da Resenha 22 n. 1-2, a partir de orientação da Presidência do TRESA: Seção Científica; Resenhas da Resenha; e Jurisprudência Seleccionada.

Agradecemos:

(i) ao Desembargador Cid José Goulart Júnior, Presidente do TRESA, pelo apoio;

(ii) ao editor-chefe da Resenha, Prof. Dr. Luiz Magno Pinto Bastos Junior, Vice-Presidente da Comissão de Direito Eleitoral da OAB-SC, aos avaliadores e revisores e aos autores, que seguem confiando na nova fase da *Resenha Eleitoral*; e

(iii) à Secretaria Judiciária, unidade originalmente responsável pela *Resenha Eleitoral*, nas pessoas dos servidores Edmar Sá e Rodrigo Camargo Piva, que gentil e habilmente participam da revisão, concretizando o segundo, ainda, a diagramação da revista.

Boa leitura!

Wilson Pereira Junior

Juiz Diretor da Escola Judiciária Eleitoral de Santa Catarina

Isabella Bertoncini

Vice-Diretora da EJESC

Ayrton Belarmino de Mendonça Moraes Teixeira

Secretário Executivo da EJESC



PRIMEIRA SEÇÃO

**RESENHA
CIENTÍFICA**

UMA ABORDAGEM SOBRE OS DIREITOS POLÍTICOS DOS INDÍGENAS NO MARCO DAS NORMATIVAS INTERNACIONAL E BRASILEIRA

*A brief approach about the political rights of indigenous people in the
international and Brazilian legal framework*

Ana Claudia Santano

Resumo: Ainda que tenham sido vítimas de diversos atentados contra a sua existência, os povos autóctones seguem fazendo parte da pluralidade brasileira, tendo direitos e deveres assegurados pela Constituição de 1988. Dentre esses direitos estão os políticos, vitais para dar voz a esses grupos. No entanto, embora esse tema tenha sido tratado nos âmbitos do Direito Constitucional e nos Direitos Humanos, o Direito Eleitoral ainda carece de estudos específicos, na contramão do interesse crescente sobre o assunto. Assim, este breve ensaio tem como objetivo trazer um apanhado geral dos direitos políticos dos autóctones, partindo do disposto na Convenção 169 da OIT, para logo acrescentar as normas constantes nos sistemas onusiano e interamericano. Após, serão expostas as regras brasileiras tanto no âmbito constitucional quanto na legislação ordinária, trazendo algumas impressões vindas desde a aplicação dessas regras pela Justiça Eleitoral. Essa análise de regramento virá acompanhada de algumas decisões judiciais que demonstram como isso vem ocorrendo nos últimos anos proferidas tanto na esfera interamericana quanto pelo Poder Judiciário brasileiro.

Palavras-chave: Povos indígenas. Direitos políticos. Convenção 169 OIT. Justiça Eleitoral. Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Abstract: The indigenous people from Brazil had suffered many threads against their existence since long time ago. However, they still are part of Brazilian plurality and have lots of rights guaranteed by the 1988 Constitution. One of these rights is the political one, which gives them voice to participate actively in the democracy. Although this issue had been analyzed in the Constitutional Law and Human Rights field, there is a lack of studies from the Electoral Law point of view, in the wrong direction of the growing interest about this theme. Considering this, this brief essay aims to bring the political rights of indigenous people examined through the international and Brazilian legal framework, adding to the analysis some decisions of the Electoral Supreme Court and the Inter-American Human Rights Court to show how these rules are applied.

Keywords: Indigenous people; political rights; Convention 169 ILO; Electoral Judicial Authority; Inter-American System of Human Rights.

1 Introdução

No Brasil, segundo o censo do IBGE realizado em 2010, há 817.963 indígenas nos 255 povos catalogados, sendo este um número aproximado. Desses, 315.180 encontram-se em áreas urbanas, e 502.783 em perímetros rurais¹. Embora não existam dados consolidados nacionais sobre o número de eleitores indígenas alistados na Justiça Eleitoral, há sinais de que esse grupo vem crescendo justamente quando considerados outros fatores de participação política, como o número de candidaturas indígenas.

Assunto ainda pouco tratado no campo do Direito Eleitoral, mas já explorado em outros, como no Direito Constitucional e nos Direitos Humanos, o tema dos direitos políticos dos povos indígenas instiga ao menos uma análise mais detalhada e que combine a normativa internacional protetiva já existente com as disposições sobre os direitos indígenas no ordenamento jurídico brasileiro, tidos como ainda recentes em nível constitucional.

Assim, este breve ensaio tem como objetivo trazer um apanhado geral dos direitos políticos dos autóctones, partindo do disposto na Convenção 169 da OIT, para logo acrescentar as normas constantes nos sistemas onusiano e interamericano. Após, serão expostas as regras brasileiras tanto no âmbito constitucional quanto na legislação ordinária, trazendo algumas impressões vindas desde a aplicação dessas regras pela Justiça Eleitoral. Essa análise de regramento virá acompanhada de algumas decisões judiciais que demonstram como isso vem ocorrendo nos últimos anos proferidas tanto na esfera interamericana quanto pelo Poder Judiciário brasileiro.

Como esclarecimento necessário, nesse trabalho entender-se-á como índio o indivíduo que se identifique como tal segundo a consciência de seu vínculo histórico com a sociedade pré-colombiana, bem como aquele que a própria comunidade indígena que ele afirma pertencer ou reconhece como tal. Essa definição engloba dois critérios utilizados pela FUNAI para a tarefa², o do autorreconhecimento e o do heterorreconhecimento, cons-

¹ Cf. <<https://indigenas.ibge.gov.br/graficos-e-tabelas-2.html>> Acesso em 12 jul. 2019.

² Cf. < <http://www.funai.gov.br/index.php/todos-ouvidoria/23-perguntas-frequentes/97-pergunta-3>> Acesso em 10 jul. 2019.

tantes no art. 1³ da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)⁴, bem como no art. 3, I do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73). Rechaça-se a definição do índio como silvícola, por se entender que é uma definição pejorativa e que alimenta o estereótipo do indígena como um selvagem, que vive na selva e que é inferior em um hipotético estágio evolucionário das culturas (do selvagem à civilizada europeia)⁵. Esta, aliás, foi uma observação feita pelo Min. Ayres de Britto, quando do julgamento do Caso Raposa Serra do Sol no Supremo Tribunal Federal (Pet. 3.388, julg. 19/03/2009). Ainda, os direitos políticos aqui tratados centrar-se-ão no direito de votar e ser votado, uma vez que são prerrogativas básicas de qualquer cidadão, embora, dentro do tema de participação política dos indígenas, haja um vasto leque de ações que possam ser incluídas, como o direito à consulta prévia, por exemplo.

2 O direito à autodeterminação dos povos indígenas

A autodeterminação dos povos indígenas é, nas palavras de André de Carvalho Ramos, constituída por um tripé, sem cujos elementos não se alcança a efetivação desse princípio: território, governo e jurisdição⁶. Nesse sentido, a autodeterminação não é exclusiva aos indígenas, mas de todos os povos como organização social, como forma de manter suas características e de reconhecer suas culturas⁷.

³ 1. A presente convenção aplica-se: a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial; b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas. 2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

⁴ Aprovada em 1989 e promulgada integralmente no Brasil pelo Decreto Presidencial nº 5.051/2004.

⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 781.

⁶ *Ibidem*. p. 288.

⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Comentário aos artigos 231 e 232. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, *Resenha Eleitoral (Florianópolis)*, v. 23, n. 2, p. 11-34, 2019

Embora já existente desde o século XIX⁸, a autodeterminação dos povos vem sendo construída como princípio desde o sistema institucional da Organização das Nações Unidas, consolidando-se em um ambiente no qual os próprios Estados-nação optaram por se submeter a uma nova ordem mundial. Assim, a ONU elencou como um de seus propósitos a composição de “relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos” (art. 1.2 da Carta da ONU), bem como trouxe tratamento normativo a esse princípio no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. A partir disso, tal princípio, antes percebido como de ordem política e moral, passou a se destacar como uma regra jurídica⁹.

Conforme o preâmbulo da Constituição Federal de 1988, o Brasil se constitui em uma sociedade fraterna, plural e sem preconceitos. No entanto, no que se refere aos indígenas, ainda há muito que ser feito. No máximo, o que se percebe é a adoção de um multiculturalismo¹⁰ ainda contido, que se ocupa da diversidade enquanto diferença cultural, dentro de um determinado espaço (local, regional, nacional ou internacional), ao mesmo tempo em que repudia ou deixa de lado diferenças econômicas e sociopolíticas¹¹.

Para ser um Estado multicultural, não basta que sejam aceitas as diferenças culturais, como sugere o caso brasileiro. É preciso que se dê autossuficiência para esses grupos, considerando-se as diferenças econômicas e as políticas. Não é possível consolidar um verdadeiro multiculturalismo sem primeiro honrar a autonomia desses povos, e é aqui que se encaixa o

Lenio Luiz. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 4661-4678.

⁸ BARBOSA, Marco Antônio. **Autodeterminação direito à diferença**. São Paulo: Plêiade, 2001. p. 302.

⁹ *Ibidem*. p. 317.

¹⁰ Multiculturalismo é um “modelo de gestão” sobre uma sociedade onde a diversidade é aceita e é valorizada. “Pode ainda influir na diminuição das desigualdades ao contemplar a diferença como fator de igualdade”. MELO, José Wilson Rodrigues de. Multiculturalismo: tensões brasileiras do direito à diferença como expressão de igualdade e dignidade. *Revista ESMAT*, [S.l.], v.8, n. 11, p. 91-104, jul./dez. 2017.

¹¹ VERDRUM, Ricardo. Povos indígenas no Brasil: o desafio da autonomia. In: VERDRUM, Ricardo (org.). **Povos indígenas: Constituições e reformas políticas na América Latina**. Brasília: Coronário. 2009. p. 93.

princípio da autodeterminação dos povos. Não há o que se falar em direito à autodeterminação de minorias étnicas se for esquecido o respeito às formas de ser e de viver particulares dos grupos, pois ela é baseada numa configuração de diversidade sociocultural, tendo em vista que o Estado brasileiro assumiu um papel não de tutor, mas sim de colaborador dos povos indígenas a partir do reconhecimento de sua autonomia, no art. 231 do texto constitucional¹².

Nesse ponto, também se deve mencionar que as disposições constitucionais de 1988 são anteriores à aprovação da Convenção 169 da OIT, ocorrida em 1989. E, em relação especificamente à autodeterminação indígena, consagrou-se esse princípio no artigo 231, *caput*, da Constituição de 1988: “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”.

A autodeterminação está associada ao reconhecimento do modo de viver e de suas instituições, ainda que não oficiais (contanto que elas sejam sabidamente tradicionais), e de que elas sejam levadas em consideração nas tomadas de decisão. O direito ao reconhecimento que têm os indígenas passa antes pela existência de instituições extraestatais e sua validação. A autodeterminação pressupõe autonomia e esta é uma manifestação de vontade, que enseja voz e participação, compondo a ideia de um Estado Democrático de Direito¹³.

Assim, o princípio deve ser entendido como autogestão, não como uma autonomia política no sentido de independência política, mas sim no sentido de participação política para que, através dela, os indígenas possam ser protagonistas do seu próprio desenvolvimento econômico, e que possam também defender a perpetuação de suas heranças culturais, das tradições e de seus etnosaberes¹⁴.

¹² SANTOS, Rodrigo Mioto dos. Pluralismo, multiculturalismo e reconhecimento uma análise constitucional do direito dos povos indígenas ao reconhecimento. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S.I.], v. 43, n. 0, 2005.

¹³ WEBER, Thadeu. Autonomia, dignidade da pessoa humana e respeito em Kant. In: UTZ, Konrad; et al (coord.). **Sujeito e liberdade: investigações a partir do idealismo alemão**. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2012. p. 14-43.

¹⁴ Etnosaberes são conhecimentos, métodos, técnicas, formas de classificação e organização das suas vidas com o mundo natural. Em outras palavras, são o *know-how*, as práticas, a expertise, produzidas, utilizadas e transmitidas pelos grupos indígenas, que constituem seu patrimônio imaterial, e não se confundem com os saberes científicos nossos (dos não índios), mas têm a mesma – ou, até mesmo, superior – credibilidade dentre os indígenas,

Segundo Norbert Rouland, o direito à autodeterminação para os autóctones é um direito à coexistência pacífica no interior do Estado com o resto da população, aliado com o poder de decidir seu destino perante as autoridades estatais, com direta conexão com os direitos políticos¹⁵.

Dessa forma, não há como dissociar o direito à autodeterminação dos povos indígenas de seus direitos políticos. Dar voz e possibilitar canais de participação na esfera pública garante o direito à autodeterminação aos indígenas, que requer que essa voz seja ativa e tida em conta nas decisões tomadas pelo Estado.

3 Convenção 169 da OIT

Embora não tenha sido a primeira a ser dirigida aos povos indígenas, a Convenção 169 da OIT é pioneira no que se refere ao seu efeito vinculante e que segue vigente.

Em um primeiro momento, a Convenção pretendia proporcionar aos povos indígenas e tribais o gozo ao trabalho, porém, com as mesmas garantias trabalhistas destinadas aos povos não índios. Também era seu objetivo compelir as nações a atuarem na salvaguarda de direitos trabalhistas e previdenciários. No entanto, o documento foi além da temática trabalhista, conformando um texto preocupado com os direitos sociais dos indígenas, como a educação e saúde, dentre outras providências de caráter territorial, cultural e patrimonial.

pois são conhecimentos tradicionais e transgeracionais. A transmissão desses etnosaberes ocorre mediante oralidade, exclusivamente. E mais: são adquiridos empiricamente, depois de processos de experimentações visuais, auditivas ou de percepção. Por exemplo, os conhecimentos a respeito da flora, a sapiência que detêm acerca das plantas e das propriedades medicinais de cada uma delas, são etnosaberes e não podem ser desprezados pois muitos benefícios curativos atribuídos à algumas plantas, posteriormente se confirmam como sendo eficazes por estudos científicos. Outro exemplo sobre o que compreende etnosaberes são os estudos milenares da etnia dos Tupinambás, que já tinham elaborado há muito uma taxonomia de alguns animais da Amazônia brasileira, engendrando a etnobiologia indígena. (Cf. SILVA, Ana Paula da; FREIRE, José Ribamar Bessa. **As palavras e a letra**: etnosaberes Tupinambá nas fontes coloniais. Disponível em: <http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1308326908_ARQUIVO_Artigo_Anpuh_Nacional_2011_Ana_Paula_em06abr11_alterado_Haverroth_em07abr11.pdf> Acesso em 12 jul. 2019).

¹⁵ ROULAND, Norbert; PIERRÉ-CAPS, Stéphane; POUMARÈDE, Jacques. **Droit des minorités et des peuples autochtones**. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

O texto da Convenção também traz linhas sobre ações governamentais com base na livre determinação, ao direito de usufruto de terras, direito à preservação da identidade cultural do povo, além do direito a usar e administrar os recursos naturais, resguardando o direito à indenização plena por perdas e danos. Esse contexto aproximou muitas áreas do Direito aos Direitos Humanos, o que colabora na ideia de indivisibilidade desses direitos¹⁶ e ajuda a gerar uma consciência sobre a necessidade de tutela dos direitos desses povos, que, como se sabe, não gozam materialmente dos mesmos direitos que os demais da população¹⁷.

Os principais propósitos trazidos pela Convenção foram: (i) definição sobre os destinatários da Convenção; (ii) estabelece um sentido para a interpretação do termo ‘povos’, que não deve ser admitido como tendo o mesmo empregado em ‘povo’ para o Direito Internacional; (iii) autoidentificação, que se refere à noção de reconhecimento de sua identidade indígena como um critério subjetivo, bem como a identificação heterônoma, que vem por terceiros; (iv) princípio da não discriminação, conferindo pleno gozo de direitos humanos e direitos fundamentais sem discriminação; (v) autonomia, dentro do marco da autodeterminação; (vi) reconhecimento dos direitos reais de usufruto, tendo como base a importância da relação que esses povos têm com suas terras e territórios; (vii) direito de preservação da cultura e valores, através da tolerância e através de políticas educacionais que visem a essa preservação; e (viii) direito de serem previamente consultados sobre decisões que os afetem direta ou indiretamente.

Cabe mencionar que a Convenção surge em um período histórico rico em mudanças ou reformas nas Constituições em distintos países latino-americanos¹⁸, como foi o caso brasileiro. Com o processo redemo-

¹⁶ André de Carvalho Ramos entende que a indivisibilidade possui duas facetas, sendo a primeira a que implica reconhecer que o direito tutelado apresenta uma unidade indissolúvel em si; e a segunda, mais difundida, é a de que não é possível proteger apenas alguns dos direitos humanos reconhecidos. É a partir dessa perspectiva que se exige dos Estados o investimento tanto nos direitos de primeira, como também de segunda e terceira dimensões (cf. CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2016).

¹⁷ BALDI, César Augusto; RIBEIRO, Lilian Márcia de Castro. A proposta de revogação da convenção 169 da OIT pelo Brasil e o princípio da vedação do retrocesso social. **Fragmentos de Cultura**. Goiânia, v. 25, n. 2, p. 241-252, abr./jun. 2015.

¹⁸ BRAUN, Helenice da Aparecida Dambrós. **Efetividade dos direitos trabalhistas dos indígenas e seus instrumentos jurídicos**: uma análise das demandas trabalhistas das

cratizador do Brasil, e, ao ratificar instrumentos internacionais normativos protetivos ao indígena, o país fez uma clara opção pela garantia de direitos indígenas¹⁹.

4 Os direitos políticos na normativa universal e interamericano de direitos humanos

Uma das consequências diretas das guerras mundiais foi a internacionalização dos direitos humanos, uma vez que, até então, o Direito Internacional continha apenas algumas normas esparsas que se referiam a certos direitos essenciais. Um marco nesse processo foi a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945. Nesse período, ficou evidente que os direitos políticos seriam muito importantes para o resgate e a reconstrução dos regimes democráticos, a partir da reestruturação dos partidos políticos, da realização de eleições livres, diretas, com voto universal²⁰. Isso, para todos e sempre pautados pelo princípio da autodeterminação dos povos.

A partir de então, foram aprovados diversos documentos internacionais, no sentido de formar um consenso entre os países sobre o conteúdo desses direitos, fazendo-os universais, ou seja, aplicáveis a todos os Estados que aderissem ao seu texto. No final da década de 40, dois documentos de suma importância foram aprovados: a Declaração Universal dos Direitos Humanos²¹, que corresponde às Nações Unidas, e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem²², conectada com a Organização dos Estados Americanos (OEA), criada em 1948²³.

comunidades indígenas em Chapecó. Florianópolis, 2016. 356 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. p. 65.

¹⁹ ARAÚJO, Sílvia Dettmer; MORAES, Júlia Thais de Assis. Breve análise entre a Constituição Federal e a institucionalização dos direitos fundamentais no contexto indígena. **Revista Aporia Jurídica**, [S.l.], v. 1, n. 8, p. 228- 240, jul-dez, 2017.

²⁰ Nesse período, a questão do voto feminino já vinha sendo solucionada em muitos países, como Reino Unido (1918), EUA (1920), Uruguai (1927), Equador (1929) e Brasil (1932). Inclusive, durante este período entre guerras, as mulheres adquiriram o direito ao voto em mais de 28 países (Cf. <http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/10/131018_100_mujeres_bastiones_feminismo_vs> Acesso em 14 jun. 2019).

²¹ O Brasil assinou o documento no momento de sua aprovação, em 1948.

²² O Brasil assinou o documento no momento de sua aprovação, também em 1948.

²³ Nesse ponto, uma advertência deve ser feita. Há uma falsa ideia de que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, referente ao sistema onusiano de proteção, foi aprova-

Na Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH)²⁴, o princípio da liberdade possui tanto a dimensão política quanto a individual, sendo, portanto, complementares e interdependentes²⁵. Não há uma sem a outra. Nesse sentido, a DUDH dispõe em seu art. XXI que todo homem tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por meio de representantes. O acesso aos serviços públicos também é garantido a todos. Já no que tange à soberania popular, a DUDH estabelece que a vontade do povo seja a base da autoridade do governo, expressada em eleições periódicas e legítimas por sufrágio universal, voto secreto ou algum processo equivalente que garanta a liberdade de voto.

Ainda no sistema de proteção aos Direitos Humanos da ONU, em 1966 foi aprovado o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que, juntamente com o Pacto dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais²⁶, visava tornar juridicamente vinculantes os direitos já constantes na DUDH, detalhando-os e trazendo mecanismos de monitoramento sobre o seu cumprimento pelos Estados-parte. Constam no art. 25 os direitos de participação política, que asseguram a todos, sem qualquer discriminação, o direito de participar dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos. Garante também o direito de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio uni-

da antes da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, que responde ao sistema interamericano. Na verdade, é justamente o contrário: a Declaração Americana foi aprovada durante a 9ª Conferência Interamericana, em Bogotá, entre os dias 30 de março e 2 de maio de 1948, enquanto a Declaração Universal foi aprovada sob a forma de Resolução da Assembleia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948, em Paris.

²⁴ A Carta da ONU não listou um rol de direitos essenciais, o que levou à aprovação da DUDH. No entanto, cabe destacar aqui a natureza declaratória da DUDH, o que não faz dela um tratado internacional. Isso gera um debate doutrinário sobre a sua força vinculante, dividindo-se em 3 (três) correntes: (i) teria força vinculante por ser uma interpretação autêntica do termo “direitos humanos” constante na Carta da ONU; (ii) teria força vinculante por representar o costume internacional sobre a matéria; (iii) seria somente *soft law*, ou seja, um conjunto de normas ainda não vinculantes, mas que buscam direcionar as ações dos Estados para, então, ter força vinculante (Cf. RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 50).

²⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 242.

²⁶ O Pacto Civil foi ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, e o Pacto Econômico foi pelo Decreto nº 591, do mesmo dia. Com relação a este último, não há ainda a ratificação do seu Protocolo Adicional, que submete o Brasil ao sistema de monitoramento por peticionamento.

versal e igualitário, por voto secreto e que assegurem a manifestação da vontade dos eleitores. Ao final do dispositivo, há a garantia do acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu respectivo país.

Ainda a esse respeito, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas se pronunciou sobre o art. 25 do Pacto Civil, trazendo algumas considerações de sua aplicação na Observação Geral nº 25. Nesse documento, afirma-se que os Estados devem prezar pelo direito ao voto, sempre agindo positivamente para garantir esse direito a todos, combatendo fatores que fazem com que alguém não consiga votar. A mesma postura os Estados devem ter no que se refere ao direito de serem votados, tomando como base o direito à autodeterminação e à participação nos assuntos públicos²⁷.

Já no que tange ao sistema interamericano de direitos humanos, a Carta da OEA trouxe em seu texto a cláusula democrática (art. 9), que prevê a possibilidade de suspensão de algum Estado membro devido à derrubada à força de um governo democraticamente eleito²⁸. Complementando a Carta, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem dispõe²⁹, em seu art. XX, que toda pessoa legalmente capacitada tem o direito de tomar parte no governo do seu país, seja direta ou indiretamente por meio de representantes, bem como de participar das eleições, através do voto secreto, de forma genuína, periódica e livre. Atestam-se, aqui, a soberania popular e os moldes de democracia que se consideram imprescindíveis para os direitos humanos.

Essa proteção aos direitos políticos repete-se na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, conhecida também como Pacto de San

²⁷ NACIONES UNIDAS. Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 25 - La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto, 57^o período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 194 (1996). Disponível em: <<http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom25.html>> Acesso em 11 jul. 2019.

²⁸ Assim consta no art. 9: “Um membro da Organização, cujo governo democraticamente constituído seja deposto pela força, poderá ser suspenso do exercício do direito de participação nas sessões da Assembléia Geral, da Reunião de Consulta, dos Conselhos da Organização e das Conferências Especializadas, bem como das comissões, grupos de trabalho e demais órgãos que tenham sido criados.” (...).

²⁹ A Declaração Americana é considerada uma interpretação autêntica dos dispositivos genéricos de proteção de direitos humanos da Carta da OEA, segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Parecer Consultivo sobre a interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, art. 64 da Convenção, 1989, §45.

José da Costa Rica (1969)³⁰, no seu art. 23, garantindo a todos os cidadãos o direito de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos, de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual, e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores, e de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país. Ainda, o Pacto de San José estabelece que uma lei possa regular o exercício dos direitos políticos do art. 23, pautando-se exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal, algo que vem causando muito conflito entre o entendimento da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos e os ordenamentos jurídicos dos Estados-parte da Convenção³¹.

Uma tutela mais detalhada dos direitos políticos veio com a aprovação da Carta Democrática, em 11 de setembro de 2001. Ainda que não tenha natureza de tratado, uma vez que foi aprovada como resolução da Assembleia Geral da OEA sendo, portanto, uma *soft law* e não vinculante, constitui-se em um importante vetor de interpretação para a promoção da democracia nos continentes americanos³². Em seus 28 artigos, constam 6

³⁰ Promulgado pelo Brasil através do Decreto Presidencial nº 678, de 6 de novembro de 1992.

³¹ Tanto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos quanto a Corte já tiveram oportunidade de se manifestar sobre essas vedações no caso *Yatama vs. Nicarágua* (decisão de 23 de junho de 2005), *López Mendoza vs. Venezuela* (decisão de 01 de setembro de 2011), *Gustavo Petro Urrego vs. Colômbia* (com medida cautelar imposta pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos desde 2014), dentre outros. Nesses casos, o que se debate é o direito de ser eleito – e permanecer eleito –, diante de decisões de órgãos outros que não sejam uma condenação, por juiz competente, em processo penal. Para uma análise mais detalhada sobre esses casos, vd. por todos: AMAYA, Jorge Alejandro; LOIANNI, Adeline. *Derechos Políticos y medidas cautelares de la CIDH: reflexiones e interrogantes del caso 'Gustavo Petro'*. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional** nº 21, p. 295-321, ene./jun. 2014; e AMAYA, Jorge Alejandro. *Tensiones entre decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el derecho interno de los Estados en materia de derechos políticos*. *Lex*. nº 18, año XIV, p. 19-33, 2016.

³² O entendimento de Asdrúbal Aguiar traz exatamente a forma como a democracia deve ser entendida, conjugando seus elementos essenciais com a democracia de exercício, que trata sobre a efetividade de seu exercício, além de elevá-la como um direito humano das pessoas e dos povos (Cf. AGUIAR, Asdrúbal. *La democracia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: 1987-2012*. In: PÉREZ CORTI, José María (dir.). **Memoria del Iº Congreso Argentino de Derecho Electoral**. Buenos Aires: Infojus, 2012. p. 38-39).

partes: (i) democracia e sistema interamericano; (ii) democracia e os direitos; (iii) democracia, desenvolvimento integral e combate à pobreza; (iv) fortalecimento e preservação da institucionalidade democrática; (v) democracia e as missões de observação eleitoral³³; (vi) promoção da cultura democrática³⁴.

No que se refere ao objeto desse trabalho, as disposições dos arts. 3, 4 e 6 abordam justamente o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais; a realização de eleições periódicas; livres e justas; o sufrágio universal e secreto como expressão da soberania do povo; o pluralismo de partidos políticos e a separação de poderes³⁵; a transparência, probidade e responsabilidade na gestão pública³⁶; bem como o art. 6 ressaltando a importância da participação popular, como direito e responsabilidade para o exercício da democracia, devendo ser sempre ampliada para o fortalecimento desse sistema³⁷.

³³ Sobre o tema, cf. SANTANO, Ana Claudia. Observação eleitoral internacional: por que o Brasil não adere a esta ideia? Sugestões para uma maior integração democrática regional. In: MORAES, Filomeno; SALGADO, Eneida Desiree; AIETA, Vânia Siciliano. (Org). **Justiça eleitoral, controle das eleições e soberania popular**. Curitiba: Íthala, 2016, v. 1, p. 11-44.

³⁴ Sobre o tema, cf. PRIOTTI, Anahí; TRUCCO, Marcelo. La cláusula democrática en los procesos de integración latinoamericana. **RecorDip** – Revista electrónica cordobesa de derecho internacional público. v. 2, n. 2, 2012. Disponível em: <<https://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/view/3027>> Acesso em 11 jul. 2019.

³⁵ Art. 3º: “São elementos essenciais da democracia representativa, entre outros, o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, o acesso ao poder e seu exercício com sujeição ao Estado de Direito, a celebração de eleições periódicas, livres, justas e baseadas no sufrágio universal e secreto como expressão da soberania do povo, o regime pluralista de partidos e organizações políticas, e a separação e independência dos poderes públicos”.

³⁶ Art. 4º: “São componentes fundamentais do exercício da democracia a transparência das atividades governamentais, a probidade, a responsabilidade dos governos na gestão pública, o respeito dos direitos sociais e a liberdade de expressão e de imprensa. A subordinação constitucional de todas as instituições do Estado à autoridade civil legalmente constituída e o respeito ao Estado de Direito por todas as instituições e setores da sociedade são igualmente fundamentais para a democracia”.

³⁷ Art. 6: “A participação dos cidadãos nas decisões relativas a seu próprio desenvolvimento é um direito e uma responsabilidade. É também uma condição necessária para o exercício pleno e efetivo da democracia. Promover e fomentar diversas formas de participação fortalece a democracia”.

5 A jurisprudência interamericana sobre os direitos políticos dos indígenas

Até o momento, há apenas um caso julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos envolvendo direitos políticos de indígenas³⁸. O caso *Yatama vs. Nicarágua* tem como início a adoção da Lei Eleitoral nº 331 de janeiro de 2000, que não contemplou a figura das associações de subscrição popular para que este povo indígena participasse das eleições, permitindo-se somente a participação nos processos eleitorais por meio da figura jurídica dos partidos políticos.

Em 8 de março de 2000, membros da organização indígena *Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka (YATAMA)* tentaram obter uma autorização para serem reconhecidos como um partido político regional. Contudo, apesar dos diversos recursos apresentados, a solicitação foi negada. Isso impediu a participação do *Yatama* nas eleições daquele ano³⁹.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (em diante, CIDH) amparando-se no art. 23, inciso 2 do Pacto de San José, considerou que, efetivamente, a previsão e aplicação de requisitos para exercer os direitos políticos não constituem, per se, uma restrição indevida a tais direitos, que não são absolutos e que podem ser objeto de limitação. Contudo, a regulação em torno das “condições habilitantes” e outras “condicionantes e formalidades” permitidas pelo art. 23, inciso 2 da Convenção Americana, deve observar os princípios de legalidade, necessidade e proporcionalidade em uma sociedade democrática. Assim, a regulação não pode, segundo a CIDH, ser discriminatória, mas sim deve se basear em critérios razoáveis, atender a um propósito útil e oportuno que a torne necessária para satisfazer um interesse público imperativo, bem como ser proporcional a esse objetivo⁴⁰.

Por outro lado, dentro da noção de democracia trazida pelo Pacto de San José, também colacionados na Carta da OEA, o modelo representa-

³⁸ No entanto, cabe mencionar que há vasta jurisprudência sobre direitos dos povos indígenas no que se refere a direitos reais, desaparecimentos forçados e massacres contra esses grupos. Nesse sentido, cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos na jurisprudência internacional**. Sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais. São Paulo: Método, 2019.

³⁹ Cf. ficha técnica do caso em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=268&lang=es> Acesso em 12 jul. 2019.

⁴⁰ Tradução livre e paráfrase do parágrafo 206 da sentença.

tivo cede espaço para a democracia comunitária, como declarou o juiz García Sayán em seu voto. Há, dessa forma, o estabelecimento dos estandartes internacionais sobre a democracia e o seu exercício efetivo. A partir disso, a Carta Democrática Interamericana dispõe que a participação da cidadania nas decisões relativas ao seu próprio desenvolvimento é um direito e uma responsabilidade, que reforça e aprofunda a democracia representativa. Logo, a CIDH reconhece o direito à participação política das comunidades indígenas, por terem formas de organização tradicionais e próprias. Assim, a sentença sustenta que não existe disposição na Convenção Americana que permita afirmar que os cidadãos somente podem exercer o direito a se postular como candidatos a um cargo eletivo através de um partido político, e por isso mesmo que a participação nos assuntos públicos de organizações diversas dos partidos é essencial para garantir a expressão política legítima e necessária quando se trata de grupos de cidadãos que, de outra forma, poderiam ficar excluídos dessa participação⁴¹.

Ao final, Nicarágua foi condenada, dentre outras providências, a reformar a regulação dos requisitos dispostos na Lei Eleitoral nº 331 de 2000, que foram declarados violadores da Convenção, bem como a adotar, em um prazo razoável, medidas necessárias para que os integrantes das comunidades indígenas e étnicas possam participar nos processos eleitorais de forma efetiva, tomando em conta as suas tradições, usos e costumes, no marco de uma sociedade democrática. Os requisitos que se estabeleçam devem permitir e fomentar que os membros dessas comunidades contem com uma representação adequada que lhes permita intervir nos processos de decisão sobre as questões nacionais que envolvam a sociedade em seu conjunto, bem como os assuntos particulares que se conectem com tais comunidades. Dessa forma, os requisitos a serem adotados não devem se constituir em um bloqueio de sua participação política⁴².

Nesse sentido, a CIDH aprofunda a noção de democracia para um modelo inclusivo, multicultural e comunitário⁴³. A situação era, efetivamen-

⁴¹ Tradução livre e paráfrase dos parágrafos 215 e 217 da sentença.

⁴² Tradução livre e paráfrase do parágrafo 259 da sentença. Com base na resolução de supervisão de cumprimento de sentença de 30 de junho de 2011, a decisão não foi inteiramente cumprida pelo Estado da Nicarágua, havendo novamente a interpelação da CIDH para que as sanções sejam cumpridas em sua integridade.

⁴³ AGUIAR, Asdrúbal. La democracia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: 1987-2012. In: PÉREZ CORTI, José María (dir.). **Memoria del Iº Congreso Argentino de Derecho Electoral**. Buenos Aires: Infojus, 2012. p. 60-61.

te, desproporcional, uma vez que o grupo Yatama tentou ver-se registrado como um partido, sem sucesso. Foi, portanto, bloqueado, mesmo na tentativa de se institucionalizar e ser mais uma agremiação no mercado político nicaraguense. Poder-se-ia, inclusive, aplicar aqui um pensamento assimilacionista, já que a normativa eleitoral da Nicarágua não tratou de observar o direito à diferença e às tradições desse grupo de indígenas, mas sim impôs a homogeneização dos movimentos políticos para o formato de partidos, a fim de possibilitar a sua participação nas eleições daquele país.

6 Os direitos políticos dos indígenas no Brasil

Dentro do marco constitucional, os indígenas possuem o direito de sufrágio dentro da regra geral do art. 14, § 1º. Contudo, há certas peculiaridades que devem ser consideradas e que exigem uma leitura conjugada com outras normas ainda vigentes, como o Estatuto do Índio, o Código Eleitoral (Lei 4.737/1965, com alterações posteriores) e as resoluções aprovadas pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Ainda vigente, o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/1973) se constitui em uma norma de duvidosa recepção pelo texto constitucional. Essa lei possui o claro objetivo de colocar os indígenas em um processo de assimilação, ou seja, estabelecer que a sua condição de índio seja transitória e que, com o tempo, ele deveria estar “integrado”. Isso contraria terminantemente o espírito da Constituição Federal de 1988 e da Convenção nº 169 da OIT, como já visto⁴⁴.

Nesse diploma normativo, os índios são considerados dentro de três categorias de civilização: (i) isolados, que vivem em grupos desconhecidos e têm pouco ou nenhum contato com a sociedade; (ii) em via de integração, ou seja, aqueles que estão em permanente contato com a sociedade, embora preservem seus costumes e aceitem algumas práticas e modos de existência diversos dos seus; (iii) integrados, reconhecidos no pleno exercí-

⁴⁴ Sobre o tema, cf. ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Breve balanço dos direitos das comunidades indígenas: alguns avanços e obstáculos desde a Constituição de 1988. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=56008>> Acesso em 12 jul. 2019; RODRIGUES, Ricardo José Pereira. Democracia e Participação Política dos Povos Indígenas: a questão da representação especial. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 16, n. 88, nov./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=230453>> Acesso em 12 jul. 2019.

cio de direitos civis. A mesma norma estabelece que índios e comunidades indígenas ainda não integrados fiquem sujeitos ao regime tutelar da União, existindo a possibilidade de que qualquer indígena pode requerer sua liberação do regime tutelar e, assim, adquirir a plenitude da capacidade civil⁴⁵.

Dentro desse texto legal, há dispositivos que colidem frontalmente com a Constituição Federal de 1988. Segundo o art. 2º, cumpre à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos. Dentre esses direitos, deve-se, nos termos do inciso X, garantir aos índios o pleno exercício dos direitos civis e políticos que em face da legislação lhes couberem. O conflito vem com o disposto no art. 5º, que estabelece que se aplicam aos índios ou silvícolas (com a utilização de uma nomenclatura já superada) as normas dos artigos 145 e 146, da Constituição Federal (da então vigente, a de 1969), relativas à nacionalidade e à cidadania, e que o exercício dos direitos civis e políticos pelo índio depende da verificação das condições especiais estabelecidas no Estatuto e na legislação pertinente. É nesse ponto que, no art. 7º, fixa-se que os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta Lei.

Cabe mencionar que se entende, nesse trabalho, que tais dispositivos não são mais aplicáveis devido à hierarquia das normas, tanto com relação à não recepção constitucional dessas regras, como também com o Pacto Civil da ONU e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ambos diplomas tidos como supraleais no ordenamento jurídico brasileiro.

Por outro lado, o Código Eleitoral, também aprovado muito antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, contém diversas regras, também de duvidosa recepção constitucional, sobre os direitos políticos dos indígenas. Os índios, assim como os demais cidadãos brasileiros, devem votar se tiverem mais de 18 anos e forem alfabetizados em língua portuguesa. Será somente nessa condição (alfabetizado em língua portuguesa)

⁴⁵ Cf. ARTILHEIRO, Marcelo Feliz. Dos direitos eleitorais dos indígenas. **Resenha eleitoral** – Revista técnica. n. 7, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/revista-tecnica/edicoes/n-7-jan-jun-2015/integra/indexf5c5.html?no_cache=1&tx_news_pi1%5Bnews%5D=9372&tx_news_pi1%5Bmonth%5D=June&tx_news_pi1%5Byear%5D=2015&cHash=c367f6c8796ea0a1e0035005e2c4de7c> Acesso em 12 jul. 2019.

que o índio poderá se alistar para votar, considerando a vedação constante no art. 5º do Código Eleitoral para aqueles que não saibam exprimir-se na língua nacional. No entanto, caso os índios que vivem nas aldeias optem por não votar, essa decisão individual prevalece sobre a obrigatoriedade da lei brasileira⁴⁶.

Nesse aspecto, diversos problemas jurídicos surgem e que vão desde antinomias com a ordem constitucional em vigor (art. 231), bem como as próprias resoluções do TSE⁴⁷ e posteriores decisões que estabeleceram a não recepção constitucional dessa proibição via resolução⁴⁸. Esse entendimento prossegue sendo aplicado pela Corte⁴⁹.

⁴⁶ Cf. < <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Abril/facilitar-o-voto-de-povos-indigenas-e-preocupacao-da-justica-eleitoral>> Acesso em 10 jul. 2019.

⁴⁷ Resolução nº 7.919, de 9 de setembro de 1966. “Os índios são alistáveis nas condições exigidas pelos artigos. 131 e 132 da Constituição Federal”. Referência à Constituição de 1946: Resolução 20.806, de 15 de maio de 2000: “Alistamento eleitoral. Exigências. São aplicáveis aos indígenas integrados, reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, nos termos da legislação especial (Estatuto do Índio), as exigências impostas para o alistamento eleitoral, inclusive de comprovação de quitação do serviço militar ou de cumprimento de prestação alternativa.” (Cf. FERREIRA, Lara Marina. Estudo preliminar, Eixo temático VII: participação feminina, jovens, negros, indígenas, pessoas com deficiência e presos. Diálogos para a construção da sistematização das normas eleitorais. Brasília: TSE, 2019. p. 9-10. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/legislacao/sne/arquivos/gt-vii-eixo-transversal-estudo-preliminar>> Acesso em 12 jul. 2019).

⁴⁸ “[...] Recepção. Constituição Federal. Artigo 5º, inciso II, do Código Eleitoral. – Consoante o § 2º do artigo 14 da CF, a não alistabilidade como eleitores somente é imputada aos estrangeiros, e durante o período do serviço militar obrigatório, aos conscritos, observada, naturalmente, a vedação que se impõe em face da incapacidade absoluta nos termos da lei civil. – Sendo o voto obrigatório para os brasileiros maiores de 18 anos, ressalvada a facultatividade de que cuida o inciso II do § 1º do artigo 14 da CF, não há como entender recepcionado preceito de lei, mesmo de índole complementar à Carta Magna, que imponha restrição ao que a norma superior hierárquica não estabelece. – Vedado impor qualquer empecilho ao alistamento eleitoral que não esteja previsto na Lei Maior, por caracterizar restrição indevida a direito político, há que afirmar a inexigibilidade de fluência da língua pátria para que o indígena ainda sob tutela e o brasileiro possam alistar-se eleitores. – Declarada a não recepção do art. 5º, inciso II, do Código Eleitoral pela Constituição Federal de 1988.” (Res. nº 23274, de 1.6.2010, rel. Min. Fernando Gonçalves)

⁴⁹ “Processo administrativo. Solicitação. Alteração. Normas de serviço. Exigência. Apresentação. Comprovante. Quitação militar. Indígenas ‘integrados’. Garantia. Alistamento eleitoral. Desinfluência. Categorização. Atendimento. Preceitos legais. Apresentação. Documentação comprobatória. 1. Os indígenas têm assegurado o direito de se alistar como eleitores e de votar, independentemente de categorização prevista em legislação especial infraconstitucional, a partir dos dezesseis anos, desde que atendidos os preceitos legais re-

Para o alistamento eleitoral dos indígenas, o índio deve seguir o mesmo procedimento que qualquer cidadão, respeitando certas particularidades. O indígena que não tiver os documentos oficiais exigidos deve apresentar como documento válido o registro administrativo correspondente expedido pela Fundação Nacional do Índio (Funai). No entanto, há detalhes trazidos no Código Eleitoral que seguem dificultando o alistamento dos indígenas, como é o disposto no art. 42, referente ao domicílio eleitoral⁵⁰. Ocorre que não há regulamentação sobre a forma de determinação do domicílio eleitoral do indígena, gerando um vácuo que pode afetar esse direito que nem mesmo o Estatuto do Índio sana, em seus arts. 22⁵¹ e 23⁵².

Outro ponto é a identificação eleitoral do indígena. O art. 44 do Código Eleitoral estabelece a exata identificação do indivíduo para requerer o alistamento eleitoral. Porém, há a ausência de regulamentação específica sobre a forma de identificação eleitoral dos indígenas, especialmente dos indígenas não integrados. Existem, na verdade, insuficientes regras nos arts.

gulamentadores da matéria, conforme orientação firmada por esta corte superior. 2. Todo cidadão do sexo masculino, maior de dezoito anos, que comparece a unidade eleitoral – cartório, posto ou central de atendimento – com a finalidade de se alistar eleitor, deve apresentar, entre outros documentos, comprovante de quitação das obrigações militares, nos exatos termos do art. 44, II, do Código Eleitoral. 3. Tendo em conta a desinfluição da classificação conferida ao indígena para esta justiça especializada e a garantia constitucional relativamente a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições (Constituição, art. 231), será solicitado, na hipótese de requerer alistamento eleitoral, documento hábil obtido na unidade do serviço militar do qual se infra sua regularidade com as obrigações correspondentes, seja pela prestação, dispensa, isenção ou quaisquer outros motivos admitidos pela legislação de regência da matéria, em conjunto ou não com o do órgão competente de assistência que comprove a condição de indígena, ambos estranhos à órbita de atuação da justiça eleitoral”. (Ac. de 10.2.2015 no PA nº 191930, rel. Min. João Otávio de Noronha)

⁵⁰ Art. 42. O alistamento se faz mediante a qualificação e inscrição do eleitor.

Parágrafo único. Para o efeito da inscrição, é domicílio eleitoral o lugar de residência ou moradia do requerente, e, verificado ter o alistando mais de uma, considerar-se-á domicílio qualquer delas.

⁵¹ Art. 22. Cabe aos índios ou silvícolas a posse permanente das terras que habitam e o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes.

Parágrafo único. As terras ocupadas pelos índios, nos termos deste artigo, serão bens inalienáveis da União (artigo 4º, IV, e 198, da Constituição Federal).

⁵² Art. 23. Considera-se posse do índio ou silvícola a ocupação efetiva da terra que, de acordo com os usos, costumes e tradições tribais, detém e onde habita ou exerce atividade indispensável à sua subsistência ou economicamente útil.

12⁵³ e 13⁵⁴ do Estatuto do Índio, não garantindo o direito ao alistamento⁵⁵. A questão se torna mais complexa no mesmo artigo do Código Eleitoral, inciso II, que traz a obrigatoriedade da quitação da obrigação militar como condição para o alistamento eleitoral. A matéria foi regulamentada pela Resolução 20.806/2001⁵⁶, no sentido de compreender como obrigatório ao indígena o alistamento militar, algo que pode criar problemas no momento do alistamento, e também colide com o art. 231 da Constituição Federal de 1988⁵⁷.

Com o ânimo de fomentar a inclusão de indígenas, em decisão de dezembro de 2011, o Plenário do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) garantiu o alistamento eleitoral em caráter facultativo aos índios considerados pelo Estatuto do Índio como isolados e em vias de integração⁵⁸. Segundo a

⁵³ Art. 12. Os nascimentos e óbitos, e os casamentos civis dos índios não integrados, serão registrados de acordo com a legislação comum, atendidas as peculiaridades de sua condição quanto à qualificação do nome, prenome e filiação.

Parágrafo único. O registro civil será feito a pedido do interessado ou da autoridade administrativa competente.

⁵⁴ Art. 13. Haverá livros próprios, no órgão competente de assistência, para o registro administrativo de nascimentos e óbitos dos índios, da cessação de sua incapacidade e dos casamentos contraídos segundo os costumes tribais.

Parágrafo único. O registro administrativo constituirá, quando couber documento hábil para proceder ao registro civil do ato correspondente, admitido, na falta deste, como meio subsidiário de prova.

⁵⁵ Cf. FERREIRA, Lara Marina. Estudo preliminar, Eixo temático VII: participação feminina, jovens, negros, indígenas, pessoas com deficiência e presos. **Diálogos para a construção da sistematização das normas eleitorais**. Brasília: TSE, 2019. p. 12-13. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/legislacao/sne/arquivos/gt-vii-eixo-transversal-estudo-preliminar>> Acesso em 12 jul. 2019.

⁵⁶ Resolução 20.806, de 15 de maio de 2001: “Alistamento eleitoral. Exigências. São aplicáveis aos indígenas integrados, reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, nos termos da legislação especial (Estatuto do Índio), as exigências impostas para o alistamento eleitoral, inclusive de comprovação de quitação do serviço militar ou de cumprimento de prestação alternativa.”

⁵⁷ Cf. FERREIRA, Lara Marina. Estudo preliminar, Eixo temático VII: participação feminina, jovens, negros, indígenas, pessoas com deficiência e presos. **Diálogos para a construção da sistematização das normas eleitorais**. Brasília: TSE, 2019. p. 15-16. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/legislacao/sne/arquivos/gt-vii-eixo-transversal-estudo-preliminar>> Acesso em 12 jul. 2019.

⁵⁸ A título de observação, em outra ocasião, no Respe nº 287-84, rel. Min. Henrique Neves, debateu-se se um cacique de aldeia indígena pode ser sujeito ativo na prática de abuso de autoridade, devendo, em caso positivo, figurar em polo passivo de ação de investigação

decisão, os índios alfabetizados devem se inscrever como eleitores, mas não estão sujeitos ao pagamento de multa pelo atraso no alistamento eleitoral (art. 16 da Resolução nº 21.538/2003)⁵⁹.

Por fim, especificamente no caso da Resolução n.º 23.554/2017 do TSE, nos termos do art. 34, não há menção aos indígenas sobre, nas eleições gerais, a faculdade aos eleitores da transferência temporária de seção eleitoral para votação no primeiro turno, no segundo turno ou em ambos. Não há previsão tampouco para seções eleitorais especiais para indígenas⁶⁰, ainda que é importante mencionar os esforços da Justiça Eleitoral em atuar para instalar essas seções em algumas aldeias de difícil acesso⁶¹.

Isso demonstra que, em que pesem os esforços da Justiça Eleitoral em incluir e fomentar os direitos políticos dos indígenas, todavia há providências a serem tomadas, devendo-se partir de uma leitura conjunta da

judicial eleitoral. Em seu voto vista, o Min. Luiz Fux argumentou a sua posição desde o ponto de vista do direito à diferença e ao reconhecimento, restando, portanto, impossível de se imputar a prática de abuso de poder de autoridade a ele. Sobre o tema, cf. FUX, Luiz. FRAZÃO, Carlos Eduardo. **Novos paradigmas do direito eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 87-104.

⁵⁹ “[...] Alistamento. Voto. Indígena. Categorização estabelecida em lei especial. ‘Isolado’. ‘Em vias de integração’. Inexistência. Ôbice legal. Caráter facultativo. Possibilidade. Exibição. Documento. Registro Civil de Nascimento ou administrativo da FUNAI. 1. A atual ordem constitucional, ao ampliar o direito à participação política dos cidadãos, restringindo o alistamento somente aos estrangeiros e aos conscritos, enquanto, no serviço militar obrigatório, e o exercício do voto àqueles que tenham suspensos seus direitos políticos, assegurou-os, em caráter facultativo, a todos os indígenas, independentemente da categorização estabelecida na legislação especial infraconstitucional anterior, observadas as exigências de natureza constitucional e eleitoral pertinentes à matéria, como a nacionalidade brasileira e a idade mínima. 2. Os índios que venham a se alfabetizar devem se inscrever como eleitores, não estando sujeitos ao pagamento de multa pelo alistamento extemporâneo, de acordo com a orientação prevista no art. 16, parágrafo único, da Res.-TSE 21.538, de 2003. 3. Para o ato de alistamento, faculta-se aos indígenas que não disponham do documento de registro civil de nascimento a apresentação do congêneres administrativo expedido pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI).” (Ac. de 6.12.2011 no PA nº 180681, rel. Min. Nancy Andrighi.).

⁶⁰ Cf. FERREIRA, Lara Marina. Estudo preliminar, Eixo temático VII: participação feminina, jovens, negros, indígenas, pessoas com deficiência e presos. **Diálogos para a construção da sistematização das normas eleitorais**. Brasília: TSE, 2019. p. 30-33. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/legislacao/sne/arquivos/gt-vii-eixo-transversal-estudo-preliminar> > Acesso em 12 jul. 2019.

⁶¹ Cf. <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/10/05/sete-aldeias-indigenas-de-mato-grosso-terao-secoes-eleitorais-pela-primeira-vez.ghtml>> Acesso em 12 jul. 2019.

normativa internacional, da Constituição Federal de 1988 e da legislação infraconstitucional, realizando-se inclusive um controle de convencionalidade e de constitucionalidade sobre as normas de níveis inferiores na hierarquia normativa.

Cabe ressaltar que há o Projeto de Lei 2.051/91, que versa sobre o Estatuto dos Povos Indígenas e que visa à reforma da normativa infraconstitucional no que se refere aos direitos indígenas. O texto já trata o índio como um indivíduo com plena capacidade civil, eliminando o paradigma da assimilação do seu regime jurídico⁶².

7 Algumas conclusões

Como foi possível observar, existe um conjunto normativo específico na proteção dos direitos indígenas, não ficando os direitos políticos excluídos do espectro de garantia.

Contudo, há lacunas que merecem atenção. Elas, se permanecerem, podem obstruir o direito ao voto de indígenas, bem como o direito a ser votado e de participar dos assuntos públicos. É fato que o número de candidaturas de indígenas vem crescendo. Em 2016, foram 1.715 candidatos que se autodeclararam indígenas, estando a maior parte dos pedidos de registro no norte do país, com 648 índios, seguido pelo nordeste (411), centro-oeste (284), sudeste (208) e sul, com 114 registros de candidatura. Desse total, apenas 173 índios foram eleitos, sendo, portanto, um número pequeno quando comparado à população total no Brasil⁶³.

Em 2018, houve um crescimento de 56,47% de candidatos que se declararam índios ou descendentes ao realizarem o pedido de registro de candidatura. Foram 133 concorrentes ao pleito, contra 85 nas eleições gerais de 2014. O número de eleitos também saltou de um deputado estadual, em 2014, para uma deputada federal e um vice-presidente da República, em 2018. O general Hamilton Mourão (PRTB) integrou a chapa eleita para presidir o país, e a advogada Joenia Wapichana (REDE) conquistou uma cadeira na Câmara Federal pelo estado de Roraima⁶⁴.

⁶² O projeto encontra-se pronto para pauta de plenário desde 2012, na Câmara dos Deputados.

⁶³ Cf. < <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Abril/facilitar-o-voto-de-povos-indigenas-e-preocupacao-da-justica-eleitoral>> Acesso em 12 jul. 2019.

⁶⁴ Cf. < <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Abril/candidatos-indigenas-aumentam-participacao-em-eleicoes-nacionais>> Acesso em 12 jul. 2019.

No entanto, embora se possa comemorar os avanços no tema, há uma pressão constante pela invisibilidade dos indígenas, o que exige também uma contínua postura de garantia dos direitos desses grupos, de forma sempre expansiva. Nesse contexto, os direitos políticos são a base dessa ampla proteção que deve incidir sobre a população autóctone.

Referências

AGUIAR, Asdrúbal. La democracia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: 1987-2012. In: PÉREZ CORTI, José María (dir.). **Memoria del Iº Congreso Argentino de Derecho Electoral**. Buenos Aires: Infojus, 2012.

AMAYA, Jorge Alejandro. Tensiones entre decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el derecho interno de los Estados en materia de derechos políticos. **Lex**. nº 18, año XIV, p. 19-33, 2016.

_____; LOIANNI, Adelina. Derechos Políticos y medidas cautelares de la CIDH: reflexiones e interrogantes del caso 'Gustavo Petro'. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**. nº 21, p. 295-321, ene./jun. 2014.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Breve balanço dos direitos das comunidades indígenas: alguns avanços e obstáculos desde a Constituição de 1988. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=56008>> Acesso em 12 jul. 2019.

ARAÚJO, Sílvia Dettmer; MORAES, Júlia Thais de Assis. Breve análise entre a Constituição Federal e a institucionalização dos direitos fundamentais no contexto indígena. **Revista Aporia Jurídica**, [S.l.], v. 1, n. 8, p. 228- 240, jul-dez, 2017.

ARTILHEIRO, Marcelo Feliz. Dos direitos eleitorais dos indígenas. **Resenha eleitoral** – Revista técnica. n. 7, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/revista-tecnica/edicoes/n-7-jan-jun-2015/integra/indexf5c5.html?no_cache=1&tx_news_pi1%5Bnews%5D=9372&tx_news_pi1%5Bmonth%5D=June&tx_news_pi1%5Byear%5D=2015&cHash=-c367f6c8796ea0a1e0035005e2c4de7c> Acesso em 12 jul. 2019.

BALDI, César Augusto; RIBEIRO, Lilian Márcia de Castro. A proposta de revogação da convenção 169 da OIT pelo Brasil e o princípio da vedação do retrocesso social. **Fragmentos de Cultura**. Goiânia, v. 25, n. 2, p. 241-252, abr./jun. 2015.

BARBOSA, Marco Antônio. **Autodeterminação direito à diferença**. São Paulo: Plêiade, 2001. p. 302.

BRAUN, Helenice da Aparecida Dambrós. **Efetividade dos direitos trabalhistas dos indígenas e seus instrumentos jurídicos**: uma análise das demandas trabalhistas das comunidades indígenas em Chapecó. Florianópolis, 2016. 356 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina.

CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FERREIRA, Lara Marina. Estudo preliminar, Eixo temático VII: participação feminina, jovens, negros, indígenas, pessoas com deficiência e presos. **Diálogos para a construção da sistematização das normas eleitorais**. Brasília: TSE, 2019. p. 9-10. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/legislacao/sne/arquivos/gt-vii-eixo-transversal-estudo-preliminar>> Acesso em 12 jul. 2019.

FUX, Luiz. FRAZÃO, Carlos Eduardo. **Novos paradigmas do direito eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 87-104.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos na jurisprudência internacional**. Sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais. São Paulo: Método, 2019.

MELO, José Wilson Rodrigues de. Multiculturalismo: tensões brasileiras do direito à diferença como expressão de igualdade e dignidade. **Revista ESMAT**, [S.l.], v.8, n. 11, p. 91-104, jul./dez. 2017.

NACIONES UNIDAS. **Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos**, Artículo 25 – La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto, 57ª período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 194 (1996). Disponível em: <<http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom25.html>> Acesso em 11 jul. 2019.

PRIOTTI, Anahí; TRUCCO, Marcelo. La cláusula democrática en los procesos de integración latinoamericana. **RecorDip** – Revista electrónica cordobesa de derecho internacional público. v. 2, n. 2, 2012. Disponível em: <<https://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/view/3027>> Acesso em 11 jul. 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RODRIGUES, Ricardo José Pereira. Democracia e Participação Política dos Povos Indígenas: a questão da representação especial. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 16, n. 88, nov./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=230453>> Acesso em 12 jul. 2019.

ROULAND, Norbert; PIERRÉ-CAPS, Stephane; POUMARÈDE, Jacques. **Droit des minorités et des peuples autochtones**. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

SANTANO, Ana Claudia. Observação eleitoral internacional: por que o Brasil não adere a esta ideia? Sugestões para uma maior integração democrática regional. In: MORAES, Filomeno; SALGADO, Eneida Desiree; AIETA, Vânia Siciliano. (Org.). **Justiça eleitoral, controle das eleições e soberania popular**. Curitiba: Íthala, 2016, v. 1, p. 11-44.

SANTOS, Rodrigo Miotto dos. Pluralismo, multiculturalismo e reconhecimento uma análise constitucional do direito dos povos indígenas ao reconhecimento. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S.I.], v. 43, n. 0, 2005.

SILVA, Ana Paula da; FREIRE, José Ribamar Bessa. **As palavras e a letra**: Etnosaberes Tupinambá nas fontes coloniais. Disponível em: <http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1308326908_ARQUIVO_Artigo_Anpuh_Nacional_2011_Ana_Paula_em06abr11_alterado_Haverroth_em07abr11.pdf> Acesso em 12 jul. 2019.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Comentário aos artigos 231 e 232. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 4661-4678.

VERDRUM, Ricardo. Povos indígenas no Brasil: o desafio da autonomia. In: VERDRUM, Ricardo (org.). **Povos indígenas Constituições e reformas políticas na América Latina**. Brasília: Coronário. 2009.

WEBER, Thadeu. Autonomia, dignidade da pessoa humana e respeito em Kant. In: UTZ, Konrad; et al (coord.). **Sujeito e liberdade**: investigações a partir do idealismo alemão. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2012. p. 14-43.

Ana Claudia Santano - Professora do Programa de Pós-graduação em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Pós-doutora em Direito Público Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutora e mestre em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad de Salamanca, Espanha. Curitiba, Paraná, Brasil. E-mail: anaclaudiasantano@yahoo.com.br.

O EXERCÍCIO DOS DIREITOS POLÍTICOS PELA PESSOA COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL

Exercise of political rights by persons with intellectual disabilities

Adenildo Junior Machado

Orientador: Jorge Irajá Louro Sodré

Resumo: O presente artigo aborda o exercício dos direitos políticos pela pessoa com deficiência intelectual e lembra que distúrbios mentais e deficiências intelectuais são uma realidade que aflige ao menos 10% da população, fazendo, direta ou indiretamente, parte do cotidiano de todos. O autor contextualiza o tratamento conferido às pessoas com deficiência mental ao longo da história, e conceitua a deficiência intelectual e as deficiências mentais. Os direitos políticos assegurados tanto pela Convenção de Direitos da Pessoa com Deficiência quanto pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, sob a ótica do direito constitucional, também são postos em perspectiva. Expõe como o Tribunal Superior Eleitoral tratou da matéria, e por fim, projeta qual seria o tratamento mais adequado a ser conferido pelo judiciário.

Palavras-chave: Direitos políticos. Pessoa. Deficiência intelectual.

Abstract: This paper addresses the exercise of political rights by people with intellectual disabilities and highlights that this problem, as well as mental disorders, already affects at least 10% of the population, impacting everyone's lives direct or indirectly. The author puts into context the treatment that has been given to people with mental disorders throughout history and makes an attempt to conceptualize intellectual disability and mental disability. Political rights assured by the Convention of the Rights of Persons with Disabilities and by the Statute for the Person with Disability, under the Constitutional Law point of view, are also put into perspective. In addition, it was made a research of the way the Superior Electoral Court has been dealing with all these questions. At last, this article is a humble effort to find out which treatment would be most suitable to solve the issue by the Judiciary.

Keywords: Rights politicians. Person. Deficiency. Intellectual.

1 Introdução

De acordo com o Atlas de Saúde Mental 2014, da Organização Mundial da Saúde (OMS), 10% da população global tem distúrbios de saúde mental, o que representa em torno de 700 milhões de pessoas (GELBERT, 2015). Ainda segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 6,2% da população brasileira tem algum tipo de deficiência, e, especificamente, 0,8% da população tem algum tipo de deficiência intelectual, sendo que a maioria já nasceu com tais limitações. E, “do total de pessoas com deficiência intelectual, mais da metade (54,8%) tem grau intenso ou muito intenso de limitação e cerca de 30% frequentam algum serviço de reabilitação em saúde” (VILLELA, 2015, *online*). São pessoas que, em passado recente, foram segregadas, maltratadas e, quando muito, tratadas como objeto de caridade.

Afere-se, assim, o quantitativo de pessoas atingidas diretamente por essa condição, sem contar os familiares, e, por fim, a comunidade em geral, que tanto pode se beneficiar dos comportamentos inclusivos quanto sofrer as consequências de uma realidade discriminatória e segregadora.

Nesse contexto, o Brasil recepcionou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (Convenção de Nova Iorque), assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, pelo Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008 (BRASIL, 2008). Este com status de emenda constitucional, em razão da aprovação, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros (art. 5º, § 3º, da Constituição).

Com a assinatura de 161 países à Convenção e 92 países ao Protocolo Facultativo, segundo informações atualizadas até o fechamento deste artigo (ONU, 2018), poder-se-ia pensar que, finalmente, essas pessoas foram alçadas a um novo patamar de respeito e dignidade. As barreiras do preconceito e das práticas históricas de discriminação, contudo, impedem, inclusive no Brasil, no qual a recepção se deu sob o status legislativo mais nobre de emenda constitucional, de uma real transformação social.

Especificamente na Justiça Eleitoral, onde se deve garantir o exercício político, a pessoa com deficiência intelectual sofre entraves burocráticos que não condizem com as garantias da Convenção de Nova Iorque e de nosso Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015).

Assim, o presente trabalho propõe uma reflexão sobre a decisão do Tribunal Superior Eleitoral no Processo Administrativo 114-71, o qual orienta a Justiça Eleitoral quanto ao tratamento a ser dado às pessoas com deficiência no condizente às anotações de suspensão de direitos políticos nos históricos cadastrais, à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

O tema ainda se justifica pela necessidade de se difundirem esses direitos da pessoa com deficiência, de forma que haja efetividade na aplicação dessas garantias constitucionais. O estudo do tema visa contribuir para a conscientização e difusão do ideário inclusivo, a partir da análise e da conceituação da deficiência intelectual, servindo-se de histórias e relatos de pessoas com deficiência intelectual que conseguiram superar as barreiras e estabelecer convívio social produtor, para nos aproximarmos da realidade fática dos indivíduos e das famílias envolvidas. Sob esse viés, aborda os direitos e as garantias da pessoa com deficiência intelectual para gozo de seus direitos políticos.

2 Deficiência intelectual

2.1 Referencial histórico

A deficiência intelectual acompanha toda a história da humanidade. A princípio, era atribuída à intervenção dos deuses da Antiguidade, os quais eram tidos como responsáveis pelas atitudes desarrazoadas de seus súditos. Mais tarde, sob a influência do cristianismo, foi associada ao domínio pelas forças demoníacas, significando o distanciamento do homem de Deus, seu criador (PESSOTTI, 1995).

Conforme Pessotti (1995), a deficiência foi identificada como atitudes que destoam do comportamento predominante em determinada época e local, a não se vislumbrar outra alternativa que não a segregação. Nas palavras do médico Pinel, já no século XIX:

(...) Todo pudor desaparece, o vício se mostra sem recato (...) os infelizes ridicularizam todos os processos repressivos aplicados. Assim não resta outra coisa senão confiná-los em pavilhões isolados e abandoná-los às indecências sugeridas pela sua depravação, de modo a que não possam contagiar outros com o seu exemplo. (TRAITÉ, 1809 apud PESSOTTI, 1995, p. 150)

A própria conceituação de doença mental está associada ao comportamento e à visão dominantes de determinada época e local (RAPORT; ARLAQUE; PETRARCA, 1993, p. 94):

(...) muitas das pessoas que atualmente são classificadas como doentes mentais são, na realidade, divergentes da sociedade. Estas pessoas que diferem de seus semelhantes, que perturbam ou escandalizam a sua família ou a sociedade são, muitas vezes, perseguidas e rotuladas como insanas, sendo levadas a internamento e tratamento involuntário.

No entanto, muitas vezes, nem precisam essas pessoas representar um papel de divergência para serem declaradas loucas, pois esta desadaptação psiquiátrica, na opinião de Szasz (1978), atende às necessidades dos membros mentalmente sadios do grupo.

É recente na história, portanto, a concepção do louco como doente mental e a associação da exclusão como forma de controle social do diferente:

Criam-se (e isto em toda a Europa) estabelecimentos para internação que não são simplesmente destinados a receber os loucos, mas toda uma série de indivíduos bastante diferentes uns dos outros, pelo menos segundo nossos critérios de percepção: encerram-se os inválidos pobres, os velhos na miséria, os mendigos, os desempregados opináticos, os portadores de doenças venéreas, libertinos de toda espécie, pessoas a quem a família ou o poder real querem evitar um castigo público, pais de família dissipadores, eclesiásticos em infração, em resumo todos aqueles que, em relação à ordem da razão, da moral e da sociedade, dão mostras de “alteração” (FOUCAULT, 1975, p. 78).

Muito provavelmente, se um cidadão daquela época desembarcasse no tempo de hoje, sentir-se-ia compelido a internar praticamente toda a população considerada “normal” pela sociedade contemporânea.

É sob a doutrina do Dr. Pinel que se criaram os sanatórios, entre os quais o Hospital Colônia de Barbacena - MG, relatado no documentário *Holocausto Brasileiro* (HOLOCAUSTO, 2016), o qual chegou a abrigar, em um mesmo período, 5 mil pacientes e que, ao longo de oito décadas, vitimou mais de 60 mil pessoas. Fotos de Napoleão Xavier, de 1979, no citado filme, ilustram o depósito de pessoas que caracterizava o local, onde técni-

cas de eletrochoque eram aplicadas nos pacientes, em sua maioria negros, para lá enviados sem que sequer houvesse certeza da existência de doença mental ou deficiência intelectual. Apenas para ilustrar as atrocidades no período, mais de 1800 cadáveres do hospital foram vendidos à Faculdade de Medicina de Valença entre 1969 e 1980; e, ao lado do hospital, eram despejados os mortos, sem identificação, em valas comuns, na sua maioria desfalecidos por inanição, frio e maus-tratos.

A partir de denúncias, como a realizada por Helvécio Ratton no documentário brasileiro *Em nome da razão*, de 1979, foi possível o enfrentamento e a superação desse período sombrio. No documentário de 23 minutos, é demonstrado o abandono e o “ócio absoluto” a que eram sujeitos os pacientes degradados física e moralmente. O propósito não era a cura, mas a espera da morte. Nas palavras do diretor, “em nome da razão, confinamos os esquizofrênicos, mendigos, homossexuais, drogaditos e outros dissidentes sociais” (EM NOME..., 1979), demonstrando todo o poder de opressão da sociedade contemporânea.

A reforma psiquiátrica, em parte em resposta às críticas jornalísticas, culminou com a edição da Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental para o que é aplicado atualmente.

2.2 Conceituação

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi importante avanço nos direitos humanos, pois, a partir dela, as pessoas não são definidas pela sua deficiência. Esta é apenas uma condição que as diferencia das demais, sem, contudo, significar incapacidade para os atos da vida civil. O foco não está mais na deficiência, nos impedimentos, mas, sobretudo, nos obstáculos, nas barreiras sofridas por essas pessoas, prejudicando sua interação social e pleno desenvolvimento. As pessoas com deficiência deixam de ser, assim, “objeto” de caridade, para tornarem-se “sujeitos” de direitos, capazes de decidirem o rumo de suas vidas e de atuarem ativamente na sociedade em condições iguais aos demais (ONU, 2018).

Diz-se mesmo que não há um único conceito de deficiência, pois esta depende das condições do ambiente em que a pessoa vive. Sua deficiência, portanto, está associada às adaptações ou à ausência dessas que a sociedade implementa para o pleno desenvolvimento de seus direitos.

A deficiência, portanto, não é uma condição médica, mas o resultado da interação entre atitudes negativas e/ou um ambiente não amigável com as condições pessoais do indivíduo (ONU, 2018).

No entanto, para que tenhamos uma visão pragmática do conceito de deficiência, convém mencionar que a *American Association on Intellectual and Developmental Disability* – AAIDD (2017) caracteriza a deficiência mental como significativa limitação no funcionamento intelectual ou no comportamento adaptativo, a qual se inicia antes mesmo dos 18 anos de idade.

Por funcionamento intelectual, a AAID refere-se à chamada inteligência, capacidade de aprender, raciocinar, resolver problemas; por comportamento adaptativo, às habilidades sociais e práticas aprendidas no dia a dia pelas pessoas, tais como:

Habilidades conceituais – linguagem e alfabetização; conceitos de dinheiro, tempo e número; e autodireção.

Habilidades sociais – habilidades interpessoais, responsabilidade social, autoestima, credulidade, ingenuidade, resolução de problemas sociais e a capacidade de seguir regras / obedecer a leis e evitar ser vitimadas.

Habilidades práticas – atividades da vida diária (cuidados pessoais), habilidades ocupacionais, saúde, viagens / transporte, horários / rotinas, segurança, uso de dinheiro, uso do telefone (AAIDD, [2017], *online*).

Em 1995, a Organização das Nações Unidas (ONU) deixou de utilizar o termo “deficiência mental”, passando a utilizar somente “deficiência intelectual”, para afastar possível confusão com “doença mental”, esta caracterizada pelo “conjunto de comportamentos e atitudes capazes de produzir danos na performance global do indivíduo, causando impactos na sua vida social, ocupacional, familiar e pessoal” (INSTITUTO PARADIGMA, [2017], *online*), não havendo necessariamente déficit cognitivo.

Deficiência intelectual e mental, portanto, são sinônimos. Adota-se, contudo, aquela denominação para que não haja confusão com as doenças mentais assim entendidas, como a depressão, o transtorno de ansiedade, o distúrbio bipolar, a demência e a esquizofrenia.

Observe-se, contudo, que a própria Convenção das Pessoas com Deficiência coloca lado a lado os termos mental e intelectual para conceituar a pessoa com deficiência:

Artigo 1

Propósito

[...]

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas (CONVENÇÃO..., 2011, p. 34).

Frise-se, assim, que, apesar da necessária distinção entre doenças mentais e deficiência intelectual, a Convenção conferiu abrangência suficiente para que se garantam os direitos fundamentais também aos que sofrem com transtornos mentais severos. É o que ensina Ana Maria Machado da Costa (2011, *online*):

O transtorno mental severo (esquizofrenia, transtorno bipolar e outras psicoses) ajusta-se perfeitamente ao conceito de deficiência expresso no Tratado da ONU, que contempla tanto a esfera biomédica como a social. Desse ângulo a deficiência é aferida não só com o ponto de vista médico, conferindo as limitações funcionais, mas também com o foco nas barreiras impostas pelo ambiente e pelas atitudes. Ambos componentes da definição da Convenção estão contemplados, posto que são pessoas com significativos impedimentos de natureza psicossocial e fortemente discriminadas.

[...]

No Brasil, o questionamento mais comum ao reconhecimento do transtorno mental como uma deficiência é o de ser essa uma doença, não uma deficiência. Várias deficiências amplamente reconhecidas como tal, entretanto, decorrem muitas vezes de doenças, como a cegueira, por exemplo, causada frequentemente pelo glaucoma ou pela diabetes. A caxumba e a meningite podem ocasionar a surdez. A amputação de membros também deriva comumente de doenças vasculares, só para citar alguns casos. Diante dessa polêmica, merece ser lembrada a Declaração da ONU, de 1975, que proclama que as pessoas deficientes, qualquer que seja a origem de suas deficiências, têm os mesmos direitos dos outros cidadãos.

Tem-se, portanto, que tanto as pessoas com doenças mentais graves como as pessoas com deficiências intelectuais podem ser abarcadas pelo Estatuto, conferindo-se a máxima otimização possível na tutela dos direitos fundamentais que a norma contempla.

2.3 Estigmatização x superação

Importante referir, no que tange à conceituação, que a deficiência não deve implicar a estigmatização dos indivíduos. Não é por outra razão que não se utiliza mais a expressão “pessoa deficiente”, mas “pessoa com deficiência”. Determinada limitação geralmente coexiste com o fortalecimento de outras habilidades da pessoa (AAIDD, 2017). Isso significa que um sujeito com mais dificuldades com números em geral apresenta melhores condições de interação social. Ou o contrário. Não difere, portanto, da forma como as pessoas em geral se identificam com esta ou aquela área do conhecimento (humanas, exatas ou biológicas, por exemplo).

Ademais, não se pode esquecer que, independentemente do grau de deficiência, há sempre a possibilidade de, a partir das vantagens ou dos pontos positivos de apoio social ou pessoal, a pessoa apresentar superação capaz de inaugurar uma nova perspectiva da limitação existente em algum plano cognitivo (AAIDD, 2017).

No blog Deficiente Ciente, da pedagoga paulista Vera Garcia, há vários relatos de jovens e adultos que, superando as barreiras do preconceito social, conseguiram provar que suas cognições diferenciadas não são impeditivas de uma vida autônoma. Histórias como a da menina com paralisia cerebral que supera dificuldades e se consagra como pintora (GARCIA, 2017a), da jovem com paralisia cerebral que se forma em marketing e em breve começa a trabalhar (GARCIA, 2017b), do primeiro músico com Síndrome de Down a gravar um CD ocupam a página do blog (GARCIA, 2017c).

Esses casos são exemplos de superação, a respeito da qual a sociedade como um todo, mas principalmente o aplicador do direito, precisa estar ciente para que sua atuação colabore e não venha, ao contrário, representar um empecilho a mais.

No programa *Como será?*, da Globonews, de 19 de agosto de 2017, apresentado por Sandra Annenberg, foi abordada a Rede de Assistência Psicossocial de Aracaju, do Sistema Único de Saúde, como referência no tratamento humanizado dos pacientes. Entre muitos relatos, destacou-se o da paciente que experimentou o abandono familiar e a internação compulsória das antigas clínicas psiquiátricas, que mais se assemelhavam a presídios, em que os pacientes eram mantidos constantemente dopados e submetidos a tratamentos de choques. Encontrada na rua, desorientada

e sem documentos, hoje, em virtude de atendimento humanizado, que alia medicação a atividades recreacionais em casas-abrigo, onde residem 7 pacientes e 3 tutores, e é estimulada a interação social com a comunidade, ela apresenta considerável melhora, o que possibilita que realize compras, ajude nas atividades domésticas e decida sobre os rumos da sua vida (COMO SERÁ? 2017).

Notícia de 24 de fevereiro de 2016 conta a história de Cristian Emanuel, jovem com paralisia cerebral e cegueira, formado em Direito, que passou na prova da Ordem dos Advogados do Brasil e deseja ser membro do Ministério Público (BOM DIA RN, 2016).

E não menos elucidativa da constante superação que podemos esperar das pessoas com deficiência é a atuação dos jovens com Síndrome de Down no filme brasileiro *Colegas* (2012), com Ariel Goldenberg, Rita Pork e Breno Viola, e direção de Marcelo Galvão.

O diagnóstico de deficiência intelectual não deve, portanto, significar delimitação imposta à pessoa nesta condição, mas, ao contrário, deve impulsionar a procura das adaptações necessárias ao pleno exercício dos seus direitos. Esse é o sentido da Convenção de Nova Iorque e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, como será visto a seguir.

Ao aplicador do direito restará sempre o importante papel de aferir, no caso concreto, o grau de autonomia e independência alcançado pelo indivíduo. Logo, a prestação jurisdicional, quando disser respeito à autonomia da pessoa com deficiência, não deverá jamais estar estagnada pela coisa julgada, mas aberta às sempre desejadas superações humanas. Como leciona Trindade (1999, p. 276), amadurece o reconhecimento do “direito ao desenvolvimento” como um direito humano, não se atendo somente ao desenvolvimento da pessoa humana, “sujeito central do desenvolvimento”, mas também da sociedade como um todo.

3 Direitos da pessoa com deficiência intelectual

3.1 Visão sob a perspectiva dos direitos humanos

Immanuel Kant (2005, p. 104-105), filósofo precursor dos ideais dos direitos fundamentais da pessoa humana, já ensinara:

Não há ninguém, nem mesmo o pior facínora, contanto que de resto esteja habituado a usar da razão, que não deseje, quando se lhe apresentam exemplos de lealdade nas intenções, de perseverança na

obediência a boas máximas, de compaixão e universal benevolência (e ainda por cima ligados a grandes sacrifícios de interesses e comodidades), que não deseje, digo, ter também esses bons sentimentos. [...] O dever moral é, pois, um próprio querer necessário seu como membro de um mundo inteligível, e só é pensado por ele como dever na medida em que ele se considera ao mesmo tempo como membro do mundo sensível.

Os direitos humanos fundamentais, destarte, identificados desde o antigo Egito e da Mesopotâmia, primeiramente como “mecanismo de proteção individual em relação ao Estado” (MORAES, 2005, p. 6), evoluíram para conferir direitos prestacionais sociais aos membros da comunidade. A proteção internacional dos direitos humanos, por sua vez, desenvolveu-se de fato no pós-Guerra. “A carta da ONU de 1945 contribuiu enormemente para o processo de asserção dos direitos humanos” (MAZZUOLI, 2015, p. 72).

As Constituições dos Estados Democráticos, no século XX, passaram a prever os princípios fundamentais, e logo percebeu-se o “papel central que a pessoa humana, a partir da normativa constitucional, havia adquirido” (MORAES, 2003, p. 106-107). Pois, nas palavras de Hannah Arendt (1999, p. 332), “o que importa hoje não é a imortalidade da vida, mas o fato de que a vida é o bem supremo”.

A dignidade da pessoa humana indica o que falta para realização como ser humano. Enquanto os direitos humanos são os principais meios a essa consecução. Portanto, os direitos humanos das pessoas com deficiência indicam que essas pessoas devem exercer seus direitos políticos sem que o Estado, por seus agentes e órgãos, coloque empecilhos desarrazoados em afronta à Convenção da Pessoa com Deficiência.

Não obstante, como demonstrado por Flávia Piovesan (2003, p. 322), a mera existência de instrumentos legais protetivos às pessoas com deficiência não é suficiente para efetivação dessas garantias. A solução passa pela conscientização da sociedade como um todo sobre as possibilidades existentes, deixando-se para trás os preconceitos.

A existência de instrumentos legais para tutela dos direitos políticos das pessoas com deficiência é um importante avanço para a inclusão. Contudo, esses instrumentos isolados, desacompanhados de discussão e conscientização dos agentes públicos e da sociedade, podem se tornar inoperantes, erigidos apenas a um dever ser distante e desvinculado da realidade da sociedade contemporânea que se deseja.

3.2 Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 30 de março de 2007 (em vigor internacional desde 3 de maio de 2008), foi recepcionada, no direito interno, pelo Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008 (BRASIL, 2008). Foi a primeira convenção sobre direitos humanos recepcionada pelo Brasil com força de emenda constitucional e promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009 (BRASIL, 2009).

Logo no artigo 1º, a Convenção delimita seu propósito:

Artigo 1

Propósito

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Importa observar que tal convenção internacional foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro com quórum qualificado, em conformidade com o parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição, motivo pelo qual equivale às emendas constitucionais (BRASIL, 1988). A promoção da igualdade de tratamento da pessoa com deficiência é inserida no nosso ordenamento jurídico como real princípio constitucional, passando a gozar, assim, de status de mandado de otimização, o qual ordena sua realização na maior medida possível (ALEXY, 1997, p. 86).

Mesmo que assim não fosse recepcionada, contudo, há que se ter em conta que, por se tratar de convenção sobre direitos humanos, já apresentaria caráter supralegal, de acordo com entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 466.343, de 3 de dezembro de 2008.

Ao descrever a situação das pessoas com retardo mental, o professor da Faculdade de Medicina da Universidade de Nebraska, Ed Skarnulis, expõe bem a condição das pessoas com deficiência intelectual, as quais foram, historicamente, tratadas como criaturas a serem temidas e, mais tarde, simplesmente como eternas crianças, dignas de pena. Em razão disso, sofrem com esse estereótipo, o qual viola sua própria dignidade como seres humanos (DREW, et al., 1977). Necessário, portanto, essa nova perspectiva, a garantir direitos constitucionais sucessivamente negados a essas pessoas.

É justamente pela interação do sujeito com a sociedade, com o mundo à sua volta, que se tornam possíveis a evolução e o aprendizado. Explica a professora Maria Mantoan (1997, p. 20):

O ato de conhecer, assim como as ações humanas mais primárias (respirar, comer, pegar e outros) precisam de conteúdos externos para que se efetivem. Todos implicam a necessidade e a possibilidade de trocas entre o sujeito e o meio físico, social, natural, cultural. Portanto, de tais trocas dependem a estruturação e o funcionamento dos diversos sistemas orgânicos que nos compõem fisicamente, entre os quais a inteligência.

A inclusão das pessoas com deficiência intelectual em todos os espectros da vida social justifica-se, portanto, não só pelas razões humanas, mas também como único caminho a ser trilhado para efetivo desenvolvimento possível desses indivíduos. Não por outra razão, a Convenção previu o reconhecimento da plena capacidade das pessoas com deficiência, bem como o caráter extraordinário e temporário pelo qual devem ser admitidas eventuais salvaguardas, nos seguintes termos (CONVENÇÃO..., 2011, p. 37-38):

Artigo 12

Reconhecimento igual perante a lei

1. Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.
2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.
3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao **apoio que necessitem no exercício de sua capacidade legal**.
4. Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam **salvaguardas apropriadas e efetivas** para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que **as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas**

à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.

5. Os Estados Partes, no caso em que a família imediata de uma criança com deficiência não tenha condições de cuidar da criança, farão todo esforço para que cuidados alternativos sejam oferecidos por outros parentes e, se isso não for possível, dentro de ambiente familiar, na comunidade. (destaques em *bold* do autor)

3.3 Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015)

Em 6 de julho de 2015, sete anos após a recepção no direito interno da Convenção das Pessoas com Deficiência com status de emenda constitucional, editado o Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei nº 13.146 (BRASIL, 2015a).

Esse diploma teve como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, razão pela qual, nos pontos em que a reproduz, goza de igual força das normas constitucionais. A lei, em seus arts. 1º e 2º, afirma (BRASIL, 2015a, *online*):

Art. 1º É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades – fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Uma das consequências da recepção pelo direito interno da Convenção de Nova Iorque foi a revogação de todos os incisos do art. 3º do Código Civil, que tinha a seguinte redação:

São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – os menores de dezesseis anos;

II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o

necessário discernimento para a prática desses atos;

III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

A redação passou a prever uma única hipótese de incapacidade absoluta, para os menores de 16 anos: “Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos”.

Incapacidade não pode ser confundida com deficiência. Sasaki (2005, p. 9-10) aponta as diferenças:

O conceito de deficiência não pode ser confundido com o de incapacidade, palavra que é uma tradução, também histórica, do termo “handicap”. O conceito de incapacidade denota um estado negativo de funcionamento da pessoa, resultante do ambiente humano e físico inadequado ou inacessível, e não um tipo de condição. Exemplos: a incapacidade de uma pessoa cega para ler textos que não estejam em braile, a incapacidade de uma pessoa com baixa visão para ler textos impressos em letras miúdas, a incapacidade de uma pessoa em cadeira de rodas para subir degraus, a incapacidade de uma pessoa com deficiência intelectual para entender explicações conceituais, a incapacidade de uma pessoa surda para captar ruídos e falas. Configura-se, assim, a situação de desvantagem imposta às pessoas COM deficiência através daqueles fatores ambientais que não constituem barreiras para as pessoas SEM deficiência.

Atualmente, em atendimento ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, a única hipótese de absolutamente incapaz, na legislação civil brasileira, passou a ser o menor de 16 anos. Por consequência, também não há mais a figura do interdito. As pessoas com deficiência, a partir de então, inserem-se entre as plenamente capazes, em um nítido esforço à inclusão social e à promoção da sua dignidade (TARTUCE, 2015).

Madrugá (2016, *online*) explica a repercussão na vida das pessoas com deficiência:

[...] a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência, foram revogados os incisos II e III, do artigo 3º, e dada nova redação do inciso III, do artigo 4º, ambos do Código Civil. Por meio da lei, tornaram-se absolutamente capazes para exercer atos da vida civil os que antes

possuíam deficiência mental ou não detinham o necessário discernimento para a prática desses atos, passando a apenas considerar relativamente incapazes, em matéria de deficiência, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade.

Esclarece ainda Madruga (2016) que

A autonomia individual, prevista como princípio geral na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, está associada com o princípio de uma vida independente, isto é, com a capacidade de homens e mulheres com deficiência controlarem pessoalmente seus múltiplos aspectos de vida, tomando decisões e assumindo responsabilidades que lhe propiciem acesso aos bens materiais e imateriais inerentes a todos. Vida independente, contudo, não se traduz em autonomia absoluta, senão autonomia moral. Não significa querer fazer tudo individualmente, não necessitar de ninguém ou querer viver em isolamento, mas pleitear as mesmas opções e o mesmo controle de vida diária que os homens e mulheres sem deficiência.

O Estatuto (BRASIL, 2015a, *online*) reproduz a Convenção, ao reconhecer a capacidade da pessoa com deficiência, explicitando que a salvaguarda, no direito brasileiro, ocorrerá pelo instituto da curatela:

Art. 84. A pessoa com deficiência tem **assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.**

§ 1º **Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.**

§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui **medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.**

§ 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.

Esta curatela dirá respeito apenas aos direitos de natureza patrimonial e negocial, não alcançando, por exemplo, o direito ao voto:

Art. 85. **A curatela afetar**á tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1º **A definição da curatela não alcança** o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e **ao voto**.

§ 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

§ 3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.

Art. 86. Para emissão de documentos oficiais, não será exigida a situação de curatela da pessoa com deficiência.

Art. 87. **Em casos de relevância e urgência e a fim de proteger os interesses da pessoa com deficiência em situação de curatela, será lícito ao juiz, ouvido o Ministério Público, de ofício ou a requerimento do interessado, nomear, desde logo, curador provisório, o qual estará sujeito, no que couber, às disposições do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, *online*).**

A respeito da sobreposição de normas que regulam direitos humanos, esclarece Mazzuoli (2015, p. 308) que sempre deve ser levada em consideração a norma

[...] mais benéfica aos seres humanos em questão, pois **os tratados de direitos humanos têm uma lógica de aplicação totalmente distinta da dos tratados tradicionais ou comuns, baseada na escolha da norma que mais proteja os interesses das pessoas (ao que se nomina de “princípio pro homine”). Assim, apesar de ter “equivalência” de emenda constitucional no Brasil, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência irá prevalecer sobre a legislação interna brasileira apenas quando for mais favorável ao indivíduo**, pois no direito internacional dos direitos humanos o que tem importância não é a hierarquia formal das normas jurídicas, senão o conteúdo material (e, sempre, mais benéfico) previsto indistintamente no mosaico normativo vigente num determinado Estado.

4 Exercício dos direitos políticos pelas pessoas com deficiência intelectual

De fato, estão previstos na Convenção (2011, *online*), entre outros, os direitos à participação na vida pública e política:

Artigo 29

Participação na vida política e pública

Os Estados Partes garantirão às pessoas com deficiência direitos políticos e oportunidade de exercê-los em condições de igualdade com as demais pessoas.

No Estatuto (2015, *online*), o direito resta assegurado no art. 76: “O poder público deve garantir à pessoa com deficiência todos os direitos políticos e a oportunidade de exercê-los em igualdade de condições com as demais pessoas”. Se a intenção fosse “instituir um programa de ação futura, o constituinte derivado teria consignado: ‘O Poder Público atuará no sentido de propiciar ao deficiente [...]’. Ao decidir por “garantir” o exercício dos direitos políticos em igualdade de condições com as demais pessoas, investiu a pessoa com deficiência do poder de exigir do Estado, não podendo ser descartada a hipótese de indenização, no caso de descumprimento do preceito (BARROSO, 2003, p. 150).

4.1 Direito político ativo

O direito de votar está inserto em várias alíneas do artigo 29 da Convenção (2011, *online*), exigindo-se dos Estados-Partes o seguinte:

a) Assegurar que as pessoas com deficiência possam participar efetiva e plenamente na vida política e pública, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos, **incluindo o direito e a oportunidade de votarem e serem votadas, mediante, entre outros:**

i) **Garantia de que os procedimentos, instalações e materiais e equipamentos para votação serão apropriados, acessíveis e de fácil compreensão e uso;** ii) **Proteção do direito das pessoas com deficiência ao voto secreto em eleições e plebiscitos, sem intimidação,** e a candidatar-se nas eleições, efetivamente ocupar cargos eletivos e desempenhar quaisquer funções públicas em todos os níveis de governo, usando novas tecnologias assistivas, quando apropriado; iii) **Garantia da livre expressão de vontade das pes-**

soas com deficiência como eleitores e, para tanto, sempre que necessário e a seu pedido, permissão para que elas sejam auxiliadas na votação por uma pessoa de sua escolha;

b) Promover ativamente um ambiente em que as pessoas com deficiência possam participar efetiva e plenamente na condução das questões públicas, sem discriminação e em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, e encorajar sua participação nas questões públicas, mediante:

i) Participação em organizações não governamentais relacionadas com a vida pública e política do país, **bem como em atividades e administração de partidos políticos;** ii) Formação de organizações para representar pessoas com deficiência em níveis internacional, regional, nacional e local, bem como a filiação de pessoas com deficiência a tais organizações.

O Estatuto (2015, *online*), por sua vez, no inciso IV do § 1º do art. 76, previu “a garantia do livre exercício do direito ao voto e, para tanto, sempre que necessário e a seu pedido, permissão para que a pessoa com deficiência seja auxiliada na votação por pessoa de sua escolha”. A expressão “pessoa da sua escolha” tem significado mais amplo do que curador. Poderá ser tanto o curador, nomeado, pois, por causa transitória ou permanente, não pode exprimir sua vontade (art. 4º, III, do Código Civil), quanto outra pessoa da sua escolha apresentada na oportunidade.

Comemora-se essa importante previsão, pois o pleno exercício dos direitos passa necessariamente pela vida pública e política. Essas pessoas passam, a partir de então, a fazer parte do conceito político de povo, “aquela parte da população capaz de participar, através de eleições, do processo democrático, dentro de um sistema variável de limitações, que depende de cada país e de cada época” (BONAVIDES, 2004, p. 75).

Observe-se que, aliado à garantia do exercício do direito ao voto, é garantido o direito às adequações materiais e ao auxílio a esse exercício, em consonância com o próprio conceito de deficiência implícito na Convenção, pois a perspectiva, como visto, não é a limitação pessoal, mas sim os obstáculos que a sociedade impõe a essas pessoas e suas peculiaridades de expressão.

Não por outra razão, o Estatuto alterou inclusive o Código Eleitoral, para que previsse:

Art. 135.

§6º-A Os Tribunais Regionais Eleitorais deverão, a cada eleição, expedir instruções aos Juízes Eleitorais para orientá-los na escolha dos locais de votação, de maneira a garantir acessibilidade para o eleitor com deficiência ou com mobilidade reduzida, inclusive em seu entorno e nos sistemas de transporte que lhe dão acesso.

Por outro lado, para que o exercício do voto não represente um ônus para pessoa com deficiência mental que não dispõe dos instrumentos a fim de realizar a comunicação da sua vontade, são possíveis as seguintes opções, segundo Oliveira (2017, *online*):

É preciso que a Administração Pública proveja meios de facilitar que o mentalmente enfermo ou deficiente se desincumba da obrigação de votar. Os meios burocráticos à disposição do eleitor e/ou familiares são os seguintes:

(1) solicitar que seja alistado como analfabeto, nos casos em que a enfermidade ou deficiência torna o portador, na prática, incapacitado de ler ou escrever (analfabetismo funcional) ou em razão de não terem sido alfabetizados; (2) justificar-se mediante a apresentação de atestado médico a cada pleito; (3) solicitar a dispensa do exercício do voto, com o registro da impossibilidade fática ou da onerosidade demasiada do exercício do voto no cadastro eleitoral com base na Res. TSE 21.920, de 2004.

A partir de requerimento do eleitor, de responsável ou de procurador habilitado, acompanhado de documento comprobatório da impossibilidade fática do exercício do direito ao voto, o juiz eleitoral pode conceder certidão de quitação eleitoral, com prazo de validade indeterminado (art. 2º da Resolução TSE 21.920/2004).

Evita-se, assim, que o Estatuto, editado para garantir direitos às pessoas com deficiência, represente, com a sua entrada em vigor, um ônus excessivo justamente aos que visava tutelar.

4.2 Direito político passivo

É possível ainda, de acordo com a Convenção (2011, *online*), que a pessoa com deficiência exerça plenamente seus direitos políticos, neles incluído o direito de ser votado.

Artigo 29

Participação na vida política e pública

Os Estados Partes [...] deverão:

a) Assegurar que as pessoas com deficiência possam participar efetiva e plenamente na vida política e pública, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos, incluindo o direito e a oportunidade de votarem e **serem votadas**, mediante, entre outros:

[...]

ii) Proteção do direito das pessoas com deficiência ao voto secreto em eleições e plebiscitos, sem intimidação, e **a candidatar-se nas eleições, efetivamente ocupar cargos eletivos e desempenhar quaisquer funções públicas em todos os níveis de governo, usando novas tecnologias assistivas, quando apropriado;**

[...]

O Estatuto (2015, *online*, grifo nosso), por sua vez, em seu art. 76, prevê não só o direito de ser votado, mas também o incentivo a essa atuação:

§ 1º **À pessoa com deficiência será assegurado o direito de votar e de ser votada**, inclusive por meio das seguintes ações:

[...]

II – **incentivo à pessoa com deficiência a candidatar-se e a desempenhar quaisquer funções públicas em todos os níveis de governo, inclusive por meio do uso de novas tecnologias assistivas, quando apropriado;**

III – garantia de que os pronunciamentos oficiais, a propaganda eleitoral obrigatória e os debates transmitidos pelas emissoras de televisão possam, pelo menos, os recursos elencados no art. 67 desta Lei.

O exercício do direito político passivo não se limita à possibilidade de registro de candidatura, mas à participação na vida política dos partidos, na qual se inicia o processo democrático de escolha dos futuros candidatos, razão pela qual a Convenção e o Estatuto garantem essas prerrogativas:

Art. 29

b) Promover ativamente um ambiente em que as pessoas com deficiência possam participar efetiva e plenamente na condução das questões públicas, sem discriminação e em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, e encorajar sua participação nas questões

públicas, mediante:

i) Participação em organizações não governamentais relacionadas com a vida pública e política do país, **bem como em atividades e administração de partidos políticos;**

ii) Formação de organizações para representar pessoas com deficiência em níveis internacional, regional, nacional e local, bem como a filiação de pessoas com deficiência a tais organizações (BRASIL, 2011, *online*).

Art. 76 [...]

§ 2º O poder público promoverá a participação da pessoa com deficiência, inclusive quando institucionalizada, na condução das questões públicas, sem discriminação e em igualdade de oportunidades, observado o seguinte:

I – participação em organizações não governamentais relacionadas à vida pública e à política do País e em atividades e administração de partidos políticos;

II – formação de organizações para representar a pessoa com deficiência em todos os níveis;

III – participação da pessoa com deficiência em organizações que a representem. (BRASIL, 2015a, *online*)

Percebe-se, assim, que longe de serem uma mera retórica, os diplomas normativos buscam de fato uma inserção das pessoas com deficiência na vida política da sociedade, não se atendo a meros comandos genéricos, mas exemplificando como deve se dar essa participação. Robustece-se também o conceito de direitos políticos, prevendo-se a participação na vida pública como um todo, tanto no âmbito partidário como nas organizações não governamentais.

E, novamente, a perspectiva da deficiência a partir dos obstáculos que a sociedade impõe exsurge também dos comandos do exercício do direito de ser votado. Não por outra razão, é previsto o uso de “novas tecnologias assistivas”. Assim, deve-se alcançar todos os meios para que essas pessoas tenham sua dignidade garantida pelo exercício de seus direitos políticos, não só eliminando barreiras, mas buscando-se instrumentos que permitam a expressão de suas ideias e vontades.

4.3 Processo Administrativo 114-71, do TSE

Em 25 de fevereiro de 2016, após a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o qual teve uma *vacatio legis* de 180 dias, a Cor-

regedoria do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia questionou o Tribunal Superior Eleitoral sobre como se daria a aplicação do diploma na Justiça Eleitoral. No dia 7 de abril de 2016, acordaram os Ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Luis Fux, Napoleão Nunes Maia Filho, Henrique Neves da Silva e Admar Gonzaga, por unanimidade, em fixar orientações às corregedorias e aos juízos, nos termos do voto da relatora Maria Thereza de Assis Moura, assim ementado:

PROCESSO ADMINISTRATIVO. QUESTIONAMENTOS. APLICABILIDADE. VIGÊNCIA. LEI Nº 13.146, de 2015. ALTERAÇÃO. ART. 30. CÓDIGO CIVIL. INCAPACIDADE CIVIL ABSOLUTA. SUSPENSÃO. DIREITOS POLÍTICOS. ART. 15, II, DA CONSTITUIÇÃO. ANOTAÇÃO. CADASTRO ELEITORAL. ANTERIORIDADE.

1. O Estatuto da Pessoa com Deficiência - Lei nº 13.146, de 2015 - modificou o art. 30 do Código Civil, com a alteração do rol daqueles considerados absolutamente incapazes, circunstância que trouxe impactos no âmbito desta Justiça especializada, particularmente no funcionamento do cadastro eleitoral, cujos gerenciamento, fiscalização e regulamentação estão confiados à Corregedoria-Geral.

2. Alcançado o período de vigência do mencionado diploma legal, a incapacidade absoluta se restringiu unicamente aos menores de 16 (dezesesseis) anos, os quais não detêm legitimidade para se alistar eleitores - exceção feita àqueles que completem a idade mínima no ano em que se realizarem eleições até a data do pleito (Res.-TSE nº 21.538, de 2003, art. 14).

3. Esta Justiça especializada, na via administrativa, deve se abster de promover anotações de suspensão de direitos políticos por incapacidade civil absoluta, ainda que decretada anteriormente à entrada em vigor da norma legal em referência, nos históricos dos respectivos eleitores no cadastro, de forma a se adequar aos novos parâmetros fixados.

4. Para regularização das inscrições em que o registro de suspensão de direitos políticos por incapacidade civil absoluta tenha sido feito antes da entrada em vigor da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, o eleitor deverá cumprir as formalidades previstas nos arts. 52 e 53, II, a, da Res. TSE nº 21.538, de 2003.

5. Expedição das orientações necessárias às corregedorias regionais eleitorais, objetivando idêntica comunicação às Corregedorias Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e aos juízos eleitorais de todo o País

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 114-71.2016.6.00.0000
CLASSE 26 -SALVADOR – BAHIA (BRASIL, 2016).

Em razão dessa decisão, os eleitores com deficiência com registro no histórico cadastral de suspensão de direitos políticos em razão de incapacidade civil absoluta, anotada antes da entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, permanecem com esse registro ativo.

Como consequência, esses eleitores são impedidos de: i) obter certidão de quitação eleitoral; ii) requerer as operações de revisão, transferência e segunda via; iii) exercer a garantia constitucional do voto; e iv) registrar eventual candidatura ao exercício de mandato eletivo, ou seja, exercício de direito político passivo.

Para a regularização da situação cadastral da pessoa com deficiência e, conseqüentemente, permitir que ela goze plenamente de seus direitos políticos ativos e passivos, a Resolução do Tribunal Superior Eleitoral – TSE nº 21.538, de 2003, exige comprovação de que foi cessado o impedimento, nos seguintes termos:

Art. 52. A regularização de situação eleitoral de pessoa com restrição de direitos políticos somente será possível **mediante comprovação de haver cessado o impedimento.**

§ 1º Para regularização de inscrição envolvida em coincidência com outra de pessoa que perdeu ou está com seus direitos políticos suspensos, será necessária a comprovação de tratar-se de eleitor diverso.

§ 2º Na hipótese do artigo, o interessado deverá preencher requerimento e instruir o pedido com declaração de situação de direitos políticos e **documentação comprobatória de sua alegação.**

§ 3º Comprovada a cessação do impedimento, será comandado o código FASE próprio e/ou inativado(s), quando for o caso, o(s) registro(s) correspondente(s) na base de perda e suspensão de direitos políticos.

Art. 53. **São considerados documentos comprobatórios de reanquirição ou restabelecimento de direitos políticos:**

II - Nos casos de suspensão:

a) para interditos ou condenados: sentença judicial, certidão do juízo competente ou outro documento; [...] (BRASIL, 2003, *online*).

Igual exigência há para atualização do cadastro eleitoral, mediante coleta de dados biométricos, em conformidade com a Resolução do TSE nº 23.440, de 2015:

Art.7º [...]

§ 4º **Comprovada, perante a Justiça Eleitoral, a cessação de causa de restrição aos direitos políticos**, na forma do ad. 52 da Res.-TSE nº 21.538, de 14 de outubro de 2003, e regularizada a respectiva inscrição que figurar no cadastro eleitoral em situação de suspensão, o juízo eleitoral convocará o interessado para comparecimento ao cartório, visando à coleta de fotografia, impressão digital e assinatura digitalizada (BRASIL, 2015b).

Nossa Carta Magna prevê a suspensão dos direitos políticos no caso de incapacidade civil absoluta (artigo 15, inciso II), deixando para a legislação infraconstitucional explicitar essa conceituação.

Como visto, a Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, além de ser claramente norma de direitos humanos, foi recepcionada pelo nosso direito interno com status de norma constitucional, garantindo o pleno exercício dos direitos políticos pelas pessoas com deficiência.

Aportou ela, contudo, em um ordenamento que previa, como regra, a incapacidade civil dos que não tivessem o necessário discernimento para a prática de atos da vida civil por enfermidade ou deficiência (art. 3º, inciso II, do Código Civil revogado). Assim, antes mesmo de este dispositivo ter sido revogado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, já padecia do vício da inconstitucionalidade.

Os Ministros do TSE, no Processo Administrativo 114-71, contudo, optaram por estabelecer como marco para abstenção das anotações de suspensão de direitos políticos para pessoa com deficiência a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, ocorrida em 02 de janeiro de 2016 (180 dias da publicação).

Assim, para a regularização das inscrições em que o registro de suspensão de direitos políticos por incapacidade civil absoluta tenha sido realizado antes da entrada em vigor da mencionada lei, o eleitor deverá comprovar o levantamento da interdição pela Justiça Estadual ou apresentar outro documento que demonstre sua aptidão ao exercício dos direitos políticos (arts. 52 e 53, II, a, da Res.-TSE nº 21.538, de 2003).

Para a pessoa com deficiência intelectual sem anotação do registro de suspensão dos direitos políticos por incapacidade civil absoluta no histórico cadastral quando da entrada em vigor do Estatuto, o TSE previu, no Processo Administrativo 114-71, que a Justiça Eleitoral deveria se abster de

fazer qualquer registro nesse sentido, ainda que houvesse decisão judicial pretérita determinando o registro:

[...]

3. Esta Justiça especializada, na via administrativa, deve se abster de promover anotações de suspensão de direitos políticos por incapacidade civil absoluta, ainda que decretada anteriormente à entrada em vigor da norma legal em referência, nos históricos dos respectivos eleitores no cadastro, de forma a se adequar aos novos parâmetros fixados.

[...]

PROCESSO ADMINISTRATIVO N° 114-71.2016.6.00.0000
CLASSE 26 -SALVADOR – BAHIA (BRASIL, 2016).

Destarte, com a entrada em vigor do Estatuto, mesmo as decisões judiciais que determinaram a suspensão dos direitos políticos em razão de incapacidade civil absoluta apurada em ação própria da Justiça Comum ficaram sem cumprimento pela Justiça Eleitoral.

A estas pessoas com deficiência intelectual, mas sem o registro da suspensão dos direitos políticos no histórico cadastral da Justiça Eleitoral, quando da entrada em vigor do Estatuto, ficou garantido, portanto, o amplo exercício dos direitos políticos. Fato este que representa um direito, mas também um ônus de comparecimento às urnas, que, como visto, pode ser afastado se: i) solicitar o alistamento como analfabeto; ii) apresentar atestado médico; ou iii) requisitar a dispensa do exercício do voto com o registro da impossibilidade fática ou da onerosidade demasiada do exercício do voto.

Há, portanto, uma distinção de tratamento entre pessoas em igualdade de condições. De um lado, as com deficiência com registro da suspensão de direitos políticos no histórico cadastral da Justiça Eleitoral quando da entrada em vigor do Estatuto. De outro, as também com deficiência intelectual, mas sem registro da suspensão dos direitos políticos em seus históricos cadastrais da Justiça Eleitoral quando da entrada em vigor do referido diploma.

O TSE exige que as pessoas com registro de suspensão de direitos políticos em razão de incapacidade civil absoluta comprovem a alteração da sua condição por diversas formas: a) sentença judicial; b) certidão do juízo competente; ou c) outro documento (Processo Administrativo 114-71). Às pessoas sem o registro da suspensão de direitos políticos quando da entrada em vigor do Estado nenhuma providência é exigida.

Essa diferenciação no tratamento representa discriminação, a qual a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o Estatuto brasileiro coíbem expressamente. A própria razão de existência desses instrumentos normativos tem relação direta com a vedação a toda forma de discriminação baseada na deficiência (ONU, 2018).

Logo, todo e qualquer registro de suspensão de direitos políticos às pessoas com deficiência intelectual deve ser excluído, pois dissonante de nosso atual ordenamento. E, para que não represente ônus desmedido, deve ser anotada a impossibilidade de comparecimento às urnas. Assim, se possibilitada, de alguma forma, a expressão da vontade do eleitor, esta deveria ser respeitada.

Ou, ao menos, que a comprovação das condições para o exercício do direito político por tais pessoas seja simplificada, bastando o comparecimento do cidadão e a solicitação do levantamento da anotação de suspensão.

Somente assim se estaria conferindo real efetividade ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, bem como tratamento equidistante às pessoas com deficiência e sem registro de suspensão nos seus históricos cadastrais.

5 Considerações finais

O Estado e a sociedade têm dívida histórica com pessoas com deficiência intelectual que, durante décadas, sofreram o descaso e a violência institucionalizada, razão pela qual o Judiciário, como parte desse Estado, não pode se eximir de adotar a posição mais consentânea possível com os valores que embasaram a Convenção de Nova Iorque.

O TSE, contudo, impôs obstáculo não previsto na legislação em curso. De fato, como visto, a Convenção de Direito Internacional sobre as Pessoas com Deficiência, bem como o Estatuto da Pessoa com Deficiência, não faz objeção ao exercício dos direitos políticos pela pessoa com deficiência mental. Antes pelo contrário, explicitam serem estes direitos garantidos por instrumentos que facilitem a comunicação desses indivíduos, ficando o instituto da curatela restrita para os que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade (art. 4º, III, do Código Civil).

A decisão do TSE no Processo Administrativo 114-71, ao exigir que se comprove a condição de aptidão da pessoa com deficiência, contrariou e impôs ônus maior do que o presente na Convenção, que, como visto, foi recepcionada com força de emenda constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, motivo pelo qual padece de inconstitucionalidade.

Sobre as pessoas abrangidas por essa decisão do TSE, é verdade, pendem decisões judiciais, as quais, sob o manto do devido processo legal e do contraditório, concluíram pela interdição. O status, contudo, de incapaz e a conseqüente suspensão dos direitos políticos não mais subsistem no nosso ordenamento para as pessoas com deficiência intelectual.

Poder-se-ia argumentar que maior prejuízo haveria se afastada a restrição no cadastro de todas as pessoas com deficiência, impondo-se a obrigatoriedade do voto e as conseqüências do seu descumprimento àqueles que tiveram reconhecido judicialmente sua impossibilidade de exercício dos direitos civis e, para os quais ainda não alcançados os meios para que exerçam seus direitos políticos. É o caso, por exemplo, das pessoas em estado de deficiência intelectual grave, seja em decorrência de doença congênita, seja em decorrência de AVC ou trauma craniano, sem aparato tecnológico que lhes permitam manifestar sua vontade.

Inclusive para estas, contudo, não é mais devida a suspensão dos direitos políticos, medida extrema e associada à condição de incapaz, restrita aos menores de 16 (dezesesseis) anos. Devida, portanto, é somente a anotação cadastral que as eximam das conseqüências de não comparecimento ao pleito. Do contrário, estar-se-á contrariando a nossa Carta Magna e a convenção de direitos humanos da qual somos signatários.

Ronald Dworkin (2002, p. 283), questionando sobre os direitos dos particulares de fazerem manifestações que perturbam a ordem pública, dissertou:

Na prática, o governo terá a última palavra sobre quais são os direitos individuais, porque sua polícia fará o que suas autoridades e seus tribunais ordenarem. Mas isto não significa que o ponto de vista governamental seja necessariamente correto. Quem quer que pense assim está obrigado a acreditar que homens e mulheres só possuem os direitos morais sancionados pelo governo, o que significa que não possuem direitos morais de espécie alguma.

Propõe-se, aqui, a exemplo da provocação de Dworkin, que pessoas com deficiência intelectual tenham seus direitos políticos restabelecidos, com anotação cadastral da dificuldade para o exercício do voto, para que eventual não comparecimento às urnas não comprometa a certificação da quitação das obrigações eleitorais. Ou que, ao menos, tenham facilitada a exclusão da anotação de suspensão de direitos políticos com simples petição.

O esforço deve ser para que se dê o máximo de efetividade aos direitos e às garantias fundamentais, sob pena de infligirmos dano não somente a esses indivíduos, mas a todo corpo social, como ocorre sempre que atingidos os direitos humanos.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução: Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- ASSOCIATION ON INTELLECTUAL AND DEVELOPMENTAL DISABILITY – AAIDD. **Definition of Intellectual Disability**. Washington, DC, [2017]. Disponível em: <<http://aaid.org/intellectualdisability/definition#.WqZaqlC5vcd>>. Acesso em: 31 ago. 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BOM DIA RN. **Deficiente visual com paralisia cerebral se forma em Direito em Natal**. Rio de Janeiro: Inter TV, 24 fev. 2016. Programa de TV.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. **Constituição** (1988). Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 ago. 2017.
- BRASIL. **Decreto legislativo n. 186, de 2008**. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 31 ago. 2017.
- BRASIL. **Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 15 ago. 2017.

BRASIL. **Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF, 2015a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Processo administrativo n. 11471.2016.6.00.0000**. Brasília, DF, 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 21.538, de 14 de outubro de 2003**. Dispõe sobre o alistamento e serviços eleitorais mediante processamento eletrônico de dados, a regularização de situação de eleitor, a administração e a manutenção do cadastro eleitoral, o sistema de alistamento eleitoral, a revisão do eleitorado e a fiscalização dos partidos políticos, entre outros. Brasília, DF, 2003. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelotse/resolucao-nb0-21.538-de-14-de-outubro-de-2003-brasilia-2013-df>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 23.440, de 13 de março de 2015**. Disciplina os procedimentos para a realização da atualização ordinária do cadastro eleitoral, com a implementação de nova sistemática de identificação do eleitor, mediante incorporação de dados biométricos e por meio de revisões de eleitorado de ofício, em municípios previamente selecionados pelos tribunais regionais eleitorais, e dá outras providências. Brasília, DF, 2015b. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacaotse/res/2015/RES234402015.htm>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

COLEGAS. Direção de Marcelo Galvão. Produção de Marcelo Galvão. [S.l.]: Gatacine, 2012. (94 min.), son., color. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=PogV1GwUKQs>>. Acesso em: 15 set. 2016.

COMO SERÁ? SOS SUS: A rede de saúde mental que é referência no país. Rio de Janeiro: Rede Globo, 19 ago. 2017. Programa de TV.

CONVENÇÃO sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2007). **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**: Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: decreto legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008: decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Ed., rev. e atual. Brasília, DF: Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2011.

COSTA, Ana Maria Machado da. O Reconhecimento da Pessoa com Transtorno Mental Severo Como Pessoa Com deficiência: Uma Questão de Justiça. **Inclusive: inclusão e cidadania**, [S.l.], 26 jan. 2011. Disponível em: <https://www.inclusive.org.br/wp-content/uploads/O_reconhecimento.pdf>. Acesso em: 5 set. 2017.

DREW, Clifford J. et al (Orgs.). **Mental retardation**: social and educational perspectives. Saint Louis: The C. V. Mosby Company, 1977.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EM NOME DA RAZÃO – Um filme sobre os porões da loucura. Direção de Helvécio Rattón. Produção de Tarcísio Vidigal. Realização de Grupo Novo de Cinema e Associação Mineira de Saúde Mental. Música: Evandro Lemos. 1979. (23 min.), son., P&B. Fotografia: Dileny Campos; Montagem: José Tavares de Barros. Disponível em: <<https://vimeo.com/162724580>>. Acesso em: 13 set. 2017.

FOUCAULT, Michel. **Doença Mental e Psicologia**. Tradução de Lilian Rose Shalders. 5. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1975.

GARCIA, Vera. Jovem com paralisia cerebral se forma em marketing e em breve começará a trabalhar. *Deficiente ciente*, [S.l.], 1 fev. 2017a. Disponível em: <<https://www.deficienteciente.com.br/jovem-com-paralisiacerebral-se-forma-em-marketing-e-em-breve-comecara-a-trabalhar.html>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

GARCIA, Vera. Menina com paralisia cerebral supera dificuldades e se consagra como pintora. *Deficiente ciente*, [S.l.], 5 maio 2017b. Disponível em: <<https://www.deficienteciente.com.br/primeiro-musico-com-sindrome-dedown-gravar-cd.html>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

GARCIA, Vera. Primeiro músico com síndrome de down a gravar CD. *Deficiente ciente*, [S.l.], 5 maio 2017c. Disponível em: <<https://www.deficienteciente.com.br/menina-com-paralisia-cerebral-superadificuldades-e-se-consagra-como-pintora.html>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

GUELBERT, Laura. OMS alerta que 10% da população global tem distúrbio de saúde mental. **Portal EBC**, Brasília, DF, 15 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/saude/2015/07/oms-alerta-que-10-dapopulacao-global-tem-disturbio-de-saude-mental>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

HOLOCAUSTO brasileiro. Direção de Daniela Arbex, Armando Mendz. Produção de Daniela Arbex. Roteiro: Daniela Arbex. Barbacena: Vagalume Filmes, Brasil Distribution, Llc, 2016. (90 min.), son., color. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=CVMGZqV2cP4>>. Acesso em: 12 set. 2017.).

INSTITUTO PARADIGMA. **Qual a diferença entre doença mental e deficiência intelectual?** São Paulo, SP, [20-]. Disponível em: <<http://www.instituto-paradigma.org.br/pergunte/participacao-social-edireitos/264-qual-a-diferenca-entre-doenca-mental-e-deficiencia-intelectual>>. Acesso em: 1 set. 2017.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: 70, 2005.

MADRUGA, Sidney. A Lei Brasileira de Inclusão e a capacidade eleitoral das pessoas com deficiência mental grave. **Jota**, [S.l.], 27 jul. 2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lei-brasileira-de-inclusao-e-capacidade-eleitoral-das-pessoas-com-deficiencia-mental-grave22072016>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

MANTOAN, Maria Teresa Eglér. **Ser ou estar, eis a questão**: explicando o déficit intelectual. Rio de Janeiro: Wva, 1997.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Wolfgang Sarlet (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

OLIVEIRA, Vinícius de. O voto da pessoa mentalmente enferma ou deficiente: a inclusão, o ônus e a fraude. **Os eleitoristas – Democracia e direito eleitoral**, [S.l.], 5 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.oseleitoristas.com.br/2017/08/05/voto-pessoa-enferma/>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

PESSOTTI, I. **A loucura e as épocas**. Rio de Janeiro: 34, 1995.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RAPOPORT, Andrea; ARLAQUE, Patrícia; PETRARCA, Rita. Doença Mental: metamorfose histórica. **Psico**. Porto Alegre, Instituto de Psicologia da PUC Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 24, n. 2, p. 94, 1993.

SASSAKI, Romeu Kazumi. Atualizações semânticas na inclusão de pessoas: Deficiência mental ou intelectual? Doença ou transtorno mental? **Revista Nacional de Reabilitação**, São Paulo, v. 43, p. 9-10, mar. 2005.

SZASZ, S. T. **A fabricação da loucura**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O legado da declaração universal e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; MOISÉS, Cláudia Perrone (Orgs). **O cinquentenário da declaração universal dos direitos do homem**. São Paulo: Edusp, 1999.

UNITED NATIONS – UD. **Convention on the Rights of Persons with Disabilities**. New York, NY, [2018]. Disponível em: <<https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rightsof-persons-with-disabilities.html>>. Acesso em: 3 jul. 2018.

UNITED NATIONS – UD. **Convention on the Rights of Persons with Disabilities**. New York, NY, [2018]. Disponível em: <<https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rightsof-persons-with-disabilities/frequently-asked-questions-regarding-theconvention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>>. Acesso em: 3 jul. 2018.

UNITED NATIONS – UD. **Convention on the Rights of Persons with Disabilities**. New York, NY, [2018]. Disponível em: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV15-a&chapter=4&clang=_en>. Acesso em: 5 jul. 2018.

UNITED NATIONS – UD. **Convention on the Rights of Persons with Disabilities**. New York, NY, [2018]. Disponível em: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV15&chapter=4&clang=_en>. Acesso em: 5 jul. 2018.

VILLELA, Flávia. IBGE: 6,2% da população têm algum tipo de deficiência. **Portal EBC**, Brasília, DF, 21 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/2015/08/ibge-62-da-populacao-tem-algumtipo-de-deficiencia>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

Adenildo Junior Machado - Especialista em direito público pela Escola Superior da Magistratura Federal. Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2004). Analista Judiciário - Área Judiciária do TRE-RS.

Jorge Irajá Louro Sodré - Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Especialista em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Master em Direitos Humanos pela Universidade Pablo de Olavide/ESP. Procurador da República.

O PRECEDENTE JUDICIAL COMO FONTE PRIMÁRIA DO DIREITO ELEITORAL

The precedent as a primary source of election law

Rodrigo Cyrineu

Resumo: Ao longo dos últimos anos, o Poder Judiciário vem exercendo, cada dia mais, o seu papel de “guardador das promessas” constitucionais, para parafrasear Antoine Garapon. Com isso, sua atuação se acentuou significativamente. Em paralelo, os legisladores estão elaborando leis cada vez mais enxutas e com textos mais abertos, propiciando um maior espaço interpretativo às Cortes. Atento a isso, o artigo se propõe a revisitar o papel dos precedentes no sistema brasileiro.

Palavras-chave: Precedentes. Fontes primárias do direito. Positivismo. Direito Eleitoral.

Abstract: Over the past few years, the Brazilian judiciary has increasingly exercised its role as the “promise-keeper” of the constitution to paraphrase Antoine Garapon. With this, its performance was significantly enhanced. At the same time, legislators are drafting increasingly leaner laws with more open texts, providing greater interpretative space for the courts. Given this, the article proposes to revisit the role of precedents in the Brazilian system.

Keywords: Precedents. Primary source. Positivism. Election law.

1 Introdução

A busca por cada vez mais segurança jurídica não é nova e não é exclusiva do ordenamento brasileiro. Todos os sistemas jurídicos¹, em maior ou menor medida, buscaram, e ainda buscam, conferir maiores previsibilidade e estabilidade ao direito.

A novidade, pelo menos em *terrae brasilis*, é a exigência de segurança jurídica² nas abruptas alterações jurisprudenciais, notadamente no campo eleitoral, o que pressupõe um novo olhar sobre os precedentes enquanto fontes do direito³.

Para melhor compreender essa nova postura, é preciso entender, em primeiro lugar, o método da(o) subsunção⁴/silogismo próprios do positivismo jurídico, e como esse modelo de pensamento jurídico ignorava⁵,

¹ É o que relata o ex-Justice Benjamin Cardozo, membro da Suprema Corte norte-americana: “*Em meus primeiros anos como juiz, era tamanha minha perturbação de espírito que eu não conseguia perceber que não havia rastros ou vestígios no oceano em que me lançara. Eu buscava a certeza*”. (CARDOZO, Benjamin Nathan. **A natureza do processo judicial**. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 123).

² MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 17: “*a segurança jurídica impõe imediatamente a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo, mediante a formação e o respeito aos precedentes como meio geral para obtenção da tutela dos direitos. O foco direto at é a ordem jurídica e a sociedade civil como um todo*”.

³ STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015**. Salvador: Juspodivm, 2018. O livro, como reconhecido pelo próprio autor (p. 9), “*trata de uma questão urgente para o direito brasileiro: a suposta criação de um ‘sistema brasileiro de precedentes’, ou ‘sistema de criação de teses judiciais’, chegando a se falar até de stare decisis como corolamento de um Common Law à brasileira*”.

⁴ De acordo com os levantamentos de MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 43, ao estudar a história do *civil law*, berço do positivismo legalista, neste sistema partia-se do pressuposto de que “*os juristas devem raciocinar de forma dedutiva, e é defendido por muitos que a lógica substantiva é a forma de raciocínio adequada e suficiente para a aplicação da norma: caberia tão só elevar os fatos às normas, trabalhar os seus conceitos e classificações, chegando à conclusão dada pelo sistema*”.

⁵ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e Teoria do Direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. XV (preâmbulo de 1994): “*(...) a argumentação a partir de normas somente pode nos levar até certo ponto; e é inerente à própria natureza do direito que as normas com frequência fiquem aquém de sua própria virtude essencial, revelando-se vagas para um determinado contexto prático*”.

dadas as suas premissas⁶ (dentre elas, a que se destaca é o “livre convencimento”⁷), o papel do Judiciário (em especial, o das Cortes Supremas) na aplicação do direito e sua inexorável influência na sua criação e no seu redesenho.

Além disso, e ainda no contexto da antiga dogmática, é forçoso analisar de que forma a incompletude do ordenamento jurídico era tratada e de como esse tratamento exigiu uma nova postura interpretativa, sobretudo com a utilização de conceitos jurídicos indeterminados⁸.

Posteriormente, importa delinear os traços do novo modelo de pensamento jurídico decorrente do pós-positivismo, embalado pelo giro linguístico-hermenêutico da filosofia, para assim entender a reposição das

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 214: “*Sublinhe-se que o common law, que certamente confere maior segurança jurídica do que o civil law, não relaciona a previsibilidade com o conhecimento das leis, mas sim com a previsibilidade das decisões do Poder Judiciário. O advogado de common law tem possibilidade de aconselhar o jurisdicionado porque pode se valer dos precedentes, ao contrário daquele que atua no civil law, que é obrigado a advertir o seu cliente que determinada lei pode – conforme o juiz sorteado para analisar o caso – ser interpretada em seu favor ou não. A lógica desta tradição não apenas é inversa, e assim faz surgir a nítida impressão de que o direito do civil law não é tão certo quanto o direito do common law, como milita e se volta contra o próprio sistema, na medida em que estimula a propositura de ações, o aumento da litigiosidade, o acúmulo de trabalho e o aprofundamento da lentidão do Poder Judiciário*”.

⁷ Como já advertido, grande parte dos pensadores ainda se calcam na ideia de autonomia irrestrita do magistrado no caso concreto. Por todos, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 265. Daí a crítica de Lenio Luiz Streck [In **O que é isto**: decido conforme minha consciência? 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 19]: “*O que é importante ressaltar aqui é que o problema da verdade – e, portanto, da manifestação da verdade no próprio ato judicante – não pode se reduzir a um exercício de vontade do intérprete (julgar conforme sua consciência), como se a realidade fosse reduzida à sua representação subjetiva*”.

⁸ “*Conceitos indeterminados acabam por implicar que o futuro também possa ser regulado pela norma. Em muitos casos, o conteúdo do conceito está para ser construído e a norma contém balizar para absorver parte da realidade que ainda não existe no presente*”. (ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 209)

fontes primárias do direito⁹, com especial enfoque aos precedentes¹⁰ (jurisprudência), dado o papel de destaque do aplicador do direito, agora devidamente reconhecido¹¹.

Com isso, é forçoso averiguar em que medida o sistema brasileiro, notoriamente de origem continental (*civil law*), aproxima-se do modelo anglo-americano de direito (*common law*), com enfoque especial no *stare decisis*¹² e no papel das Cortes de Ápice.

2 O positivismo jurídico

Atualmente, é possível dizer, sem parecer exagero, que é “completamente absurdo supor que a decisão judicial que se vale da lei pode variar livremente de sentido sem gerar insegurança”¹³⁻¹⁴. Mas nem sempre foi assim.

As teorias positivistas, em maior ou menor escala, tiveram como pressuposto essencial neutralizar o Judiciário de questões políticas¹⁵. A

⁹ DINIZ, Maria Helena. op. cit., p. 285: “As fontes formais são os modos de manifestação do direito mediante os quais o jurista conhece e descreve o fenômeno jurídico. Logo, quem quiser conhecer o direito deverá buscar a informação desejada nas suas fontes formais, ou seja, na lei, nos arquivos de jurisprudência, nos tratados doutrinários. O órgão aplicador, por sua vez, também recorre a elas, invocando-as como justificação da sua norma individual”.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., p. 214: “Ora, se a previsibilidade não depende da norma em que a ação se funda, mas da sua interpretação judicial, é evidente que a segurança jurídica está ligada à decisão judicial e não à norma jurídica em abstrato”.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes**: justificativa do Novo CPC. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 93: “O juiz colabora com o legislador para a frutificação do direito; não é mais seu servo, como coerentemente teria que admitir o adepto da ideia de que o juiz é submetido apenas à lei”.

¹² Sobre a origem do termo *stare decisis*, confira-se: “This obligation of a court to follow its own previous decisions is typically known as *stare decisis* – Latin for ‘stand by the thing decided’ – and it is a distinct form of constraint by precedent” (SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 37).

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Salvador: Juspodivim, 2010. p. 217.

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 65: “É também na interpretação como ‘ato de vontade’ que faz morada a discricionariedade positivista”.

¹⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **O direito, entre o futuro e o passado**. São Paulo: Noeses, 2014. p. 3: “A teoria clássica da divisão dos poderes, construída com um claro acento anti-

“neutralização política do Judiciário”, sustenta Tércio Sampaio Ferraz Jr., “foi uma das peças mais importantes para o aparecimento de uma nova forma de saber jurídico: a ciência do direito – positivo – no século XIX”¹⁶.

Para o intento dar certo, a produção do Direito foi canalizada para o Parlamento, resultando justamente daí o lugar privilegiado das leis enquanto fontes primárias do direito¹⁷. Só que isso quebraria toda a lógica jurídica vigente.

Alçada como fonte principal do direito, a lei – assim entendida a deliberação parlamentar – inverteu a concepção deste enquanto algo relativamente estável, a despeito das mudanças ocorridas no mundo. Em seu lugar, assumiu a ideia de mutabilidade: tudo poderia ser alterado se o status quo não mais agradasse as forças políticas de cada dado momento¹⁸.

Daí o motivo de Tércio Sampaio Ferraz Jr. asseverar que a “institucionalização cultural da mutabilidade do direito corresponderá ao chamado fenômeno da positivação do direito”¹⁹.

Nesse contexto, o Poder Judiciário era reduzido a mero replicador da lei, com reduzida capacidade institucional no tocante à produção do direito. A Constituição francesa de 1791, em seu artigo 3º, cap. V, *verbi gratia*, dispunha: “Os tribunais não podem se imiscuir no exercício do poder legislativo, nem suspender a execução das leis”²⁰.

Sucintamente, pode-se dizer que o positivismo é uma postura científica que se consolida no século XIX. Mais especificamente quanto

-hierarquizante em face da concepção personalista anterior, iria garantir de certa forma uma progressiva separação entre política e direito, regulando a legitimidade da influência da política na administração, que se torna totalmente aceitável no Poder Legislativo, parcialmente, no Poder Executivo, fortemente neutralizada no Poder Judiciário, tudo dentro dos quadros ideológicos do Estado de Direito”.

¹⁶ Idem.

¹⁷ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. op. cit., p. 3-4.

¹⁸ Idem, p. 4: “A concepção da lei como principal fonte do direito chamaria a atenção para a possibilidade de o direito mudar toda vez que mudasse a legislação positiva. Destarte, em comparação com o passado, o direito deixava de ser um ponto de vista em nome do qual as mudanças e as transformações eram aceitas ou rechaçadas. Em todos os tempos, o direito sempre fora percebido como algo estável em face das mudanças do mundo, fosse o fundamento dessa estabilidade a tradição, como para os romanos, a revelação divina, na Idade Média, ou a razão na Era Moderna. Para a consciência social do século XIX, a mutabilidade do direito passa a ser a percepção usual: a ideia de que, em princípio, todo direito muda, torna-se regra, e que algum direito não muda, a exceção”.

¹⁹ Idem.

²⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. op. cit., p. 3.

ao Direito, Lenio Streck, em rápida passagem, sintetiza a sua expansão no domínio europeu:

No âmbito do direito, essa mensurabilidade positivista será encontrada num primeiro momento no produto do parlamento, ou seja, nas leis, mais especificamente, num determinado tipo de lei: os Códigos. É preciso destacar que esse legalismo apresenta notas distintas, na medida em que se olha esse fenômeno numa determinada tradição jurídica (como exemplo, podemos nos referir: ao positivismo inglês, de cunho utilitarista; ao positivismo francês, onde predomina um exegetismo da legislação; e ao alemão, no interior do qual é possível perceber o florescimento do chamado formalismo conceitual que se encontra na raiz da chamada jurisprudência dos conceitos). No que tange às experiências francesas e alemãs, isso pode ser debitado à forte influência que o direito romano exerceu na formação de seus respectivos direito privado. Não em virtude do que comumente se pensa – de que os romanos “criaram as leis escritas” –, mas sim, em virtude do modo como o direito romano era estudado e ensinado. Isso que se chama de exegetismo tem sua origem aí: havia um texto específico em torno do qual giravam os mais sofisticados estudos sobre o direito. Este texto era – no período pré-codificação – o *Corpus Juris Civilis*. A codificação efetua a seguinte “marcha”: antes dos códigos, havia uma espécie de função complementar atribuída ao Direito Romano. A ideia era simples, aquilo que não poderia ser resolvido pelo Direito Comum, seria resolvido segundo critérios oriundos da autoridade dos estudos sobre o Direito Romano – dos comentadores ou glosadores. O movimento codificador incorpora, de alguma forma, todas as discussões romanísticas e acaba “criando” um novo dado: o Código Civil (França, 1804, e Alemanha, 1900)²¹.

Este período é chamado de *positivismo exegetico* (ou *primevo*)²² ou *positivismo legalista*²³. Buscava-se eliminar todo o direito antecedente. Criou-se uma verdadeira aversão ao historicismo, na perspectiva de que os códigos seriam início, meio e fim da análise e interpretação de dada matéria²⁴.

²¹ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto: decido conforme minha consciência? 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 84.

²² Ibidem, p. 85.

²³ NEVES, Antonio Castanheira. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

²⁴ MACÊDO, Lucas Buriel de. Precedentes judiciais e o direito processual civil. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 36.

Mas já então se percebeu que as disposições dos Códigos não seriam capazes de cobrir a realidade como um todo²⁵. Sua denominação se deve justamente à forma como seus idealizadores chegaram para dar cabo ao problema da interpretação em casos não contemplados pelo sistema analítico-descritivo de regras codificadas²⁶.

A ideia era basicamente a análise sintática proposta por Rudolf Carnap²⁷. Segundo Lenio Streck, “a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem a ‘obra sagrada’ (Código) seria o suficiente para resolver o problema da interpretação do direito”²⁸. Informa ainda o autor que a analogia e os princípios gerais do direito seriam utilizados apenas e tão somente em contextos extremamente excepcionais.

Os exegetas foram ameaçados no começo do século XX, intensificando-se tal ameaça nas décadas de 30 e 40, com o crescimento do poder regulatório do Estado que redundou na insuficiência do rigor do método vigente. Assim, ganhavam espaço a Jurisprudência dos Interesses e a Escola do Direito Livre, “que favoreciam, sobremedida, o aparecimento de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação do direito”²⁹.

Hans Kelsen surgiu no período que então ficou conhecido como *positivismo normativista*. Sua missão foi a de “reforçar o método analítico proposto pelos conceitualistas de modo a responder ao crescente desfalecimento do rigor jurídico”³⁰ defendido pelas já referidas Jurisprudências dos Interesses e Escola do Direito Livre. Kelsen chegou à constatação de que o problema do direito era muito mais semântico do que sintático. Daí a ênfase de Hans Kelsen na semântica.

²⁵ Segundo Lucas Buril de Macêdo [op. cit., p. 37], a aversão se estendia aos próprios juristas, a ponto de tentarem torná-los desnecessários, o que, segundo avalia, seria “*uma grande utopia*”.

²⁶ MACÊDO, Lucas Buril de. op. cit., p. 37: “*Os códigos buscam a completude, ou seja, partem da retórica de que todas as soluções já estavam neles contidas, o que não daria espaço nenhum para a criação judicial do direito: assim, o legislador faria o direito no âmbito político e o judiciário simplesmente o aplicaria tecnicamente*”.

²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 85.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Ibidem, p. 86.

³⁰ Ibidem.

Kelsen compreendeu a abertura semântica das regras jurídicas como aptas a produzir, tomando como ponto de partida uma mesma disposição, múltiplas normas, as quais se situam no interior do que o autor chama de “moldura da norma”, isto é, o conjunto dos sentidos possíveis de uma norma jurídica³¹.

À ciência do Direito cumpre traçar essa moldura, não lhe cabendo optar por esse ou aquele sentido, o que escapa à seara científica jurídica e mergulha nos confins da política. A essa interpretação, Kelsen dá o nome de interpretação não autêntica ou não vinculante, o que acabará se tornando, como se verá, o seu próprio calcanhar de Aquiles³².

Anos mais tarde, perceber-se-ia que isso tudo causaria uma profunda reviravolta na concepção do direito, o qual deixaria de ser uma prudência prática para uma técnica *poiética*. Isto é, o direito deixaria de ser sabedoria, experiências imemoriais, para se tornar uma técnica de experimentação: “domínio do futuro mediante manipulação da experiência como um dado disponível”³³.

E, em assim sendo, o direito passa a exigir uma nova técnica³⁴, um *know-how*, um saber-fazer, para que o resultado político do positivismo fosse obtido³⁵. No centro desse novo saber, estava a lei:

No sentido sociológico, positividade é, portanto, um fenômeno que no século XIX será representado pela crescente importância da lei votada pelos parlamentos como fonte do direito, em detrimento do costume, da norma costumeira, mas, também, pela sua decrescente importância como bem durável. É que o *ancien régime* caracterizara-se pelo enfraquecimento da Justiça, cuja dependência política projeta-

³¹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 40.

³² STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**: o sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 106: “(...) a sentença-decisão é um ato de vontade. Como sabemos, em Kelsen essa é a parte ruim. Essa é a parte em que Kelsen é um realista do Direito: o direito, ao fim e ao cabo, é o que o juiz-tribunal diz que é, porque a decisão é Direito”.

³³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. op. cit., p. 5.

³⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 63: “Por certo, a pretensão das teorias positivistas era oferecer à comunidade jurídica um objeto e um método seguro para produção do conhecimento científico no direito”.

³⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. op. cit., p. 5.

va-se no arbítrio das decisões. A crítica elaborada pelos pensadores iluministas e a necessidade de segurança da sociedade burguesa passaram, então, a exigir a valorização dos preceitos legais no julgamento dos fatos. Daí se originou um respeito quase mítico pela lei, base, então, para o desenvolvimento da poderosa *École de l'Exegèse*, de grande influência nos países em que dominou o espírito napoleônico. A redução do jurídico ao legal foi crescendo durante o século XIX, até culminar no chamado legalismo³⁶.

Nesse contexto, as teorias positivistas do direito estabeleceram uma premissa: “o direito, a partir de então, deveria ser visto como um objeto que seria analisado segundo critérios de uma lógica formal rígida”³⁷. Operou-se, portanto, uma cisão entre *validade e legitimidade do direito*, sendo que a primeira seria resolvida por intermédio de uma “análise lógico-semântica dos enunciados jurídicos”³⁸, ficando a segunda – que no fundo envolve uma problemática moral – relegada para o campo da teoria política.

Assim, “o positivismo atinge seu desiderato – repito, nas suas mais diversas manifestações – quando consegue descolar a enunciação da lei do mundo concreto, ou seja, quando transforma a lei em uma razão autônoma”³⁹⁻⁴⁰. Daí a razão de Tércio Sampaio Ferraz Júnior asseverar que o “direito, com a Revolução Francesa, torna-se, pois, uma criação *ab ovo*”⁴¹.

Essa questão teve em Hans Kelsen o seu corifeu, para quem a vinculação do direito à moral se revelava problemática, dada a impossibilidade de sustentar uma moral absoluta⁴². Logo, como havia várias percepções

³⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. op. cit., p. 6.

³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 63.

³⁸ Ibidem.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Ibidem. p. 64: “Essa racionalidade teórica (ou razão autônoma) possibilitou – e continua a possibilitar – “entender” o direito em sua “autônoma objetividade”. Ou ainda em outras palavras, os fatos sociais, os conflitos, enfim, a facticidade, não faziam parte das “preocupações” da teoria do direito. Portanto, ironicamente, a pretensão estabilizadora – e cientificizante – do positivismo jurídico acabou por criar uma babel resultando da separação produzida entre questões teóricas e questões práticas, entre validade e legitimidade, entre teoria do direito e teoria política”.

⁴¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. op. cit., p. 5.

⁴² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 74: “O que é importante, porém – o que tem de ser sempre acentuado e nunca o será suficientemente – é a ideia *Resenha Eleitoral (Florianópolis)*, v. 23, n. 2, p. 67-100, 2019

morais, seria impossível elencar um conceito que servisse como parâmetro seguro da determinação dos conteúdos morais das regras jurídicas.

Para Lenio Streck, “Kelsen estava convicto de que não era possível fazer ciência sobre uma casuística razão prática”⁴³. Só importavam ao positivismo, portanto, aspectos formais da ciência do direito, o que, ressalta-se novamente, acabou por se tornar o seu calcanhar de Aquiles⁴⁴.

Isso por que, ao assim proceder, as teorias positivistas colocaram em segundo plano o papel da interpretação/aplicação do direito, relegando aos magistrados, nas chamadas zonas de penumbra⁴⁵ ou nas lacunas legais⁴⁶, a discricionariedade⁴⁷ – a razão maior da insegurança jurídica⁴⁸.

de que não há uma única Moral, ‘a’ Moral, mas vários sistemas de Moral profundamente diferentes entre os outros e muitas vezes antagônicos”.

⁴³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 64.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 65: “(...) há um ponto que marca definitivamente o equívoco cometido por todo o positivismo ao apostar em certo arbútrio (eufemisticamente epitetado como ‘discricionariedade’) do julgador no momento de determinar sua decisão: sendo o ato jurisdicional um ato de vontade, ele representa uma manifestação da razão prática, ficando fora das possibilidades do conhecimento teórico. Isso ainda não foi devidamente entendido pela(s) teoria(s) do direito. Não é fácil, pois, derrotar o positivismo...”.

⁴⁵ A esse propósito, Lenio Streck [In **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 68] registra: “Até mesmo um positivista considerado moderado como Hart – este epíteto lhe foi dado por Dworkin –, ao tratar da textura aberta, procura resolver os casos difíceis (hard cases) através da interpretação das zonas de penumbra (textura aberta) da norma. Também ali não há lugar para os princípios (volta-se sempre para a contraposição ‘discursos de fundamentação-discursos de aplicação’). Abre-se, assim, a possibilidade da discricionariedade do intérprete. Afinal, se a tese hartiana da zona da penumbra (vagueza e ambiguidade da norma) é atrativa, também é verdade que ela não se resolverá na aplicação, mas, sim, no campo da conceitualização. Só que isso deixa a interpretação do direito insulado na velha razão teórica”.

⁴⁶ Ao criticar o positivismo, Lenio Streck expõe em continuação [op. cit., p. 68-69]: “(...) diante das insuficiências/limitações das regras, diante dos ‘casos difíceis’ e face à pluralidade de regras ou sentidos da(s) regra(s), o positivismo permite que o juiz faça a ‘melhor escolha’. O direito é, assim, apenas a moldura na qual serão subsumidos os ‘fatos’ (como se fosse possível separar fato e direito)”.

⁴⁷ “Kelsen já havia superado o positivismo exegético, mas abandonou o principal problema do direito: a interpretação concreta, no nível da ‘aplicação’. E nisso reside a ‘maldição’ de sua tese. Não foi bem entendido, quando ainda hoje se pensa que, para ele, o juiz deve fazer uma interpretação ‘pura da lei’”. (STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 87).

⁴⁸ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000. p. 189-190: “Toda menção a um dos princípios ‘superiores’ ao direito escrito leva – quando a Justiça os invoca – à suspensão das disposições normativas individuais e a se decidir o caso concreto

Como já se demonstrou, nenhum sistema de normas consegue abarcar todas as hipóteses fáticas⁴⁹. E isso é natural. Todavia, a forma como os positivistas lidaram com a incompletude acabou por gerar uma contradição interna insuperável de sua própria teoria positivista: o subjetivismo do intérprete se sobrepõe à objetividade do sistema normativo⁵⁰.

A título ilustrativo, cabe mencionar a inconstitucionalidade declarada pelo Tribunal Superior Eleitoral ao instituto processual dos prejudgados, previsto no artigo 263 do Código Eleitoral.

Diz o Código: “Art. 263. No julgamento de um mesmo pleito eleitoral, as decisões anteriores sobre questões de direito constituem prejudgados para os demais casos, salvo se contra a tese votarem dois terços dos membros do Tribunal”.

Ao tê-lo por inconstitucional, o Tribunal Superior Eleitoral, no julgamento do Recurso nº 9.936/RJ, acompanhou à unanimidade o voto do Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, que, a propósito do tema, assim se manifestou – *verbis*:

Senhor Presidente, refleti sobre o tema e acabei me convencendo da inconstitucionalidade. É óbvio que a hipótese é um pouco diversa da do prejudgado trabalhista que é significativamente mais rígido; primeiro porque o trabalhista se impunha diretamente aos órgãos inferiores da estrutura da Justiça do Trabalho, enquanto o prejudgado eleitoral tem eficácia restrita a cada Tribunal; no tempo, enquanto o

de forma inusitada. Assim, enriquecido por pontos de vista morais, o âmbito das ‘proibições’ legais pode ser arbitrariamente estendido ao campo extrajudicial das esferas de liberdade. Somente a posteriori, por ocasião de um processo legal, é que o cidadão experimenta o que lhe foi ‘proibido’, aprendendo a deduzir para o futuro o ‘permitido’ (extremamente incerto) a partir das decisões dos tribunais. Os espaços de liberdade anteriores dos indivíduos se transformam então em produtos de decisão judicial fixados caso a caso?”.

⁴⁹ “A impossibilidade de previsão, nas leis escritas, das soluções dos casos ou dos problemas concretos deriva, na essencialidade de sua longa história, de que os atos humanos, as condutas das pessoas e as surpresas de suas relações sociais são completamente rebeldes a tratamentos apriorísticos ou generalistas, precisamente porque decorrem de manifestações subjetivas irrepetíveis e subjetivamente variáveis de uma para outra pessoa, ou seja, são sempre contextuais”. (MAIA FILHO, Napoleão Nunes. **Princípios jurídicos e garantismo judicial**: atitude antipositivista e jurisdição includente. Fortaleza: Imprece, 2016. p. 198).

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 69: “E esse saber operacional permanece calcado exatamente na ‘hipótese positivista’ ou ‘fator discricionário’: quando a razão teórica não consegue responder todas as perguntas – que, abstratamente, são feitas antes da aplicação, porque ainda cindem interpretação-aplicação –, delega-se o poder de ‘colmatar o sistema’, paradoxalmente, àquilo que o positivismo queria ‘isolar’, à razão prática, que, como sabemos, vem ‘civada’ de subjetividade”.

prejulgado trabalhista é de duração indeterminada, o eleitoral só vige no mesmo período eleitoral em que assentado.

Dois, porém, são os pontos em que me parece haver o choque com a Constituição.

O primeiro é idêntico ao do prejulgado trabalhista. Apesar das diferenças notadas, a menor extensão orgânica, a temporariedade e a maior flexibilidade – porque ainda neste período se permite a revisão por um quórum qualificado – o que é certo e que também o prejulgado trabalhista faz de um precedente jurisprudencial como norma vinculante da decisão do Tribunal. Logo, dá ao precedente judicial força de lei, o que viola o princípio de separação funcional aos poderes. O exemplo que estamos vivendo é manifesto: o Tribunal, em sua composição plenária, por maioria absoluta, se manifesta no sentido de conhecer de determinado recurso, mas a aplicação da regra do prejulgado levaria, não obstante, a proclamar que o recurso não fora conhecido. E a minuta teria de consignar: “não conhecido por maioria de voto.” Aqui está à prova de que se sobrepõe, a independência jurídica dos juízes, que, nos colegiados, por maioria, compõem a decisão do Tribunal, se sobrepõe um precedente de jurisprudência.

Anoto mais, Senhor Presidente, que o Tribunal, de certo modo, já se antecipou à condenação do prejulgado. Nossa recente emenda regimental adota expressamente o mecanismo da súmula, e a ideia de súmula é incompatível com a ideia de prejulgado. A súmula é apenas – tivemos oportunidade de dizer, o eminente Ministro Carlos Velloso, Relator e eu, no voto – vista, na decisão da Ação Direta nº 594, que a súmula é uma forma de proclamação solene, um instrumento de relativa estabilidade da jurisprudência, que não pretende, jamais, impor ao Tribunal a proclamação de uma decisão contra a convicção de sua maioria. Apenas quer que esta mudança de jurisprudência seja consciente; este é o grande propósito da súmula, estabelecer um procedimento de mudança da jurisprudência, sem nenhum quórum qualificado. A grande revolução da súmula foi tentar pôr fim à jurisprudência lotérica, à decisão lotérica, às mudanças inconscientes do entendimento do Tribunal. Mas, uma vez posta conscientemente a questão, uma súmula não constitui nenhuma limitação à afirmação da independência jurídica e da convicção de cada juiz sobre a tese jurídica posta.

Ocorre-me, afinal, mais uma consideração. É tão violenta a força vinculante que o prejulgado pretende, que ele é maior do que a força obrigatória da lei. Veja V. Exa.: se nesta votação, tivermos quatro votos pela inconstitucionalidade de uma lei, podemos deixar de

aplicá-la; mas tínhamos que ter cinco votos para deixar de aplicar o critério de um precedente que, ao ver da maioria do Tribunal, não interpretou bem a lei.

De tal modo, Senhor Presidente, que meu voto incidentemente declara inconstitucional o art. 263 desde a Constituição de 46, sob a qual foi editado⁵¹.

Assim se deu o julgamento, é óbvio, porque o raciocínio positivista que imperava à época tinha por inconcebível que um Tribunal ficasse vinculado às próprias decisões, sendo que, atualmente, é o contrário que causa espanto.

De todo modo, pode-se verificar que é o livre convencimento (decido conforme e somente conforme a minha própria consciência), próprio do positivismo então vigente, ainda que não explicitado na decisão, o fundamento de relevo para se afastar a validade do instituto do prejudgado, como pode se extrair do seguinte excerto do voto alhures transcrito: “uma súmula não constitui nenhuma limitação à afirmação da independência jurídica e da convicção de cada juiz sobre a tese jurídica posta”⁵².

Nesse mesmo sentido, voltou a decidir o Tribunal Superior Eleitoral em 21 de março de 1996, ou seja, 4 (quatro) anos depois, reafirmando-se o entendimento de que o prejudgado é incompatível com a Constituição Federal por “estabelecer o efeito vinculante”⁵³.

Daí porque o intérprete, no atual estágio normativo, e levando-se em consideração a perspectiva do positivismo, sai da qualidade de escravo da lei para uma posição sobranceira no sistema, sem qualquer amarra à sua decisão que não seja o seu convencimento sobre a interpretação da lei,

⁵¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso nº 9.936 – Classe 4ª – Nova Friburgo – RJ**. Recurso especial: regularidade da apresentação do partido político pelo Diretório Municipal na sua interposição [...]. Relatora: Min. Sepúlveda Pertence, acórdão de 14 de setembro de 1992. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>. Acesso em: 12 jan. 2019.

⁵² Idem.

⁵³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Embargos de Declaração no Recurso Especial Eleitoral nº. 12.682 – Goiás (Anápolis)**. Embargos declaratórios. Omissão. Contradição. Exsurgindo do acórdão proferido qualquer dos vínculos suficientes a impulsionar os declaratórios – omissão, contradição e obscuridade – impõe-se-lhes o acolhimento [...]. Relator: Min. Marco Aurélio, acórdão de 21 de março de 1996. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>. Acesso em: 12 jan. 2019.

sobremodo no atual estágio em que, por conta da própria evolução social, as normas tendem a ter a textura mais aberta⁵⁴, dado o dinamismo do mundo⁵⁵.

⁵⁴ É esse o caso de algumas das hipóteses (alíneas “g” e “I”, para ser mais preciso) de inelegibilidade advindas com a Lei Complementar nº. 135/2010, que transferem ao Juiz Eleitoral a possibilidade de significação de seus conteúdos vagos, causando insegurança jurídica.

⁵⁵ Por todos, FARIA, José Eduardo. **Sociologia jurídica: direito e conjuntura**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 45-6: “*Após os conhecidos processos de ‘publicização do direito privado’ e subsequente ‘administrativização do direito público’ ocorridos no âmbito do Welfare State entre o final dos anos 40 e início dos anos 70, o que se tem a partir das décadas de 80 e 90 é um ordenamento jurídico à primeira vista cada vez mais fragmentado — ou seja, sem unidade lógica, sem coerência programática e sem rigor conceitual. Portanto, um ordenamento incapaz de abarcar as incertezas do sistema social, de conter e prover a solução de todos os problemas jurídicos, de filtrar, absorver e regular novos tipos de conflito, de assegurar calculabilidade e previsibilidade das condutas sociais e de dar conta da emergência de novas categorias de atores econômicos, sociais e políticos, que abalaram o monopólio que os Estados detinham, quer em relações locais, quer em relações internacionais. Na medida em que muitos desses problemas são equacionados por normatividades paralelas ou justapostas, pois uma parte significativa das atividades econômicas transnacionais fica fora do alcance dos tradicionais instrumentos de controle e gestão do Estado-nação, o ordenamento jurídico estatal tende a perder sua centralidade e, acima de tudo, sua exclusividade. Ainda que continue permanecendo como referência básica para os cidadãos comuns, na prática ele passa a sofrer a concorrência de outras orientações, identidades, determinações e formas de gestão. Com isso, deixa de ser o eixo de um sistema normativo único, com feições basicamente piramidais e assentado num conjunto hierarquizado de regras subordinantes (top-down control), para se tornar parte de um polissistema (multi-level system), com suas formas e categorias públicas, privadas e híbridas; ao mesmo tempo, deixa também de ser a fonte de legitimidade de uma ordem jurídica autocrática nos estritos limites de um território (Canotilho, 1998 e 2006-b; Moreira, 2001; Sand, 2002 e 2004; Sassen, 2004; e Picciotto, 2007) e passa a abrir-se progressivamente a normas oriundas de organismos multilaterais, de centros regionais e de poderes locais, bem como de agentes de mercado que, valendo-se de seu poder econômico e financeiro, transformam faticidade em normatividade e disputam com o Estado o monopólio da produção do direito (Santos, 1996, 1999 e 2001). A exemplo do próprio Estado-nação, que nesse cenário vai deixando de ser um ator exclusivo e privilegiado para se converter num marco a mais entre tantos outros nas negociações econômicas, políticas e sociais, e cujo poder real em muitos casos só lhe permite adequar-se a um quadro que em muito o transcende, esse ordenamento é constituído como mais um sistema normativo, entre vários outros igualmente válidos. Do ponto de vista de sua arquitetura interior, esse ordenamento se destaca por sua legislação basicamente “des-codificada”, formada pela multiplicação desenfreada de leis especiais sobre matérias cada vez mais técnicas e específicas nos planos cível, societário, falimentar, econômico, tributário, fiscal, administrativo, previdenciário, sindical, trabalhista, de segurança social, penal, ambiental etc. Expressando-se sob a forma de uma combinatória de normas de organização, normas de conduta, normas programáticas ou principiológicas, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, essas leis especiais, inter cruzando-se continuamente, terminam produzindo inúmeros microssistemas e distintas cadeias normativas no âmbito do direito positivo. Assumindo assim a forma de redes, esses inúmeros microssistemas legais e essas distintas cadeias normativas se caracterizam pela extrema multiplicidade, variedade e heterogeneidade de suas regras e de seus mecanismos processuais; pela evidente provisoriidade e mutabilidade de suas engrenagens normativas, uma vez que as regras já não são mais relativamente estáveis, modificando-se no curso da partida; pela tentativa de acolhi-*

O referido fenômeno normativo, que muda a compreensão do Direito enquanto sistema codificado para um sistema de normas abertas⁵⁶, causa uma verdadeira revolução⁵⁷, um verdadeiro *tsunami* nas ciências jurídicas, sobretudo quando os juristas ainda laboram com o antigo método interpretativo do positivismo, teoria que se sedimentou na ideia de um sistema de normas analíticas.

No ponto, cabe registrar a doutrina de Roberto Freitas Filho:

Há, no discurso sobre o direito, a reiteração de que houve uma mudança na forma de legiferar, no sentido da modificação da técnica legislativa pela introdução das cláusulas gerais, dos conceitos jurídicos indeterminados e dos princípios, tendo a mudança ocorrido em função das normas permitirem uma maior mobilidade do aplicador para que sejam implementadas políticas e sejam nas subsumidos fatos que se modificam na sua expressão concreta do dia a dia, permitindo que haja uma aplicação prospectiva. Há, dessa forma, a preservação da norma enquanto tal e, ao mesmo tempo, sua aplicabilidade a novas formas de relação que não foram previstas quando do momento da positivação⁵⁸.

mento de uma pluralidade de pretensões contraditórias e, na maioria das vezes, excludentes; pela geração de conflitos e discussões extremamente complexas, em matéria de hermenêutica, exigindo dos operadores e dos intérpretes conhecimentos especializados não apenas no âmbito do direito positivo, mas, igualmente, nos planos da macroeconomia, da engenharia financeira, da contabilidade, das técnicas de auditoria e compliance, das ciências atuariais, da tecnologia de comunicações, da informática, da análise de risco sistêmico etc?

⁵⁶ Sobre a utilização de conceitos jurídicos indeterminados no Direito Eleitoral, confira-se, dentre outros, DUARTE, Michelle Pimentel. **Processo judicial eleitoral: jurisdição e fundamentos para uma Teoria Geral do Processo Judicial Eleitoral**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 109-114.

⁵⁷ Ao analisar o Direito na atualidade, François Ost registra: “*jamás se ha hablado tanto como hoy de los principios generales del Derecho, gracias especialmente al trabajo creativo de las altas jurisdicciones nacionales y europeas*” (OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. **Revista sobre enseñanza del Derecho**, Buenos Aires, n. 8, p. 101-130, 2007. p. 121).

⁵⁸ FREITAS FILHO, Roberto. **Intervenção judicial nos contratos e a aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso leasing**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009. p. 28.

Sem nenhuma amarra, o magistrado, nesse sistema que foi criado para contê-lo, assenhorou-se do Direito. Isso não podia (ou não pode...) continuar assim⁵⁹.

3 O papel da interpretação/aplicação do direito no atual estágio jurídico do pós-positivismo jurídico

A ideia geral e centenária da subsunção positivista (que apregoava as plenas autonomia e objetividade do direito⁶⁰) – aquela que sustentava a premissa do juiz como mero replicador da lei; a magistratura como reduzida “a boca da lei”⁶¹; *pappagallo dela legge*⁶² (papagaio da lei) – morreu. Como já previamente registrado neste trabalho, não há mais como o jurista do século XXI ignorar a função criadora⁶³ da interpretação/aplicação judicial do direito⁶⁴⁻⁶⁵

⁵⁹ Ibidem, p. 28-9: “O pressuposto do argumento é que a construção da decisão na qual se aplicam normas abertas é diferente daquela na qual se aplicam normas casuísticas, as quais chamo de ‘normas fechadas’. A diferença não está em que se proceda ou não por dedução no momento de decidir, já que neste particular qualquer decisão segue necessariamente ao procedimento silogístico. O que há de diferente na aplicação das normas abertas é que o sentido descrito da norma não está expresso a priori em seu texto, ou seja, é necessário que o aplicador venha a especificar os elementos que compõem a regra na ratio decidendi da decisão”.

⁶⁰ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 612: “Em nossa época pluralista e científica, as tentativas de voltar a ter confiança na autonomia e objetividade do direito parecem fúteis”.

⁶¹ “Os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais do que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar sua força nem seu rigor”. (MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 2. ed. Brasília, DF: UNB, 1995. v. 6. p. 123).

⁶² ZAGREBELSKY, Gustavo; BRUNELO, Mario. **Interpretare**: dialogo tra un musicista e un giurista. Milano: Società editrice il Mulino, 2016. p. 52.

⁶³ Em sua experiência como magistrado nos Estados Unidos da América, Benjamin Cardozo (op. cit., p. 122) diz que, em uma parcela dos casos, “a decisão num ou noutro sentido será levada em conta no futuro e poderá avançar ou retardar, ora muito, ora pouco, o desenvolvimento do Direito. São esses os casos em que o elemento criativo do processo judicial encontra sua oportunidade e potencialidade”. Em seguida, o autor (op. cit., p. 123) arremata: “É aqui que o juiz assume a função de legislador”. É preciso ter em mente que isso fora dito na década de 30 do século passado.

⁶⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Direito e política. Silêncio do legislador, interpretação e analogia. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 661.

⁶⁵ “A lei vincula seus destinatários, não seus intérpretes”. (ADOMEIT, Klaus. **Juristische Methode**. In: GÖRLITZ, Axel (ed.). *Handlexikon zur Rechtswissenschaft*. München: Ehrenwir-

Aliás, o raciocínio não é de hoje. Já para Larenz, sustentar que “o processo de uma dedução da maior parte das decisões a partir da lei por meio da subsunção lógica (da situação do fato sob a previsão de uma norma legal) ou é geralmente inadequado ou então só lhe reconhecem um significado mínimo”⁶⁶.

Como se vê, o fascínio pela subsunção/silogismo e a ideia da lei como fonte formal única do Direito parecem ser mesmo fruto da transmissão irrefletida das ciências jurídicas, em especial no Brasil contemporâneo.

Mas havia exceções. Por todos, urge rememorar e fazer justiça aos escritos de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda:

(...) O princípio de que o juiz está sujeito à lei é, ainda onde o meteram nas Constituições, algo de ‘guia de viajantes’, de itinerário, que muito serve, mas nem sempre basta. (...) Se entendermos que a palavra ‘lei’ substitui a que lá deverá estar, ‘direito’, já muda de figura. Porque o direito é conceito sociológico, a que juiz se subordina, pelo fato mesmo de ser instrumento da realização dele. E esse é o verdadeiro conteúdo do juramento do juiz, quando promete respeitar e assegurar a lei. Se o conteúdo fosse o de impor a letra legal, e só ela, aos fatos, a função judicial não corresponderia àquilo para que foi criada: apaziguar, realizar o direito objetivo. Seria a perfeição em matéria de braço mecânico do legislador, braço sem cabeça, sem inteligência, sem discernimento, mas antissocial e, como a lei e a jurisdição servem à sociedade, absurda. (...) Seria pouco provável a realizabilidade do direito objetivo, se só fosse a lei: não apenas pela inevitabilidade das lacunas, como porque a própria realização supõe provimento aos casos omissos e a subordinação das partes imperfeitas aos princípios do próprio direito a ser realizado⁶⁷.

th, 1972. p. 217-220 *apud* MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000. p. 198).

⁶⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 215.

⁶⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. T. VI. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 288-292 *apud* GRAU, Eros Roberto. *op. cit.*, p. 72.

Mesmo Kelsen, tido como o pai dos positivistas⁶⁸, nunca apreendeu essa visão estreita das fontes do Direito. Ao se referir à moldura como espaço do processo cognitivo do direito, deixava o autor, e isso é inegável, larga margem de atuação ao intérprete final: o juiz. Em seus próprios termos, “(o) direito a aplicar forma (...) uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”⁶⁹.

Mas Kelsen era um positivista-normativista e sustentou tal teoria na metade do século XX. Jamais imaginaria o tamanho da moldura no sistema normativo contemporâneo, o qual adota normas abertas, “ou seja, as cláusulas gerais, os conceitos jurídicos indeterminados e os princípios”, os quais demandam do aplicador, com ainda maior razão, “um papel ativo na determinação de seu sentido ao aplicá-las aos casos concretos”⁷⁰.

E cada preenchimento dessa moldura vai propiciando uma ressignificação⁷¹ do direito, por intermédio da formação de uma cadeia de precedentes judiciais a propósito de cada norma jurídica⁷². Tal qual ensina José La-

⁶⁸ Aliás, mesmo os positivistas assim declarados não enxergavam o Direito como fruto da mera legalidade, o que foi difundido durante muito tempo no Brasil de forma equivocada. Por todos, confira-se HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 269 – *verbis*: “De acordo com minha teoria, a existência e o conteúdo do direito podem ser identificados por meio de referência às fontes sociais do direito (por exemplo, a legislação, as decisões judiciais, os costumes sociais) (...)”.

⁶⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. (Trad.) João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 390.

⁷⁰ FREITAS FILHO, Roberto. *op. cit.*, p. 28.

⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes**: justificativa do Novo CPC. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 106: “*Há uma relação de continuidade entre a solução da nova questão e o precedente, conferindo à atividade judicial um modo de pensar que vai se desenvolvendo aos poucos, similar ao raciocínio de um jurista que dá continuidade ao tratamento de um tema que engloba vários ensaios ou livros. A diferença mais saliente é que, no caso dos precedentes, o raciocínio não é de uma mesma pessoa, mas de juízes que, exatamente porque integram uma instituição, devem admitir, sem contestar, o que já foi definido no precedente, dando prosseguimento ao discurso da Corte para solucionar a nova questão*”.

⁷² Nesse sentido, veja-se a lição de Maurício Ramires. **Diálogo Judicial Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 31: “(...) quando alguém interpreta um texto constitucional contemporâneo, ele interpreta simultaneamente a história do constitucionalismo que vem à tona no horizonte do intérprete e o ajuda a situá-lo no espaço e no tempo. Não que o intérprete deva estudar e conhecer em detalhes toda essa história, com o rigor do historiador profissional. Mas deve, isto sim, fazer esforço suficiente para saber e reconhecer que os pilares que sustentam a Constituição em sentido moderno, isto é,

mego, “o aditamento de sentido que se opera em cada nova interpretação e o carácter ‘único’ de cada situação são manifestos na hermenêutica jurídica”⁷³.

Nesse sentido, adverte Humberto Ávila que: “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”⁷⁴.

Embora isso seja factível atualmente, é preciso reconhecer que o momento crucial; decisivo para o reconhecimento dessa visão se deu com o giro linguístico-hermenêutico da filosofia e sua consequente influência no direito⁷⁵.

De forma sucinta, o giro linguístico-hermenêutico alterou o conceito e o fundamento da verdade. Antigamente, como explica Abboud, o conceito de verdade era *correspondencial* (também chamado paradigma da adequação ou objetivista), isto é, “aquele que acredita ser verdade o produto da correspondência da coisa ao intelecto”⁷⁶.

Esse primeiro paradigma, que predominou na antiguidade clássica e na filosofia medieval, sofreu duro golpe na revolução copernicana operada por Kant, a partir da qual se tem um novo conceito de verdade⁷⁷. Ainda com esteio na lição de Abboud, “a verdade passa a ser uma construção subjetiva do sujeito congnovente, possibilitando-se falar em um conceito subjetivista de verdade”⁷⁸.

o Estado de direito, a democracia e os direitos fundamentais, não são meras palavras ao vento; são antes conquistas que remontam a muitos séculos de avanços e retrocessos?”

⁷³ LAMEGO, José. **Hermenêutica e jurisprudência: análise de uma recepção**. Lisboa: Fragmentos, 1990. p. 92.

⁷⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 30.

⁷⁵ Por todos, ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 55-102.

⁷⁶ Op. cit., p. 66-68.

⁷⁷ Ao contrapor o positivismo (representado pelo Juiz Júpiter) e o realismo jurisprudencial (representado pelo Juiz Hércules), para se chegar, então, à sua teoria pluralista do Direito, François Ost indaga: “¿No es tiempo de pensar el Derecho como circulación incesante de sentido, más que como discurso de la verdad?” (OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. **Revista sobre enseñanza del Derecho**, Buenos Aires, n. 8, p. 101-130, 2007. p. 114).

⁷⁸ Idem.

A filosofia da linguagem assume papel sobranceiro. A linguagem deixa de ser instrumento para ser elemento constituidor da verdade⁷⁹. Conforme Gadamer, “a linguagem não se posiciona ao lado da arte, do direito e da religião, mas representa o medium sustentador de todos esses fenômenos”⁸⁰.

A sua influência nas ciências jurídicas é bem aquilatada por Castanheira Neves, para o qual

o direito é linguagem, e terá de ser considerado em tudo e por tudo como uma linguagem. O que quer que seja e como quer que seja, ao que quer que ele se proponha e como quer que nos toque, o direito é-o numa linguagem e como linguagem – propõem-se sê-lo numa linguagem (nas significações linguísticas em que se constitui e se exprime) e atinge-nos através dessa linguagem, que é⁸¹.

A interpretação jurídica, portanto, deixa de ser um problema estrita e rigorosamente hermenêutico⁸² e passa a ser um problema essencialmente normativo, isto é, “a interpretação jurídica só será entendida em termos metodologicamente correctos se for vista como determinação normativo-pragmaticamente adequada de um critério jurídico do sistema do direito vigente para a solução do caso decidendo”⁸³.

E conclui Castanheira: “Vimos a resposta que o modelo tradicional dava a esta questão do objecto da interpretação – o objecto da interpretação seria o texto da norma jurídica. E vimos também por que essa

⁷⁹ “(...) a linguagem passa a ser constituinte e constituidora do mundo do homem”. (ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 71).

⁸⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 89 apud ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 68.

⁸¹ NEVES, Antonio Castanheira. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 90.

⁸² “Nos sistemas de civil law há intensa preocupação com a ciência do direito. Busca-se enunciar o direito a partir de conceitos, tais conceitos seriam logicamente inferidos de outros e deles vários novos conceitos poderiam ser deduzidos. O trabalho, até mesmo prático, muitas vezes se limita a operar com conceitos abstratos, negligenciando a facticidade, e por outras tentar elevar o que é feito em um caso concreto a uma conceptualização abstratizada: assim os juristas acabam mais preocupados em encontrar teorias cientificamente aplicáveis do que em resolver problemas práticos com justiça”. (MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. op. cit., p. 42)

⁸³ NEVES, Antonio Castanheira. op. cit., p. 142.

resposta não pode manter-se: o problema da interpretação jurídica não é hermenêutico – mas normativo”⁸⁴.

Sobre a temática, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, no que chamou de *Prefácio de um Posfácio*, registrou:

A subsunção é, aos poucos, sobrepujada pela ponderação de princípios, pois os juízes não aplicam apenas a legislação, mas fazem constantes referências aos princípios jurídicos. Antes, os princípios eram invocados para integrar o direito, isto é, apenas nos casos de lacunas (nesse sentido deles fala a nossa *Lei de Introdução*). Com isso, à primeira vista, parece que o juiz, agora, tem uma liberdade muito maior para reconstruir e até construir o direito, que antes era assumido como um dado. Mesmo porque o rol de princípios admitidos não limita a princípios expressos na legislação ordinária e constitucional, mas são “descobertos” a partir das exigências decisórias. Não que isso não ocorresse no passado. Mas era algo revelado pela doutrina por força de exigências sistematizadoras do material obrigacional contido no ordenamento, e não pela jurisprudência como suporte direto da decisão do caso concreto.

Em consequência, passamos da centralidade da lei para a centralidade da jurisdição, jurisdição entendida em sentido amplo: *os tribunais judiciais, tribunais de arbitragem, as agências administrativas com poder judicante (com tribunais e conselhos administrativos), os órgãos da administração direta (que dizem o direito por meio de sentenças, acórdãos, decisões interlocutórias, resoluções, pareceres normativos)*.

Por isso a tensão se desloca do legislador/doutrina dogmática para o juiz/doutrina dogmática. O problema da aplicação, da justificação da decisão jurídica ganha uma importância inédita⁸⁵.

Embora a referida percepção seja aparentemente nova, pelo menos no Brasil, Friedrich Müller, pai da teoria estruturante do Direito, há pelo menos 50 (cinquenta) anos, já criticava o positivismo legalista – *verbis*:

(...) se evidenciou que o positivismo legalista ainda não superado pela teoria e práxis refletidas, com a sua compreensão do direito como sistema sem lacunas, da decisão como uma subsunção estritamente lógica, e com a sua eliminação de todos os elementos da ordem social

⁸⁴ *Ibidem*, p. 143.

⁸⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **O direito, entre o futuro e o passado**. São Paulo: Noeses, 2014. p. XV.

não reproduzidos no texto da norma é tributário de uma ficção que não pode ser mantida na prática⁸⁶.

Os enunciados normativos, no atual estágio, não são apenas os atos normativos primários, como ocorria na época do legalismo. Mais que isso, neste grupo incluem-se os precedentes, os quais vão formando, ao longo do tempo, o corpo jurídico íntegro⁸⁷ (romance em cadeia⁸⁸) a que faz alusão R. Dworkin, no qual o cidadão deposita confiança ao se planejar para agir.

Nesse sentido, verifique-se a didática lição de Dworkin: “um juiz ou um cidadão que precisa decidir o que é direito quando se vê diante de alguma questão complexa, deve interpretar o direito do passado para descobrir quais os princípios melhor o justificam e, em seguida, decidir o que tais princípios exigem no novo caso”⁸⁹.

A esse propósito, confira-se, uma vez mais, o escólio de F. Müller:

A não identidade de norma e texto da norma, a não vinculação da normatividade a um teor literal fixado e publicado com autoridade, ressalta também do fenômeno do direito consuetudinário. Não se duvida da sua qualidade jurídica, embora ele não apresente nenhum texto definido com autoridade. Essa propriedade do direito, de ter sido elaborado de forma escrita, lavrado e publicado segundo um determinado procedimento ordenado por outras normas, não é idêntica à sua qualidade de norma. Muito pelo contrário, ela é conexa a imperativos do Estado de Direito e da democracia, característicos do Estado constitucional burguês da modernidade. Mesmo onde o direito positivo dessa espécie predominar, existe *praeter constitutionem*

⁸⁶ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 48.

⁸⁷ Neste sentido, ABOUD, Georges. op. cit., p. 77: “(...) a norma é um produto da interpretação, ela tem o caráter de atribuição de sentido a um texto que se manifesta na linguagem a partir de um processo de mediação com a Tradição, que é o espaço de atuação do jurista. A atividade interpretativa é sempre histórica, porque o texto somente é abordável a partir da historicidade do intérprete”.

⁸⁸ A esse propósito, confira-se o escólio de STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 86: “(...) a integridade na aplicação do direito significa reconstrução histórica da cadeia de casos interpretados/julgados (doutrina e jurisprudência)”.

⁸⁹ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 200.

um direito (constitucional) consuetudinário com plena qualidade de norma. *Além disso, mesmo no âmbito do direito vigente, a normatividade que se manifesta em decisões práticas não está orientada linguisticamente apenas pelo texto da norma jurídica concretizada. A decisão é elaborada com ajuda de materiais legais, de manuais didáticos, de comentários e estudos monográficos, de precedentes e de material do Direito Comparado, quer dizer, com ajuda de numerosos textos que não são idênticos ao que transcendem o teor literal da norma*⁹⁰. (grifo nosso)

A norma, portanto, só é alcançada; produzida ao final. Antes, o que se tem é enunciado normativo⁹¹. E, no caso específico do Direito Eleitoral, a doutrina ainda está com a cabeça no modelo antigo. José Jairo Gomes assevera que são fontes desse microssistema apenas aquelas “normas jurídicas emanadas do Estado, em geral decorrentes de regular processo legislativo, constitucional ou infraconstitucional”⁹².

Por sua vez, Frederico Franco Alvim, com esteio no magistério de Miguel Reale, defende que “a despeito de sua magnitude, não se admite que a atividade judicante pretenda açambarcar o processo de gênese normativa”⁹³.

Parece estar com razão Antônio Veloso Peleja Júnior que, ao tratar do “Direito Eleitoral e suas normas”, enfatiza a influência das decisões da Corte Superior Eleitoral em relação às instâncias inferiores, as quais, segundo o autor, são ordinariamente seguidas de forma pacífica pelos juízes e Tri-

⁹⁰ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 54-5.

⁹¹ “Norma, dessa forma, seria a interpretação conferida a um texto (enunciado), parte de um texto ou combinação de um texto. Não existe norma antes da interpretação ou independentemente dela. Interpretar é produzir uma norma e ela é produto do intérprete”. (ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 65)

⁹² GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. p. 31. É bem verdade que o autor, no rol estabelecido nas páginas 32 e 33, cita – após mencionar a Constituição, os Tratados Internacionais e as legislações domésticas – as consultas e as decisões da Justiça Eleitoral. Entretanto, quanto à consulta, assevera ser ato normativo em tese “sem efeitos concretos”, isto é, sem “força executiva”, ou seja, sem a nota da vinculação, própria dos precedentes. Quanto às decisões judiciais, diz carecerem estas de “*nota de generalidade*”, ou seja, apregoa a eficácia meramente *inter partes* dos pronunciamentos da Corte de Vértice, ignorando o caráter transcendental dessas decisões.

⁹³ ALVIM, Frederico Franco. **Curso de Direito Eleitoral**. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2016. p. 41. O autor, todavia, reconhece, acertadamente, a resposta às consultas como “*uma espécie de fonte formal de Direito Eleitoral*”.

bunais Regionais Eleitorais. Essa realidade, sustenta, “tende a se acentuar em face da edição do novo CPC, que estimula a adoção dos precedentes”⁹⁴.

Mas isso não significa, evidentemente, uma ampla e perigosa carta branca ao Poder Judiciário. Consoante advertência de Georges Abboud, “ao afirmar que o processo interpretativo é produtivo e não reprodutivo, não pode dar azo a interpretações fruto de uma compreensão equivocada do que se fala. O produtivo aqui mencionado não se refere a um ativismo judicial desmedido a partir do qual o próprio juiz criaria a lei para o caso”⁹⁵.

Forte nessa preocupação tocante aos limites da interpretação judicial, Ana Paula de Barcellos, em reflexivo excerto, bem delimita o término da função do Legislativo e o papel posterior do Poder Judiciário na significação dos enunciados normativos:

(...) Por outro lado, no entanto, é certo que as atividades legislativa e jurisdicional não são fungíveis, e, embora possa haver áreas de aproximação importantes, existem igualmente distinções fundamentais que estruturam o próprio Estado democrático de direito. Continua a ser vedado ao juiz, em um Estado democrático de direito, inovar na ordem jurídica sem fundamento majoritário, sob pena de usurpar a competência própria dos demais poderes estatais. Entretanto, quais são essas distinções e, portanto, quais os limites da atividade jurisdicional, em face do princípio da legalidade? Qual o ponto de equilíbrio?

Os limites tradicionais que conduziam a atividade jurisdicional eram, e continuam a ser, os elementos semântico, histórico, sistemático e teleológico de interpretação. A decisão judicial deve se reportar a um texto normativo compreendido no sistema no qual se insere, tendo a Constituição em seu cimo hierárquico. Ainda que o texto não seja unívoco, não admitirá uma infinidade de interpretações, estabelecendo desde logo um campo máximo possível de sentidos⁹⁶.

⁹⁴ PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. **Direito Eleitoral**: aspectos processuais, ações e recursos. 5. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2018. p.44.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 80.

⁹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *op. cit.*, 662.

Portanto, a função criadora da atividade interpretativa encontra limite na vinculação da decisão judicial ao sentido possível de um texto normativo e no sistema⁹⁷ no qual está inserido. Tal premissa é inafastável⁹⁸.

No fundo, a discussão remonta à preocupação a propósito da separação entre direito e política⁹⁹ (como se fosse possível fazer uma cisão integral). É que a aplicação do direito contempla, dada a inevitável incompletude das leis gerais, a atividade supletiva do magistrado, o qual, como cidadão inserido dentro de uma dada ordem social, não pode ser tido por um ser totalmente neutro¹⁰⁰.

Nesse sentido, Dieter Grimm, ao tratar da tensão entre política e direito, ensina:

Tal despolitização interna da aplicação do direito pressuporia que as normas jurídicas deliberadas pelo legislador pudessem determinar por completo a decisão de todos os fatos isolados, mas isso só seria o caso se na legislação estivessem previstos todos os casos possíveis de ocorrer e estes fossem regulamentados pela lei. Uma ordem jurídica que quisesse satisfazer essa condição deveria ser livre de lacunas e de

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes**: justificativa do Novo CPC. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 100: “(...) *mais do que as partes envolvidas no litígio, toda a sociedade tem interesse em controlar o exercício do poder das Cortes Supremas. Mais claramente, têm concreto interesse todos àqueles que podem ser potencialmente atingidos pela solução instituída no precedente. Resulta disso é a técnica que abre oportunidade para a intervenção de amicus curiae no STF e no STJ*”.

⁹⁸ Por todos os críticos, ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 79: “*Nossa sociedade não tomou a decisão constitucional de facultar o sufrágio universal para depois dar meia volta e sobrepor às decisões populares os valores dos juristas de primeiro escalão*”.

⁹⁹ GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Dey Rel, 2006. p. 14-5: “*A separação entre direito e político no nível de aplicação do direito é uma separação institucional. Ela protege os órgãos da jurisdição em sua atividade aplicadora diante de qualquer influência por parte da política, particularmente por parte dos órgãos públicos decisórios e dos partidos políticos neles atuantes. O caminho unicamente legítimo do controle de conteúdo da jurisdição reside na promulgação das normas gerais que devem ser utilizadas pelos tribunais e das quais estes não podem se dispensar. Caso a aplicação das normas pelos tribunais conduza a resultados indesejados politicamente, estes podem ser corrigidos no futuro por uma reforma da norma, mas não por influência sobre processos correntes, ficando, assim, excluídas influências políticas externas sobre a aplicação do direito*”.

¹⁰⁰ GRIMM, Dieter. op. cit., p. 15: “*(...) a separação entre direito e política no nível da aplicação do direito não significa que o procedimento da aplicação judicial do direito também seja internamente apolítico, ou seja, não deixe espaço para nenhum tipo de decisões constitutivas ou não possa desenvolver nenhum efeito político que ultrapasse o efeito político das normas gerais*”.

contradições, inequívoca na linguagem e independente de mudança social. Só essa listagem já basta para deixar claro que não se pode contar com uma ordem jurídica assim. As normas gerais somente são capazes de determinar mais ou menos a solução de casos individuais. A dimensão da determinação depende de vários fatores, em especial da densidade da regulamentação, da idade das normas jurídicas e da dinâmica do objeto de regulamentação. Mas não há nenhuma norma jurídica, cuja aplicação não suscite, algum dia, dúvidas que precisem ser esclarecidas pelo juiz por intermédio de concretização e interpretação. Para tanto, são inevitáveis influências da pré-compreensão, da origem e socialização, das preferências políticas e ideológicas dos juízes¹⁰¹.

Mas isso não implica autonomia absoluta. O exercício da jurisdição é um ato racional e não arbitrário. Por mais que os magistrados possuam preferências políticas e ideológicas, suas decisões são pautadas, em última instância, pelos precedentes.

Não é por outra razão que Hermes Zaneti Jr. defende o uso de precedentes como “uma garantia de fechamento e não de abertura dos poderes discricionários do juiz”¹⁰².

Daí também a importância do conceito de *justiça formal* entabulado por Neil MacCormick. O autor parte do pressuposto de que há uma dupla coerção incidente sobre o juiz, uma voltada para o passado e outra para o futuro¹⁰³.

Tais coerções impedem arbítrios e legitimam o sistema de precedentes, como bem se pode compreender do seguinte excerto de sua obra:

O tribunal que hoje decide um caso específico entre indivíduos deveria levar em conta seu dever, pelo menos seu dever inicial, de decidir o caso em termos compatíveis com decisões anteriores sobre as mesmas questões ou questões semelhantes. No mínimo, a justiça

¹⁰¹ Ibidem, p. 15.

¹⁰² ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 20.

¹⁰³ MACCORMICK, Neil. op. cit., p. 95: “Por banal que seja o fato de que as exigências da justiça formal estabelecem no mínimo uma razão presumível para a observância de precedentes, não é menos verdadeiro, embora seja observado com menor frequência, que essas exigências impõem sobre a decisão de disputas levadas a juízo, coerções tanto voltadas para o futuro como para o passado”.

formal exige que, exceto por fortes razões, ele não decida o caso atual de uma forma diferente da adotada em suas decisões anteriores em casos semelhantes. Ao decidir esse caso, o tribunal não terá então o dever – de igual importância – de levar em conta o precedente que estará estabelecendo para casos ainda por surgir? O dever que tenho de tratar casos semelhantes de modo semelhante implica que devo decidir o caso de hoje com fundamentos que eu esteja disposto a adotar para a decisão de casos semelhantes no futuro, exatamente tanto quanto implica que hoje eu deva levar em consideração minhas decisões anteriores em casos semelhantes no passado. As duas implicações são implicações de adesão ao princípio da justiça formal; e quem quer que concorde quanto ao dever dos juízes de acatar o princípio da justiça formal está comprometido com essas duas implicações¹⁰⁴.

O sistema de precedentes¹⁰⁵ – no qual o Brasil acaba inserido, em especial pelo Novo Código de Processo Civil, como será mais bem detalhado em linhas futuras – depende de uma rigorosa deontologia¹⁰⁶ profissional dos juízes. Há de se ter compromisso intransigente com essa postura contemplativa da cadeia de precedentes.

De todo modo, a referida preocupação não é em vão, pelo contrário. O que se observou, pelo menos no contexto brasileiro pré-NCPC, é que a doutrina não vinha cumprindo seu papel¹⁰⁷. E os Tribunais, num

¹⁰⁴ MacCORMICK, Neil. op. cit., p. 96.

¹⁰⁵ “Diferentemente do civil law, no qual duas rupturas históricas são características indispensáveis para sua compreensão, a tradição de common law é caracterizada por sua continuidade: é uma evolução histórica marcada por um elevado grau de constância”. (MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. op. cit., p. 45).

¹⁰⁶ Esse *modus procedendo* é assim registrado por MacCormick [op. cit., p. 98]: “(...) ou nossa sociedade é organizada de acordo com esse valor da racionalidade ou não, e não consigo contemplar sem repugnância a incerteza e a insegurança de uma sociedade gerida arbitrariamente, na qual decisões de todas as espécies são tomadas de acordo com a veneta ou o capricho de alguém naquele momento, sem referência a processos decisórios passados ou futuros”.

¹⁰⁷ Lucas Buril de Macêdo [op. cit., p. 56-7] chama a atenção para o papel destacadamente secundário da doutrina no sistema *common law*, do qual o Brasil vem se aproximando com o *stare decisis* à brasileira (sistema de precedentes obrigatórios). Conforme narra o autor, “os jovens que quisessem se fazer juristas iam morar nos Inns of Courts e aprender como se faz direito com aqueles que o praticam: os baristers e os juízes”. E prossegue: “O lugar adequado, na Inglaterra, para aprender o direito é no tribunal. Somente no século XIX é que a formação universitária passou a ganhar importância na Inglaterra, e só atualmente a maioria das pessoas buscam um diploma em direito para Resenha Eleitoral (Florianópolis), v. 23, n. 2, p. 67-100, 2019

campo livre em decorrência da eloquente aquiescência ou condescendência dos doutrinadores (estes, no mais das vezes, caudatários; meros reprodutores das decisões judiciais), vinham instituindo uma jurisprudência *lotérica*¹⁰⁸, descompromissada com o sistema jurídico como um todo.

Por todos os críticos desse estado de coisas, é forçoso registrar a crítica do professor Adriano Soares da Costa:

Em um universo de conceitos jurídicos vazios, em que a doutrina se despede de fazer o seu mister, fica a jurisprudência livre para usar os conceitos normativos de qualquer modo, como se fossem destituídos de conteúdo. Com isso, até mesmo a inelegibilidade deixa de ser sanção para ser um “sabe-se-lá-o-quê”. É ainda onde mais nitidamente se percebe o terrível vazio normativo decorrente do vazio teórico: os institutos jurídicos passam a ser usados de qualquer modo e jeito para atender a quaisquer fins e bandeiras. Há apenas, como consectário disso, a irracionalidade jurídica, o decisionismo voluntarista e uma crise de segurança jurídica¹⁰⁹.

Ingeborg Maus, analisando o contexto específico do Tribunal Constitucional alemão, salienta o risco de os tribunais praticarem uma espécie de *teologia jurídica*¹¹⁰. Criticando o Tribunal alemão, a autora denuncia

exercerem as profissões jurídicas. A formação dos juristas do common law é marcadamente prática e não teórica, no que se distingue da que se dá nos países de civil law, marcados pela formação escolástica das universidades”. Esse registro é importante para se avaliar o futuro da doutrina jurídica nesse novo sistema de precedentes defendido por Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, dentre outros.

¹⁰⁸ A expressão é de Lênio Streck em: STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 19.

¹⁰⁹ SOARES DA COSTA, Adriano. **Instituições de Direito Eleitoral: Teoria da Inelegibilidade: Direito Processual Eleitoral**. 9. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 15.

¹¹⁰ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000. p. 192: “*A apropriação da persecução de interesses sociais, de processos de formação da vontade política e dos discursos morais por parte da mais alta corte é alcançada mediante uma profunda transformação do conceito de Constituição: esta deixa de ser compreendida – tal qual nos tempos da fundamentação racional-jusnaturalista da democracia – como documento da institucionalização de garantias fundamentais das esferas de liberdade nos processos políticos e sociais, tornando-se um texto fundamental a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos. O TFC, em muitos de seus votos de maioria, pratica uma ‘teologia constitucional’*”.

também o que chama de *autorreferencialismo* das Cortes¹¹¹, quando os julgadores passam a desconsiderar o direito e se preocupam, exclusivamente, com a sua própria história jurisprudencial¹¹².

De se ver, portanto, e a doutrina assim denuncia, que é preciso impor limites à atividade interpretativa, de modo a se evitar posturas voluntaristas e a figura do criacionismo judicial, a comprometer o próprio sistema de separação dos poderes¹¹³.

Feita a necessária advertência, cumpre concluir salientando que não é o escopo do presente trabalho analisar os métodos de interpretação/aplicação do direito, mas apenas o de reconhecer a constatação amplamente aceita, até por seus críticos – por todos, Ingeborg Maus –, de que “as leis são reconhecidas indiferenciadamente como meras previsões e premissas da atividade decisória judicial”¹¹⁴.

¹¹¹ Oportuno destacar o famoso voto do Ministro Humberto Gomes de Barros em julgado no Superior Tribunal de Justiça (AgReg em ERESP nº 279.889-AL): “Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja?”.

¹¹² MAUS, Ingeborg. op. cit., p. 192: “Por conta de seus métodos específicos de interpretação constitucional, atua o TFC menos como ‘Guardião da Constituição’ do que como garantidor da própria história jurisprudencial, à qual se refere legitimidade de modo autorreferencial. Tal história fornece-lhe fundamentações que não necessitam mais ser justificadas, sendo somente descritas retrospectivamente dentro de cada sistema de referências?”.

¹¹³ Ibidem. p. 187: “Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito ‘superior’, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social?”.

¹¹⁴ Op. cit., p. 193.

À guisa de conclusão: o direito atualmente também deve ser compreendido como a interpretação conferida às leis do Parlamento pelos Tribunais por meio de decisões fundamentadas e atualmente acessíveis¹¹⁵ aos cidadãos, e sobretudo à comunidade jurídica, pelos novos meios de comunicação que permitem o conhecimento em tempo instantâneo de todos os julgamentos do Poder Judiciário¹¹⁶. Assim, não há mais espaço para planejamento jurídico sem o domínio dos precedentes¹¹⁷, os quais passaram a ter força cogente em conjunto com o acervo legislativo pátrio.

4 Considerações finais

A teor do que exposto, é possível concluir que não há mais espaço para uma teoria da decisão judicial que ignora o papel dos precedentes enquanto fontes do direito¹¹⁸.

O ordenamento jurídico não se limita¹¹⁹, portanto, às normas emanadas pelos órgãos legal e constitucionalmente competentes para produzir

¹¹⁵ MACÊDO, Lucas Buriel de. op. cit., p. 292-3: “*Só é possível a construção de um sistema de precedentes obrigatórios a partir de instrumentos eficazes de publicidade das decisões. A cognoscibilidade do Direito é requisito essencial do princípio da segurança jurídica e para a concretização do ideal do Estado de Direito, sendo indispensável que seja possível aos cidadãos conhecer os textos de onde serão coligidas normas jurídicas. A partir do momento em que se tem a decisão judicial como fonte do direito, é indispensável inseri-la neste contexto: do ato judicial será extraída uma norma jurídica que terá aplicação a todos os jurisdicionados, sendo direito fundamental destes, portanto, tomar conhecimento apropriadamente do Direito que rege suas ações*”.

¹¹⁶ MACÊDO, Lucas Buriel de. op. cit., p. 295: “*(...) o sistema pátrio de publicação permite que o jurisdicionado tenha acesso a todo o conteúdo da decisão, muitas vezes disponibilizando até mesmo o vídeo ou áudio da sessão de julgamento, fornecendo a íntegra dos votos de todos os juízes, inclusive a dos votos dissidentes. Essa prática permite um conhecimento aprofundado das razões da decisão, facilitando a reconstrução da ratio decidendi e também torna possível antever a possibilidade de superação (overruling) do precedente*”.

¹¹⁷ MITTIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 35: “*(...) é tarefa do precedente reduzir o âmbito de equívocidade inerente ao Direito, viabilizando a sua maior cognoscibilidade*”.

¹¹⁸ “*O Novo Código de Processo Civil promoveu um grande avanço no reconhecimento do papel das decisões judiciais como fonte do direito e instituiu um sistema de precedentes vinculantes com amplitude e alcance inéditos para o país*”. (MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. **Revista da AGU**. Brasília, DF, v. 15, n. 3, p. 9-52, jul./set. 2016. p. 45).

¹¹⁹ “*All Laws, written, or unwritten, have need of Interpretation*” (HOBBS, Thomas. **Leviathan, or the matter, forme, & power of a common-wealth ecclesiastical and civil**. London:

leis e atos normativos, haja vista que o próprio Legislador, no curso corrente da história, relegou maior espaço à atuação do Judiciário, ao trabalhar, na própria confecção legislativa, cada vez mais com os conceitos jurídicos indeterminados, as cláusulas gerais e os princípios – como é o caso da *Lei da Ficha-Limpa*, por exemplo, na seara eleitoral.

Por outro lado, é cada vez mais destacado o papel do contexto fático no momento da decisão judicial, com apelo às peculiaridades que circundam cada litígio judicializado, o que acaba por minar a ideia de completude da norma em abstrato, própria do positivismo-legalista, ampliando as atribuições e atividades cognitivas dos magistrados, os quais passam a contribuir para o desenvolvimento do Direito posto, completando-o nos espaços próprios de cada dispositivo legal, de acordo com os valores e a principiologia inerente ao respectivo microsistema¹²⁰⁻¹²¹.

Cabe aqui, por todos, a definição de François Ost em sua teoria lúdica do direito:

Antes de ser regla e institución, el Derecho es logos, discurso, significado en suspenso. Se articula “entre” las cosas: entre la regla (que no es nunca enteramente normativa) y el hecho (que no es nunca enteramente fáctico), entre el orden y el desorden, entre la letra y el espíritu, entre la fuerza y la justicia. Dialéctico, es el uno “por” el otro; paradójico, es el uno y otro¹²².

Andrew Croke, 1651. p. 143 apud ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculante. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 66.)

¹²⁰ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 47-53 (capítulo 2, subitem 2.1.: “a evolução da sociedade e o sistema jurídico”).

¹²¹ Especificamente quanto ao microsistema eleitoral, José Jairo Gomes adverte: “Para que um setor do universo jurídico seja inserido na categoria de microsistema, deve possuir princípios e diretrizes próprios, ordenados em atenção ao objeto regulado, que lhe assegurem a coerência interna de seus elementos e, com isso, identidade própria. Ademais, pressupõe a existência de práticas sociais específicas, às quais correspondam um universo discursivo e textual determinado a amparar as relações jurídicas ocorrentes. O Direito Eleitoral atende a tais requisitos. Nele se encontra encerrada toda a matéria ligada ao exercício de direitos políticos e organização das eleições. Enfeixa princípios, normas e regras atinentes a vários ramos do Direito, como constitucional, administrativo, penal, processual penal, processual civil”. (GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 29)

¹²² OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. **Revista sobre enseñanza del Derecho**, Buenos Aires, n. 8, p. 101-130, 2007. p. 122.

Adotadas todas essas premissas, há uma clara percepção de que a segurança jurídica, assim entendida sob o viés da previsibilidade, não se contenta mais com o mero conhecimento da legislação positivada, pois muito do próprio sentido desta é revelado pelo Judiciário, em especial pelas Cortes Supremas, a evidenciar que os precedentes eleitorais, no contexto do desenho institucional da Justiça Eleitoral, são fontes primárias do Direito Eleitoral.

Referências

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ADOMEIT, Klaus. Juristische Methode. In: GÖRLITZ, Axel (ed.). *Handlexikon zur Rechtswissenschaft*. München: Ehrenwirth, 1972. p. 217-220 *apud* MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

ALVIM, Frederico Franco. **Curso de Direito Eleitoral**. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2016.

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

DUARTE, Michelle Pimentel. **Processo judicial eleitoral: jurisdição e fundamentos para uma Teoria Geral do Processo Judicial Eleitoral**. Curitiba: Juruá, 2016.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

- ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **O direito, entre o futuro e o passado**. São Paulo: Noeses, 2014.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.
- GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Dey Rel, 2006.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- HOBBS, Thomas. **Leviathan, or the matter, forme, & power of a common-wealth ecclesiastical and civil**. London: Andrew Croke, 1651.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LAMEGO, José. **Hermenêutica e jurisprudência**: análise de uma recepção. Lisboa: Fragmentos, 1990.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e Teoria do Direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015.
- MAIA FILHO, Napoleão Nunes. **Princípios jurídicos e garantismo judicial**: atitude antipositivista e jurisdição includente. Fortaleza: Imprece, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes**: justificativa do Novo CPC. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- _____. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Salvador: Juspodivm, 2010.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro.

Revista da AGU. Brasília, DF, v. 15, n. 3, p. 9-52, jul./set. 2016.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

NEVES, Antonio Castanheira. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. **Direito Eleitoral**: aspectos processuais, ações e recursos. 5. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2018.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. **Revista sobre enseñanza del Derecho**, Buenos Aires, n. 8, p. 101-130, 2007.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

SOARES DA COSTA, Adriano. **Instituições de Direito Eleitoral**: Teoria da Inelegibilidade: Direito Processual Eleitoral. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____; ABOUD, Georges. **O que é isto**: o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Precedentes judiciais e hermenêutica**: o sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: Juspodivm, 2018.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

Rodrigo Cyrineu - Advogado e Procurador-Geral da Câmara Municipal de Cuiabá. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Especialista em Direito Administrativo, Direito Constitucional e Direito Eleitoral pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso. Membro-fundador da ABRADep (Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político).

A LEI DA FICHA LIMPA ENTRE O DISCURSO DA MORALIDADE E OS INTERESSES DOS CONGRESSISTAS: UMA ANÁLISE DA APROVAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR N. 135/2010 A PARTIR DA TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL

The Clean Record Law between the speech of morality and the interests of congressmen: an analysis of the approval of Complementary Law n. 135/2010 from view of the theory of rational choice

Luiz Eduardo Peccinin

Lygia Maria Copi

Resumo: Chamada de iniciativa popular, a chamada “Lei da Ficha Limpa” – Lei Complementar n. 135/2010 – incrementou substancialmente o sistema de inelegibilidades já existente na Lei Complementar nº 64/1990. O presente artigo tem como objetivo analisar o processo de sua aprovação no Congresso Nacional com fundamento na teoria da escolha racional aplicada à Ciência Política, a fim de compreender o comportamento e os interesses dos atores políticos envolvidos. Especificamente, a proposta é de verificar, através de manifestações públicas dos congressistas, o que motivou a aprovação da Lei: a busca pela suposta moralidade política ou a sua reeleição. Mediante uma metodologia fundada na revisão bibliográfica da doutrina especializada no tema, bem como em notícias da imprensa acerca do assunto à época dos fatos, faz-se um estudo desse processo pelas lentes do institucionalismo racional. Para além de analisar o processo de aprovação desta lei específica, o artigo contribui por demonstrar os interesses em jogo nas arenas do processo legislativo como um todo.

Palavras-chave: Inelegibilidade. Ficha Limpa. Escolha racional. Institucionalismo.

Abstract: Called a popular initiative, the so-called “Clean Record Law” - Complementary Law n. 135/2010 - substantially increased the existing ineligibility system in Complementary Law n. 64/1990. This article aims to analyze the process of its approval in the National Congress based on the theory of rational choice applied to Political Science, in order to understand the behavior and interests of the political actors involved. Specifically, the proposal is to verify, through public manifestation of congressmen, what motivated the approval of the Law: the search for the supposed political morality or their reelection. Through a methodology based on the bibliographical revision of the doctrine specialized in the subject, as well as the press news about the subject at the time of the facts, a study of this process is made through the lens of rational institutionalism. In addition to analyzing the process of passing this specific law, the article contributes by demonstrating the interests at stake in the arenas of the legislative process as a whole.

Keywords: Ineligibility. Clean sheet. Rational choice. Institutionalism.

1 Considerações iniciais

Divulgada como de iniciativa popular¹, a assim conhecida “Lei da Ficha Limpa” – Lei Complementar n.º 135/2010 – acresceu hipóteses de inelegibilidade dentre as já previstas pela redação original da Lei Complementar n.º 64/1990: arrolou mais crimes cuja condenação atrai a impossibilidade de candidatura², previu a criação de diversos novos casos de incidências anteriormente não previstos e a ampliação dos prazos de modo geral e uniforme, de três para oito anos. A principal novidade da LC n.º 135/2010, todavia, foi a suficiência de uma condenação “proferida por órgão judicial colegiado” sem necessidade de trânsito em julgado para a incidência da condição de inelegível.

Logo após o início de sua vigência, o Supremo Tribunal Federal julgou as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 29 e 30 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.578, estabelecendo, por apertada maioria, a constitucionalidade da LC n.º 135/2010, especialmente da antecipação da inelegibilidade ao trânsito em julgado da sentença condenatória em face da garantia do art. 5.º, LVII, da Constituição³, bem como de sua retroatividade a fatos pretéritos a sua entrada em vigor⁴, a despeito da regra da anualidade do artigo 16 da Carta⁵.

¹ “Propagandeada” pois, ao final, foi apresentada como Subemenda Substitutiva Global ao Projeto de Lei Complementar n.º 168/1993. Além disso, o projeto teve 29 emendas, modificando por completo o PL, que angariou apoio popular.

² Junto aos crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e os crimes eleitorais, já presentes na redação original, a “Ficha Limpa” acrescentou à alínea “e” os crimes contra o patrimônio privado, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência, contra o meio ambiente e a saúde pública, de abuso de autoridade, de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, de racismo, tortura, terrorismo e hediondos, de redução à condição análoga à de escravo; contra a vida e a dignidade sexual e os praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando.

³ “Art. 5.º. (...) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

⁴ “STF decide pela constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=200495>>. Acesso em: 15 ago. 2019.

⁵ Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.

Mesmo após sua promulgação e sua aplicação às eleições de 2010, ela não deixou de ser objeto de intensa controvérsia e de diversos estudos⁶. Para muitos, a Lei cumpre o objetivo de moralização da política e representa a resposta ao descontentamento social em relação à corrupção e à improbidade administrativa no exercício dos mandatos em vistas à moralidade. Para outros, a Lei é inconstitucional, tendo em vista que o recrudescimento desproporcional das inelegibilidades e o caráter prospectivo da Lei reduzem os candidatos e as opções dadas à população para eleger seus representantes transferem o poder de escolha ao Judiciário, excluem da disputa eleitoral cidadãos julgados em caráter provisório ou mesmo em razão de decisões proferidas por órgãos administrativos, conselhos de classe e não jurisdicionais e, ainda, diminuem a responsabilidade do povo na escolha de seus representantes (MASCARENHAS, 2012).

Indo além da discussão sobre a constitucionalidade da LC 135/2010, o objetivo deste trabalho é de analisar, com fundamento na teoria da escolha racional aplicada à Ciência Política, o processo de sua aprovação no Congresso Nacional no cenário de forte apelo popular e midiático, para compreender o comportamento e os interesses dos atores políticos envolvidos. A análise proposta, conforme indicado, será realizada a partir do institucionalismo da escolha racional, segundo o qual os atores inseridos em jogos políticos se comportam em vista da satisfação de seus interesses pessoais, e não em busca de um suposto bem comum.

A pergunta que fundamenta este estudo é: a partir de uma análise fundada na teoria da escolha racional, quais foram os fundamentos que levaram à aprovação da Lei da Ficha Limpa? Para esta pergunta, duas são as hipóteses centrais: a primeira delas aponta que os congressistas, ao aprovarem a LFL, buscavam efetivamente a moralização no cenário político, mesmo que a lei pudesse acarretar-lhes prejuízos posteriores; a segunda delas indica que a aprovação correspondeu aos anseios populares e ao objetivo específico de reeleição.

Para responder à pergunta anteriormente indicada, metodologicamente o trabalho buscou realizar uma ampla revisão bibliográfica em torno tanto da LC n. 135/2010, crítica ou favorável ao marco legislativo (além das considerações dos próprios autores da proposta trazida ao Congresso

⁶ A exemplo dos debates que ainda versam sobre o tema, Ana Cláudia Santano publicou estudo sobre os efeitos da Lei da Ficha Limpa nos cinco anos posteriores à sua aprovação. Segundo a autora, alguns dos principais efeitos negativos da LFL são o forte ativismo judicial que ela propiciou e a instabilidade dos detentores de mandatos eletivos (SANTANO, 2015).

Nacional), quanto da teoria analítica do comportamento dos congressistas, proveniente da Ciência Política. Ainda, a fim de confrontar essas considerações teóricas com o contexto político e social à época de sua aprovação, o artigo buscou diversas matérias da imprensa nacional que retratavam não somente os discursos dos parlamentares responsáveis pela LFL, mas também as pressões sociais exercidas naquele momento.

2 Lei da Ficha Limpa: a ampliação das hipóteses de inelegibilidade diante do confronto entre soberania popular e moralidade política

A Constituição Federal anuncia, em seu artigo 1º, parágrafo único, que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente [...]”. Além de outras formas de exercício do poder, estabelece o texto constitucional que este será exercido pelo povo de forma mediata – isto é, por meio de representantes eleitos no processo eleitoral.

As eleições são a base da democracia representativa. Segundo Dahl, a realização de governos democráticos em unidades políticas do tamanho de países tornou necessárias as eleições. Embora represente uma solução imperfeita, a disputa eleitoral permite que os cidadãos escolham seus funcionários mais importantes e mantenham-nos de algum modo responsáveis frente à possibilidade da não reeleição nas eleições seguintes (DAHL, 2001, p. 107). Diante disso, a democracia requer eleições livres, justas e frequentes (DAHL, 2001, p. 109).

Para Schumpeter, um elemento indispensável ao sucesso da democracia representativa é a qualidade dos candidatos aos cargos políticos. Torna-se necessária, assim, a criação de instrumentos que garantam a participação dos candidatos mais qualificados na disputa política (SCHUMPE-TER, 1984, p. 361-362).

Verifica-se, com isso, que o predomínio do modelo representativo de democracia traz à tona a questão da aptidão do cidadão de participar de um certame eleitoral e de ser eleito, de acordo com as condições definidas pela Constituição⁷. Na Carta estão previstas, no artigo 14, parágrafo 3º, as condições de elegibilidade e, nos parágrafos 4º a 8º, as hipóteses que conduzem à situação de inelegível. O parágrafo 9º, por sua vez, define que “lei

⁷ De acordo com Celso Bastos, “a elegibilidade consiste no exercício do direito político passivo, é dizer, na capacidade de receber os votos dos eleitores. É, portanto, elegível aquele que reunir as condições exigidas para concorrer eleitoralmente”. (BASTOS, 1993, p. 15)

complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação [...]”, com o objetivo de proteger a probidade e a moralidade para exercício do cargo.

A elegibilidade é a condição fundamental da democracia representativa e, como decorrência, as inelegibilidades somente podem ser definidas por meio de norma constitucional ou lei complementar, pois “representam uma limitação clara à soberania popular.” (AGRA, 2012, p. 152). Devem, ainda, ser interpretadas restritivamente, de modo a não impedir o funcionamento do regime democrático.

Na democracia, a inelegibilidade possui três fundamentos éticos: a manutenção e o funcionamento do regime democrático, para garantir a moralidade e a neutralidade em face do poder econômico e político, a defesa do princípio da isonomia, para garantir que todos os cidadãos tenham igual chance na disputa política, e a salvaguarda do princípio republicano, para garantir que todos os cidadãos possam ocupar cargos públicos e evitar que determinados grupos políticos ou familiares perpetuem-se no poder (GODOY; BORGES, 2018). Assim, a garantia da elegibilidade pode sofrer limitações, contanto que a restrição apresente um fundamento ético subjacente e busque proteger a legitimidade do processo eleitoral contra possíveis abusos de poder.

Por intermédio da Lei Complementar n. 135, houve a alteração da LC 64/1990 e o recrudescimento das hipóteses de inelegibilidade. Dentre as principais mudanças promovidas pela LFL, destacam-se a previsão de crimes cuja condenação atrai a impossibilidade de candidatura; o aumento dos prazos para oito anos; a desnecessidade de trânsito em julgado da decisão condenatória para a incidência da restrição da participação nas eleições e o acréscimo de hipóteses de limitação ao direito do cidadão de concorrer na disputa eleitoral.

São dois os aspectos mais polêmicos da Lei: a retroatividade a fatos pretéritos à sua entrada em vigor, apesar da regra da anualidade do artigo 16 da Constituição e a antecipação da inelegibilidade ao trânsito em julgado da sentença condenatória, a despeito da garantia de presunção de inocência, prevista no art. 5º, LVII, da Constituição. Pouco tempo após sua entrada em vigência, o Supremo Tribunal Federal julgou as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 29 e 30 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.578, decidindo, por apertada maioria, a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa.

Com efeito, a Lei Complementar 135/2010 tem como objetivo declarado a garantia da moralidade no âmbito político e no exercício dos mandatos representativos. A partir do suposto propósito de moralização, a LC 135/2010 limita a possibilidade de os cidadãos participarem do pleito político, restringindo, nitidamente, os direitos políticos. Pela Lei da Ficha Limpa, segundo parte da doutrina, retirou-se do povo a possibilidade de escolher livremente seus representantes e, por consequência, limitou-se a soberania popular, partindo do pressuposto de que os eleitores devem ser tutelados⁸.

Compreendidas as alterações empreendidas pela LC n. 153/2010 e os propósitos nos quais ela foi supostamente fundamentada, pretende-se, nos tópicos subsequentes, analisar o comportamento dos atores responsáveis pela aprovação e pela aplicação da Lei da Ficha Limpa para além do discurso de moralização da política, na tentativa de entender as razões que levaram o Congresso Nacional a aprová-la naquele contexto histórico. Para isso, utilizar-se-á como suporte teórico a teoria da escolha racional, segundo a qual os atores envolvidos em decisões políticas agem de acordo com seus próprios interesses e sempre na tentativa de maximizar seus benefícios.

3 As contribuições da teoria da escolha racional na ciência política

De acordo com Ward, a teoria da escolha racional surgiu nos Estados Unidos, entre as décadas de 1950 e 1960, com o objetivo de analisar o comportamento dos indivíduos com base em métodos empíricos e a partir do pressuposto de que as pessoas atuam para atender seus próprios interesses (WARD, 2002, p. 66). Essa abordagem teórica é utilizada em diversas áreas das ciências sociais, como decorrência da aplicação da teoria econômica segundo a qual prevalece, no modelo de conduta humana, a racionalidade consciente. Definida tradicionalmente como teoria positiva⁹, esta tem

⁸ Críticos à Lei da Ficha Limpa, Eneida Desiree Salgado e Eduardo Borges Araújo afirmam que esta “é símbolo de um perigoso encontro entre discurso jurídico e moralidade — uma moralidade perniciosa que desafia os fundamentos do Estado Democrático de Direito e que contraria os princípios da legalidade, da irretroatividade de restrições aos direitos fundamentais, da proteção e da confiança”. (SALGADO; ARAÚJO, 2013, p. 123)

⁹ Em tese, as teorias da escolha racional não têm por objetivo definir como os atores devem atuar, mas como eles de fato atuam. De acordo com Farejohn e Pasquino, no entanto, “as próprias teorias da escolha racional são mais bem classificadas como teorias normativas do que como teorias positivas”, isso porque, segundo os autores, não é possível acreditar

por objetivo prever fenômenos sociais por meio de modelos explicativos da ação individual¹⁰.

Também sob influência do pensamento econômico, na Ciência Política a teoria da escolha racional foi inserida por meio do estudo de autores como Anthony Downs, Mancur Orsen e Gordon Tullock. Muito embora esses autores diverjam em diversos aspectos, todos defendem que “os agentes sociais estariam interessados na maximização da riqueza, de votos, ou de outras dimensões mais ou menos mensuráveis em termos de quantidades e sujeitas a estrangimentos de recursos materiais” (FEREJOHN; PASQUINO, 2001, p. 05). Assim, de acordo com essa perspectiva teórica, os envolvidos em jogos políticos têm por objetivo maximizar sua satisfação com a menor utilização de recursos.

Parte-se do pressuposto de que os seres humanos são dotados de racionalidade e, por consequência, agem de modo estratégico a fim de maximizar suas preferências. Nesse sentido, Downs afirma que ação racional é aquela definida para alcançar as finalidades econômicas ou políticas conscientemente escolhidas pelo ator. A partir disso, o objetivo do autor na obra *Uma Teoria Econômica da Democracia* é de construir um modelo que esclareça como um governo racional se comporta em um Estado democrático (DOWNS, 1999, p. 35).

Para Downs, de acordo com o pressuposto da conduta racional dos indivíduos, aqueles que estão no poder buscam maximizar o apoio político. Isso significa que os ocupantes de cargos políticos adotarão as alternativas que presumivelmente a maioria dos eleitores prefere, com o objetivo de elevar ao máximo o número de votos nas próximas eleições. Conclui-se, com isso, que os partidos políticos formulam políticas com o intuito de ganhar eleições, ao invés de ganharem eleições para formularem políticas. Por outro lado, os cidadãos votam nos políticos que acreditam poder lhes

que os seres humanos atuam exatamente do modo como essas teorias prescrevem. Mas, “ainda assim, mesmo não agindo racionalmente, as pessoas tendem a reconhecer a força normativa da racionalidade, e isso influencia as suas ações — que se aproximam ao menos um pouco daquilo que criaturas de racionalidade ideal fariam nas mesmas circunstâncias”. (FEREJOHN; PASQUINO, 2001, p. 05-06)

¹⁰ Trata-se do individualismo metodológico, segundo o qual os fenômenos sociais podem ser explicados através das ações dos indivíduos que operam sob determinadas coerções. (TSEBELIS, 1999, p. 35)

proporcionar mais benefícios que quaisquer outros – agem, portanto, racionalmente¹¹.

Para Tsebelis, também adepto da teoria da escolha racional, a racionalidade “nada mais é que uma correspondência ótima entre fins e meios” (TSEBELIS, 1998, p. 33). Na obra *Jogos Ocultos: Escolha Racional no Campo da Política Comparada*, Tsebelis busca, a partir da teoria da escolha racional e da teoria dos jogos, demonstrar que o comportamento dos atores dentro do processo político é previsível. Segundo o autor, a teoria da escolha racional fundamenta-se no pressuposto de que cada ator ou jogador, tendo as informações adequadas, fará a escolha que assegure a maximização do seu *payoff* – isto é, da retribuição recebida pela escolha realizada (TSEBELIS, 1998, p. 25).

O ponto central da obra é de que escolhas aparentemente subótimas dos atores da arena política – que estejam munidos da informação adequada – representam, na verdade, uma assimetria entre aquilo que o ator realiza e o que o observador pode ver. Isso ocorre porque enquanto o ator está atuando em múltiplas arenas, o observador enxerga apenas um jogo, sem considerar que fatores contextuais ou institucionais têm uma importância predominante para definir a escolha do jogador (TSEBELIS, 1998, p. 25-26). O foco do autor é de ressaltar a racionalidade das condutas dos agentes na seara política, que visam sempre maximizar seu *payoff*.

Diversas são as críticas enfrentadas pela teoria da escolha racional. Dentre elas, questiona-se se é *realista* o enfoque da teoria da escolha racional – isto é, se de fato os indivíduos agem pautados pela racionalidade. Ainda, aponta-se como limitação a tendência dos teóricos da escolha racional de “dar sentido às práticas sociais atribuindo a elas racionalidade *ex post facto*”. Indica-se, também, que vários teóricos dessa vertente tendem a desconsiderar ou a igualar a diversidade cultural¹². Não se pretende, neste estudo, analisar em profundidade as limitações da teoria da escolha racional, mas compreender suas contribuições para o problema proposto.

¹¹ Sobre isso, Ward afirma que: “The individual vote to the party which, if it got into office, is expected to yield them the highest utility. Parties are assumed to be motivated solely by the desire for office, competing for votes by changing their policy platforms”. (WARD, 2002, p. 66)

¹² Tais críticas são apontadas detalhadamente por Patrick Baert, no artigo “Algumas limitações das explicações da escolha racional na Ciência Política e na Sociologia”. (BAERT, 1997)

Um importante aporte da teoria da escolha racional é de se contrapor à visão clássica da disciplina de Teoria do Estado e Ciência Política dos cursos de Direito, segundo a qual a atividade política tem por objetivo a realização do bem comum¹³. Com efeito, os teóricos da escolha racional têm como semelhança o objetivo de demonstrar como os sujeitos de fato atuam em determinado campo, e não como deveriam atuar. De acordo com a abordagem adotada, os indivíduos não agem na arena política em vistas ao bem-estar coletivo, mas em busca da maximização do seu *payoff*. Esta análise realista permite desmistificar o discurso comumente empregado no campo político ao revelar a conduta egoísta dos atores neste campo.

4 Para além do discurso moralizador: atores e seus interesses na aprovação da lei da ficha limpa

O principal fundamento utilizado quando da aprovação da Lei da Ficha Limpa foi de um suposto resgate da probidade administrativa no exercício dos mandatos políticos. Nesse sentido, o objetivo de moralização da política é anunciado já no preâmbulo da Lei (em repetição do art. 14, § 9º, da Constituição), que indica a inclusão de “hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato”.

De acordo com Márlon Reis, autor do projeto que angariou apoio popular e culminou na LC nº 135/2010, o fundamento da condição de inelegível é o “princípio da proteção”, que estabelece um “mínimo esperado” dos postulantes a cargos eletivos e autoriza a lei a delinear negativamente o perfil de candidatos, “buscando evitar que o futuro posto venha a ser alcançado por quem se enquadre em uma das hipóteses de exclusão” (REIS, 2010, p. 31).

¹³ De acordo com a abordagem tradicional da Teoria do Estado e da Ciência Política, a atuação do Estado tem como finalidade a busca pelo bem comum. Nesta perspectiva, afirma Dallari que a razão de ser do Estado é a garantia do bem comum, conceituado de modo “extremamente feliz”, nas palavras do autor, pelo Papa João XXII, como o “conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”. Ainda nesta abordagem, o Estado é a ordem jurídica soberana que tem por finalidade o bem comum de um povo, localizado em certo território (DALLARI, 1989, p. 16-32). A utilidade da noção de bem comum para a Filosofia Política é questionável por ser imprecisa; por pressupor a homogeneidade dos interesses dos indivíduos que compõem o povo; e por fundamentar uma concepção normativa de Estado, enfocada no dever-ser do ente estatal e afastada da realidade social – fundamentando, assim, uma visão encantada de Estado e de democracia.

Em outras palavras, o discurso que deu fundamento à Lei da Ficha Limpa e que levou à sua aprovação é embasado na noção abstrata de bem comum e de moralidade da política. Para além do discurso utilizado, questiona-se, no entanto, as razões que levaram os congressistas a aprovarem uma lei que poderia eventualmente restringir sua futura participação em eleições. Nesse sentido, a compreensão das razões que culminaram na aprovação da Lei Complementar 135/2010 requer análise de seu histórico e do contexto de sua aprovação.

É possível afirmar que a gênese da Lei da Ficha Limpa está relacionada à criação da Lei n. 9840/1998 – que alterou a legislação eleitoral para prever a cassação do registro da candidatura ou do diploma daqueles que cometessem compra de votos e uso eleitoral da máquina pública – e com o surgimento do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), em 2002¹⁴. Decorrente de iniciativa popular, a Lei n. 9840/1998 contou com intensa mobilização social, tendo ao final angariado mais de um milhão de assinaturas. Encaminhada à Câmara dos Deputados, a lei foi aprovada rapidamente.

Muito embora considerada por Márton como um grande avanço democrático, entendia o autor que a Lei n. 9840/98 apresentava certa limitação, pois a punição pela compra de votos não impedia que o candidato recaísse na mesma conduta em uma próxima campanha ou o fizesse mediante “laranjas” (REIS, 2013, p. 90-91). Por conta disso, nas palavras de Reis, “resolvemos dar um passo atrás. Em vez de darmos atenção à campanha, decidimos focar na definição do candidato. E foi aí que criamos a Lei da Ficha Limpa” (REIS, 2013, p. 91).

A proposta da Ficha Limpa é consequência direta dos escândalos de corrupção que passaram a ser intensamente divulgados entre as décadas

¹⁴ Conforme informações obtidas no sítio eletrônico do MCCE, o movimento “foi instituído durante o período eleitoral de 2002. Mas pode-se dizer que a campanha da fraternidade de 1996, que teve por tema “Fraternidade e Política”, contribuiu para aflorar a criação do MCCE, porque posterior à campanha, a Comissão Brasileira Justiça e Paz (CBJP), órgão vinculado da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), lançou o Projeto “Combatendo a corrupção eleitoral” em fevereiro de 1997. Assim, era plantada, em 1998, a semente da iniciativa popular contra a corrupção eleitoral, originando a Lei 9840. Fundado durante o período eleitoral de 2002, o MCCE ampliou sua atuação e hoje funciona de forma permanente com ações em todo o país. Em 2006, é criada a Secretaria Executiva do Comitê Nacional do MCCE. Em 27 de abril de 2007, é oficializada legalmente a Secretaria Executiva do Comitê Nacional do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (SE-MCCE), organização não governamental (ONG) e sem fins lucrativos.”

de 1990 e 2000. Conforme explicado por Fátima Anastasia e Luciana Santana, de Collor a Lula, a lista de escândalos é extensa: os Anões do Orçamento, a CPI do Banestado, a CPI dos Bingos, a Emenda da Reeleição, a CPI dos Correios, o Mensalão, o Mensalinho, o Escândalo das Sanguessugas, dentre outros (ANASTASIA; SANTANA, 2008, p. 363). Neste contexto de descrença no potencial das instituições e das leis até então existentes para conter a corrupção, a Campanha Ficha Limpa teve início com o objetivo de pressionar o Congresso para a criação de uma lei que viesse a recrudescer as hipóteses de inelegibilidade.

A aprovação da Lei da Ficha Limpa foi precedida de mobilização popular e de entidades sociais. Sobre isso, Fux e Frasão afirmam que a lei representa o fortalecimento das instituições democráticas brasileiras, “porquanto resultou de intensa mobilização da sociedade civil organizada, que formalizou projeto junto à Câmara dos Deputados, subscrito por mais de um milhão e trezentos mil cidadãos, importante mecanismo de democracia direta e participativa” (FUX; FRASÃO, 2016, p. 121-122). Dentre as instituições que se mobilizaram para a obtenção das assinaturas e posterior aprovação da Lei, cabe citar a CNBB¹⁵ e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Para estas entidades, a definição de critérios mais rígidos para acesso a cargos representativos visava à elevação do nível das disputas eleitorais e à proteção aos eleitores.

A mobilização social para aprovação da Lei da Ficha Limpa demonstrou a insatisfação generalizada com o sistema político e com a corrupção, a qual fundamentou o pleito de aprofundamento das instituições e de recrudesimento das normas, com o intento de afastar da vida pública aqueles que estivessem envolvidos em condutas ilícitas, imorais e antiéticas (DE ABREU E SILVA, 2015, p. 31). Sobre isso, em seu voto no julgamento da convencionalidade da LC 152/2010, Fux afirmou que “não é novidade que há muito a sociedade civil organizada reclama por ética e por moralidade no exercício desse munus público, que é tornar-se um representante eleito, um agente político”.

Muito embora de constitucionalidade questionável pelas razões anteriormente apresentadas e apesar de possibilitar uma futura restrição

¹⁵ CNBB, “A aprovação do ficha limpa é questão de dignidade para o Legislativo”, afirma dom Angélico Sândalo, 48ª Assembleia Geral da CNBB. 2010. Disponível em: < <http://www.cnbb.org.br/a-aprovacao-do-ficha-limpa-e-questao-de-dignidade-para-o-legislativo-afirmou-dom-angelico-sandalo/>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

à capacidade eleitoral passiva dos congressistas, a Lei da Ficha Limpa – cujo projeto de iniciativa popular foi apresentado à Câmara dos Deputados em 29 de setembro de 2009, acompanhado da assinatura de mais um milhão e trezentas mil pessoas – foi promulgada em junho de 2010. O PLP 518/2009, a partir do qual foi originada a LC 135/2010, apesar de amplamente alterado pelo Congresso Nacional, tramitou rapidamente na Câmara dos Deputados.

Em apenas 248 dias de tramitação, o projeto teve seu conteúdo transformado em lei, por acatamento de emenda substitutiva global ao PLP no 168/1993 (CAMPOS, 2018). Considerando o estudo de José Álvaro Moisés, segundo o qual um projeto de lei subscrito por parlamentar leva em média 964,8 dias para ser aprovado (MOISÉS, 2011, p. 18), conclui-se que o trâmite da Lei da Ficha Limpa foi mais célere que o padrão.

Diante disso, verifica-se que a forte mobilização da sociedade civil subjacente à iniciativa popular exerceu influência para a rápida aprovação da Lei da Ficha Limpa pelo Congresso. Não é possível, no entanto, compreender que essa aderência dos congressistas ao apelo popular decorreu de uma suposta preocupação com o bem comum e com a moralidade na esfera política. Em verdade, partindo de uma análise institucionalista da escolha racional, os parlamentares se envolvem em atividades que assegurem a renovação do seu mandato. Nesse sentido, diante de tamanha mobilização popular em relação ao projeto que culminou na LFL, aprová-lo representou um fator importante para a reeleição.

De acordo com o institucionalismo racional, o comportamento dos atores na seara política é previsível, pois a tendência é agirem de modo a garantir a maximização dos votos em vistas à reeleição. Nesse sentido, Downs afirma que “como cada cidadão adulto tem direito a um voto, suas preferências de bem-estar são pesadas aos olhos do governo, que está interessado apenas em seu voto, não em seu bem-estar”. Ainda de acordo com o autor, “o governo sempre escolhe a alternativa que a maioria dos eleitores prefere” (DOWNS, 1999, p. 40).

Sobre essa questão, é necessário considerar a teoria da conexão eleitoral, de David Mayhew, para quem a reeleição exerce forte influência no comportamento parlamentar. Afirma o autor, ao analisar o Congresso dos Estados Unidos, que este é formado especialmente por políticos profissionais e que isso se deve ao fato de que a função garante boa remuneração e alto prestígio (MAYHEW, 1974, p. 14-15). De modo geral, para obter sucesso na reeleição, três atividades básicas são necessárias aos congressistas:

a autopromoção ou publicidade, a reivindicação de crédito e a tomada de posição. Muito embora haja diferenças entre os sistemas eleitorais brasileiro e estadunidense – a exemplo da inexistência do voto distrital no Brasil –, o estudo de Mayhew oferece importante subsídio ao tema ora estudado, especialmente quanto à tomada de posição¹⁶.

A tomada de posição é definida como a manifestação pública do parlamentar sobre um tema de grande relevância ou sobre uma política pública. Segundo Mayhew, “as formas pelas quais as posições, aparições podem ser registradas são numerosas e, frequentemente, criativas. (...) Há discursos para pequenos grupos, aparições na TV, cartas, jornais, *press releases*, artigos da *Playboy*, até mesmo entrevistas com cientistas políticos”. O importante, nesse sentido, é que o parlamentar assuma a posição que a maioria de seus eleitores tende a preferir sobre uma determinada questão.

No caso da Lei da Ficha Limpa, tamanha foi a mobilização social subjacente para a aprovação da lei que o PLP nº 168/1993 – naquele momento em trâmite no Congresso há dezesseis anos – ganhou velocidade após o apensamento do PLP nº 518/2009 e teve célere aprovação. Conclui-se que, durante o período de mais de uma década e meia em que o projeto esteve parado, este não representava uma prioridade do governo ou dos partidos. Mas, com o advento do projeto de lei de iniciativa popular, a matéria se tornou prioritária na agenda do Congresso Nacional (CAMPOS, 2013).

Como visto, a atenção sobre o projeto à época era imensa. Prestes a ser votado o regime de urgência em sua tramitação, em maio de 2010, o apoio virtual à lei chegava a dois milhões de assinaturas¹⁷. Antes de sua

¹⁶ Quanto à publicidade, este é o modo de manter o elo entre eleitor e seu representante. Dentre as rotinas publicitárias padrão, Mayhew cita visitas frequentes ao distrito eleitoral, discursos não políticos para pequenos públicos, envio de folhetos sobre cuidados na infância e cartas de condolência e felicitação. A busca de crédito, por outro lado, significa agir de forma a gerar uma crença em um ator político relevante de que alguém é pessoalmente responsável por uma ação do governo – ou de alguma de suas unidades – que o ator considere desejável.

¹⁷ Sobre isso, noticiou o portal Congresso em Foco que “Cresce a pressão sobre os deputados para aprovar a proposta que restringe a candidatura de políticos com problemas na Justiça, o chamado projeto Ficha Limpa. Passa de 2 milhões o número de assinaturas de apoio à proposição coletadas na internet por meio do site da organização não governamental Aavaz (www.avaaz.org), parceira do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCCE), responsável pela apresentação do projeto de lei de iniciativa popular”. Disponível em <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/ficha-limpa-mais-de-2-milhoes-de-assinaturas-na-internet/>> Acesso em: 10 ago. 2019.

aprovação, em junho, já começavam os levantamentos dos políticos que seriam atingidos pelos impedimentos do novo diploma¹⁸. Após a sua aprovação, entidades chegaram a lançar um serviço para cadastramento de candidatos que quisessem ter atestada publicamente sua condição de “Ficha Limpa” para o eleitor¹⁹.

Em resumo, a mobilização de diversas entidades e a cobertura dos meios de comunicação sobre o projeto da “Ficha Limpa” em pleno ano eleitoral contribuíram diretamente para que as expectativas da sociedade crescessem em torno de sua aprovação. Ao passo que o projeto caminhava no Congresso, fortalecia-se a narrativa de ambivalência dos “maus” contra os “bons” no embate que levou ao trâmite em tempo recorde e à vigência da Lei no mesmo ano de sua sanção²⁰. Opor-se ao PLP impunha um ônus aos congressistas que, no período crítico de sua discussão, não poderia ser *racionalmente* tolerado. Só se opunha quem, em tese, temia os efeitos da nova lei²¹.

Com efeito, a suposta insatisfação popular, a mobilização de entidades da sociedade civil, bem como o forte apelo midiático funcionaram como propulsores no caso da Lei da Ficha Limpa, tanto para tornar o projeto prioritário na agenda parlamentar como para que este angariasse apoio

¹⁸ Em 24 de junho de 2010, o portal Congresso em Foco noticiou matéria intitulada “Veja lista de 42 políticos na mira do ficha limpa”. Disponível em <<https://congressoemfoco.uol.com.br/eleicoes/veja-lista-de-42-politicos-na-mira-do-ficha-limpa/>> Acesso em 05 ago. 2019.

¹⁹ Sobre isso, o portal G1 publicou: “Site criado para candidatos com ‘ficha limpa’ recebe 36 inscrições”. Disponível em <<http://g1.globo.com/especiais/eleicoes-2010/noticia/2010/08/site-criado-para-candidatos-com-ficha-limpa-recebe-35-inscricoes.html>>. Acesso em 05 ago. 2019.

²⁰ O que levantou mais questionamentos acerca de sua compatibilidade com o art. 16 da Constituição.

²¹ Nesse sentido, o sítio eletrônico do Terra noticiou que “Um dos maiores opositores ao projeto Ficha Limpa no Congresso, o líder do governo no Senado, Romero Jucá (PMDB-RR) responde na Justiça a acusações de que teria cometido ilícitos tributários. Enquanto Jucá articula o adiamento da votação do Ficha Limpa, o que impossibilitaria que o projeto valesse nas eleições de outubro, o Supremo Tribunal Federal (STF) deve analisar na semana que vem o pedido de prorrogação do prazo para uma investigação contra o senador”. Disponível em <<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/politica/opositor-do-ficha-limpa-juca-responde-a-processos-no-stf,c78b63fc8940b310VgnCLD200000bbccceb0aRCRD.html>>. Acesso em 08 ago. 2019.

quase absoluto dos congressistas²². Essa mobilização²³ foi além. Ainda que não seja o escopo desse texto, não é equivocado dizer que a escolha racional também foi o que levou tribunais eleitorais e os próprios ministros do STF a avaliar a aplicação plena e quase que imediata da nova lei já no pleito de 2010.

5 Considerações finais

Uma das principais contribuições da teoria da escolha racional aplicada à Ciência Política é de desvelar o comportamento ‘egoísta’ daqueles que atuam no campo político representativo. De acordo com esta perspectiva teórica, aqueles que estão no poder buscam maximizar o apoio político e os votos, de modo que agem não buscando o melhor para a sociedade, mas aquilo que lhes garante os maiores benefícios. Nesse objetivo, a pressão de grupos sociais organizados e uma ampla cobertura midiática exercem influência direta no alinhamento entre a atuação do representante e as expectativas de ganho político futuro junto a seu eleitorado.

Ao analisar a Lei Complementar 135/2010 pelas lentes do institucionalismo racional, conclui-se que, muito embora fundamentada em um suposto discurso de moralidade e de *bem comum*, a aprovação da Lei da Ficha Limpa decorreu, em verdade, do forte apelo popular e midiático ocorrido em um período marcado pela divulgação de diversos eventos de corrupção. Considerando que o propósito de reeleição modula a conduta parlamentar e que, em vistas a este objetivo, os congressistas devem atender aos interesses de seu eleitorado, a LFL foi rapidamente aprovada em virtude da iniciativa popular.

O início do trâmite durante um ano de eleições gerais e a eficiente cooptação do discurso moral pela imprensa e os grupos interessados em sua aprovação contribuíram diretamente para que a LFL tivesse apressada

²² Dos 513 deputados, 390 participaram da sessão que aprovou o texto-base do projeto Ficha Limpa e, destes, apenas um votou contra. O deputado Marcelo Melo (PMDB-GO), único a votar contra, alegou que, em virtude do cansaço, equivocou-se ao digitar seu voto. Os outros 123 parlamentares faltaram à sessão. (“Quem aprovou o ficha limpa: veja como os deputados votaram”. Disponível em <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/quem-aprovou-o-ficha-limpa-veja-como-os-deputados-votaram/>>. Acesso em 05 ago. 2019.

²³ “Manifestação pró Ficha Limpa acontece em frente ao Tribunal Regional Eleitoral, em Brasília”. Disponível em <<http://www.cnbb.org.br/manifestacao-pro-ficha-limpa-acontece-em-frente-ao-tribunal-regional-eleitoral-em-brasilia/>>. Acesso em 01 ago. 2019.

votação nas duas Casas e sanção pelo então presidente Lula, bem como validade para aquele pleito. As declarações públicas dos parlamentares envolvidos à época revelaram claramente os *payoffs* advindos do apoio a uma aprovação rápida da lei, mesmo que a matéria de fundo a ser votada implicasse em prejuízos futuros a eles e ou a suas bases de apoio.

É questionável a constitucionalidade da Lei, bem como o atingimento, nesses nove anos, dos seus objetivos declarados. É inquestionável, no entanto, que a mobilização de diversas entidades e a intensa cobertura dos veículos de comunicação sobre o projeto de lei em pleno ano eleitoral contribuíram diretamente com sua célere aprovação. É nítido, com isso, que, especificamente no caso da Ficha Limpa, as decisões políticas e o comportamento dos *players* decorreram em considerável medida de aspectos estruturais envolvidos naquele momento específico.

Referências

AGRA, Walber de Moura. **Temas polêmicos do direito eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ANASTASIA, Fátima; SANTANA, Luciana. Sistema Político. AVRITZER et al (orgs.). **Corrupção: ensaios e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p. 363-371.

BASTOS, Celso. Limites das inelegibilidades dos prefeitos municipais. **Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral**. n. 20. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, nov.-jan. 1992-1993.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago. 2019.

_____. **Lei Complementar n. 135** de 04 de jun. de 2010. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm>. Acesso em: 15 ago. 2019.

BAERT, Patrick. Algumas limitações das explicações da escolha racional na Ciência Política e na Sociologia. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 12, n. 35, out. 1997. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091997000300005. Acesso em: 20 ago. 2019.

CAMPOS, Alex Machado. Ficha Limpa e a resposta congressional: comportamento legislativo e processo decisório. **Revista Eletrônica do Programa de Pós-Graduação da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 12, dez. 2013. Disponível em: <<http://e-legis.camara.leg.br/cefor/index.php/e-legis/article/view/154>>. Acesso em: 10 set. 2019.

DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. trad. de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 1989.

DE ABREU E SILVA, Guilherme. **A experiência da lei da ficha limpa nas eleições de 2012**: uma análise do perfil dos impugnados e dos reflexos da aplicação da lei. 2015. 88 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Setor de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal do Paraná, 2015.

DOWNS, Anthony. **Uma teoria econômica da democracia**. São Paulo: Edusp, 1999.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. A Teoria da Escolha Racional na Ciência Política: Conceitos de racionalidade em teoria política. **Revista Brasileira de Direitos Sociais**, v. 16, n. 45, p. 05-24, 2001.

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **O controle de convencionalidade da lei da ficha limpa**: direitos políticos e inelegibilidades – edição atualizada com a Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FUX, Luiz; FRASÃO, Carlos Eduardo. **Novos paradigmas do direito eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GODOY, Miguel; BORGES, Eduardo. Diálogos em torno de um conceito indeterminado. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Tratado de Direito Eleitoral**. V.1 (Direito Constitucional Eleitoral). Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. A Lei da “Ficha Limpa”: Uma responsabilidade prospectiva? A que preço? In: **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**. v. 19. n. 34. Ago./2012.

MAYHEW, David. **Congress: The Electoral Connection**. New Haven: Yale University Press, 1974.

MOISÉS, José Álvaro. **O papel do Congresso Nacional no presidencialismo de coalizão**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2011. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242412/livropapeldocongresso.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

REIS, Márlon Jacinto. O princípio constitucional da proteção e a definição legal das inelegibilidades. In: REIS, Márlon Jacinto; OLIVEIRA, Marcelo Roseno de; CASTRO, Edson Resende de (Orgs.). **Ficha Limpa: Lei Complementar n.º 135, de 4.6.2010 interpretada por juristas e responsáveis pela iniciativa popular**. São Paulo: Edipro, 2010.

_____, Márlon Jacinto. **O gigante acordado: manifestações, ficha limpa e reforma política**. Rio de Janeiro: LeYa, 2013.

SALGADO, Eneida Desiree. A elegibilidade como direito político fundamental, as inelegibilidades retroativas da lei complementar 135/10 e a (in)decisão do Supremo Tribunal Federal. In: MONTEIRO, Roberto Corrêa de Araújo; ROSA, André Vicente Pires (coords.). **Direito Constitucional – Os Desafios Contemporâneos – Uma Homenagem ao Professor Ivo Dantas**. Curitiba, Juruá, p. 193-218, 2012.

_____, Eneida Desiree; ARAÚJO, Eduardo Borges. Do Legislativo ao Judiciário – A Lei Complementar nº 135/2010 (“Lei da ficha limpa”), a busca pela moralização da vida pública e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A&C**. Belo Horizonte, ano 13, n.54, out./dez. 2013.

SANTANO, Ana Cláudia. 2015. **A democracia em tempos contramajoritários: os efeitos da lei da Ficha Limpa após 5 anos de sua aplicação**. In XII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. VIII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos. Departamento de Direito – Curso de Direito CEPEJUR. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/13057>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 1984.

TSEBELIS, George. **Jogos ocultos: escolha racional no campo da política comparada**. São Paulo: Edusp, 1998.

WARD, Hugh. Rational choice. In: MARSH, David; STORKER, Gerry. **Theory and methods in Political Science**. 2. ed. Basingstoke et al. Palgrave Macmillan, 2002. p. 65-89.

Luiz Eduardo Peccinin - Advogado. Mestre em Direito do Estado pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná-UFPR. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Especialista em Direito Eleitoral pela Universidade Positivo. Professor vinculado ao Centro Universitário Univel. Email: lepeccinin@gmail.com

Lygia Maria Copi - Advogada. Doutoranda no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná-UFPR, na área de concentração das Relações Sociais e vinculada à linha de pesquisa Novos Paradigmas do Direito. Mestra em Direito pelo mesmo Programa. Professora vinculada ao Centro Universitário Univel. E-mail: lygiamariacopi@gmail.com.

MACROCRIMINALIDADE E CRIMINALIDADE ESTRUTURAL/CULTURAL: UMA LEITURA DA “NOVA” CATEGORIA DE MACROCRIMINALIDADE A PARTIR DE PIERRE BOURDIEU

Macrocriminality and structural criminality: an interpretation of the “new” category of macrocriminality, according to Pierre Bourdieu

José Edilson da Cunha Fontenelle Neto

Resumo: O presente trabalho tem por escopo demonstrar, de forma breve porém séria, a *macrocriminalidade* enquanto fenômeno estrutural e estruturante das práticas que envolvem o exercício dos poderes na sociedade contemporânea, mormente dentro do cenário eleitoral, vislumbrando os espaços de poder – constitucionalmente desenhados para servir ao interesse público – sendo utilizados para fins pessoais, violando-se, em consequência, os princípios reitores da administração pública, sobretudo no que tange à moralidade e à impessoalidade. Nesse sentido, foram perquiridos meios adequados ao combate das práticas macrocriminosas, sobretudo por meio da redução dos espaços de poder discricionário, tal qual assenta Luigi Ferrajoli. Portanto, com o presente trabalho buscou-se evidenciar a importância do controle dos espaços de poder de todo aquele que, em nome do Estado, o exerce, enquanto forma de garantia individual e coletiva.

Palavras-chave: *Macrocriminalidade*. Criminalidade estrutural. Poder discricionário. Impessoalidade.

Abstract: The present work aims to demonstrate, briefly but seriously, macrocrime as a structural and structuring phenomenon of practices involving the exercise of powers in contemporary society, especially in cases of electoral crimes and related ones, seeing the spaces of power, constitutionally designed to serve the public interest, been neglected for reasons of personal nature, violating the governing principles of public administration, especially with regard to morality and impersonality. In this sense, legitimate and adequate means of combating macro-criminal practices were sought, especially by reducing the spaces of discretionary power, as Luigi Ferrajoli bases. Therefore, the present work sought to highlight the importance of controlling the power spaces of all those who, in the name of the State, exercise it, as a means of individual and collective guarantee, once society is protected against macro-criminal practices.

Keywords: Macro-crime. Structural crime. Discretionary power. Impersonality.

1 Introdução

Fato é que, historicamente, o sistema de controle social penal (e o chamo assim porque este não se limita ao direito penal, indo além: processo penal, execução penal, etc.) foi um instrumento destinado às classes menos favorecidas e desprovidas de posses, servindo como um instrumento de defesa das classes hegemônicas contra os desvios dos desapossados, como há muito aponta a criminologia crítica¹.

Assim, em suma, o Direito Penal tinha como escopo tutelar o patrimônio individual em detrimento dos desvios individuais.

Ocorre que com o advento da Constituição, e mais, com a evolução do direito, que passou a se ocupar dos bens coletivos *lato sensu*, passou-se a vislumbrar que deveria ser dada importância a outras práticas criminosas, sobretudo àquelas que eram praticadas por indivíduos das classes hegemônicas e que tinham como sujeitos passivos a coletividade, ou seja, os direitos coletivos *stricto sensu* e difusos.

A esse gênero de criminalidade, cuja criminalidade eleitoral espécie foi denominada *macrocriminalidade*, assunto que será objeto do presente artigo.

Desse modo, a hipótese principal do trabalho é a de que a *macrocriminalidade* pode ser vista e analisada como uma forma de criminalidade estrutural, a partir das categorias e dos conceitos de Pierre Bourdieu, haja vista que, em hipótese, pode ser esta criminalidade vislumbrada como uma estrutura social (re)produtora de si mesma.

Sendo assim, a partir de tal leitura, será possível vislumbrar-se instrumentos (mais) efetivos e eficazes ao seu combate, a fim de tornar as dinâmicas sociais menos passíveis destes desvios.

Para realização desta análise do sistema e das formas mais adequadas de controle, será o trabalho elaborado em quatro capítulos subsequentes a esta introdução, seguidos das considerações finais.

No segundo capítulo, buscar-se-á discorrer sobre o conceito de *macrocriminalidade*, no que consiste tal categoria, quais bens jurídicos busca tutelar.

Em seguida, no terceiro capítulo, será buscada a análise sobre as categoriais bourdieuanas de estrutura (estruturante e estruturada), a fim de conceituar operacionalmente, a partir deste marco teórico, a categoria criminalidade estrutural.

¹ CIRINO DOS SANTOS, Juares. **Direito penal parte geral**. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

Seguindo ao quarto capítulo, este buscará abordar, de forma analítica, quais práticas sociais podem ser abarcadas pela categoria macrocriminosas e que, portanto, devem ser combatidas.

Então, no quinto capítulo, será realizada uma abordagem sobre as formas de serem evitadas tais práticas, o que será realizado a partir de uma leitura garantista Ferrajoliana².

Na metodologia do presente trabalho, foi utilizado o método indutivo na fase de investigação; na fase de tratamento de dados, o método cartesiano; e no relatório da pesquisa, foi empregada a base indutiva. Foram também acionadas as técnicas do referente³, da categoria⁴, dos conceitos operacionais⁵, da pesquisa bibliográfica⁶ e do fichamento⁷.

2 *Macrocriminalidade*

Macrocriminalidade se trata de um conceito relativamente novo, que veio para substanciar, categorizar⁸, parte dos chamados “crimes do colarinho branco” (*White Collar Crimes*). Ou seja, os crimes decorrentes da chamada *macrocriminalidade* são espécies do gênero “crimes do colarinho branco”, delitos estes em regra praticados por pessoas das camadas sociais mais altas.

² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. (Trad.) SIZA, Ana Paulo Zomer; CHOUKR, Fauzi Hassan; TAVARES, Juarez; GOMES, Luiz Flávio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

³ “explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2007, p. 241.

⁴ “palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma ideia”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, p. 229.

⁵ “definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias expostas”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, p. 229.

⁶ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, p. 240.

⁷ “Técnica que tem como principal utilidade otimizar a leitura na Pesquisa Científica, mediante a reunião de elementos selecionados pelo Pesquisador que registra e/ou resume e/ou reflete e/ou analisa de maneira sucinta, uma Obra, um Ensaio, uma Tese ou Dissertação, um Artigo ou uma aula, segundo Referente previamente estabelecido”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, p. 233.

⁸ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 59.

Os delitos da chamada *macrocriminalidade*, então, seriam os casos em que há apropriação das coisas comuns/públicas, tratam-se, assim, de apropriação das *res públicas (coisas públicas)*. Os sujeitos passivos dos delitos, portanto, são indeterminados, ou melhor, são todos que não sejam os sujeitos ativos.

O ponto nevrálgico da *macrocriminalidade*, todavia, é que estes delitos possuem sujeitos passivos indeterminados, sendo indeterminados, inclusive, na maioria das vezes, a própria abrangência do delito, sendo fato, contudo, que os agentes das classes menos favorecidas serão os principais lesados, haja vista que estes sofrem, de forma mais gravosa, os ônus dos serviços públicos deficitários.

Portanto, é possível se sustentar que, considerando os crimes patrimoniais da microcriminalidade, onde, em regra, os agentes das classes subalternas pratica(va)m delitos contra os indivíduos das classes hegemônicas⁹, na *macrocriminalidade* há uma inversão, sendo os agentes das classes hegemônicas que, em regra, praticarão atos desviantes que lesarão as classes menos abastadas.

Assim, em regra, os crimes envolvendo a *macrocriminalidade* não são assim vistos ou classificados em razão dos tipos penais em espécie, mas, sim, em consonância com o bem jurídico e os sujeitos passivos afetados.

Dessarte, ciente de que os direitos políticos e eleitorais (arts. 14 a 16, da CRFB/88) e processuais penais¹⁰ são expressões máximas da democracia e, portanto, também, dos direitos difusos e coletivos, é que se mostra tão imbricada a relação entre Justiça Eleitoral e *macrocriminalidade*.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, nos autos do Inquérito n. 4435¹¹, decidiu – de forma bastante acertada, diga-se de passagem – que a competência para julgar crimes eleitorais e conexos são da competência da Justiça Eleitoral.

⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 5. ed. Santa Catarina: Conceito, 2012, p. 442/454.

¹⁰ GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**, Buenos Aires: AJEA, 1936, p. 67: “Los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal em general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos ou autoritarios de su Constitución”

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 4435. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 14 de março de 2019. **Diário Oficial da União**.

Desse modo, inequívoco o fato de que restou à Justiça Eleitoral o papel de julgar (não acusar e tampouco combater) a *macrocriminalidade* envolvendo a seara eleitoral.

3 Criminalidade estrutural: o campo criminoso enquanto estrutura estruturante e estruturada

Se fato é que a *macrocriminalidade* é expressão da apropriação da coisa coletiva/pública (*res pública*), se faz imprescindível para o combate efetivo a estas práticas categoricamente antirrepublicanas a sua análise a partir das estruturas de poder que envolvem tal criminalidade.

Afinal, muito mais do que figuras criminosas, por detrás da *macrocriminalidade* há uma verdadeira cultura da vantagem individual em detrimento do coletivo (o famoso “jeitinho brasileiro”).

Assim sendo, em razão das relações de poder que envolvem a *macrocriminalidade*, estas podem ser vistas como estruturas estruturantes e estruturadas de dominação, através da acumulação e da maximização do capital simbólico¹², político e econômico¹³.

Nesse sentido, adequada a análise da sociologia das práticas de Pierre Bourdieu, para quem as dinâmicas sociais de poder dar-se-iam por meio de sistemas de comunicação, que são estruturas, a um só tempo, estruturantes e estruturadas de tráfego de capital simbólico.

As relações de comunicação são, de modo inseparável, sempre, relações de poder que dependem, na forma ou no conteúdo, do poder material ou simbólico acumulado pelos agentes (ou pelas instituições) envolvidas nessas relações e que, como o dom ou o potlatch, podem permitir acumular poder simbólico. (p. 11)

Quanto a característica estruturante, diz-se ser assim porque estruturam o comportamento futuro, por meio das dinâmicas e, até mesmo, das pré-compreensões dos sujeitos.

¹² BOURDIEU, Pierre. **Razões práticas**: sobre a teoria da ação. Tradução Mariza Corrêa. São Paulo: Papirus, 1996, p. 107: “O Capital simbólico é uma propriedade qualquer (de qualquer tipo de capital, físico econômico, cultural, social), percebida pelos agentes sociais cujas categorias de percepção são tais que eles podem entendê-las (percebê-las) e reconhecê-las, atribuindo-lhes valor”.

¹³ BOURDIEU, Pierre. **Choses dites**. Paris: Les Éditions de Minuit, 1987, p. 33; Bourdieu, Pierre. **Questions de sociologie**. Paris: Les Éditions de Minuit, 1984, 1984, p. 114.

Já por estruturadas, porque são compostas (estruturadas) de uma certa forma, de um certo modo, ainda que não estanque e hermético, mas, sim, passível de modificação, inclusive pela atuação dos agentes de seu meio (e aqui, possivelmente, temos uma solução ao nosso problema).

Sobre o assunto, melhor ensina BOURDIEU:

Os <<sistemas simbólicos>>, como instrumentos de conhecimento e de comunicação, só podem ser estruturantes porque são estruturados. O poder simbólico é um poder de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem *gnoseológica*: o sentido imediato de mundo (e, em particular, do mundo social) supõe aquilo que Durkheim chama de *conformismo lógico*, quer dizer, <<uma concepção homogênea do tempo, do espaço, do número, da causa, que torna possível a concordância entre as inteligências>>¹⁴.

Portanto, se passamos a entender as dinâmicas práticas enquanto sistema estruturante/estruturado, é possível vislumbrar(mos) os sistemas, os métodos e modos de ser, da *macrocriminalidade* como tal.

Ou seja, é possível uma leitura sociológica dos espaços de poder em que há apropriação da coisa pública (*res pública*), afinal, tais espaços, em regra, são campos de poder estruturados (de certa forma não republicana) e que, desse modo, estruturam os sujeitos que ali ingressam, fazendo com que estes lutem dentro de seus respectivos campos de atuação para acumulação, manutenção e maximização de seus capitais simbólicos, político e econômico. Nada mais Bourdieuano.

Nesse sentido, a prática cotidiana das relações da dinâmica eleitoral e política são relações que se desenvolvem em uma determinada estrutura (estruturante e estruturada).

Ocorre, contudo, que as relações econômicas e políticas sempre tiveram sobremaneira correlação, havendo nitidamente uma interdependência entre modelo econômico vigente e modelo político.

Nesse sentido, destaca BOURDIEU¹⁵:

As facções dominantes, cujo poder assenta no capital econômico, têm em vista impor a legitimidade da sua dominação quer por meio

¹⁴ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: Difusão Editorial Ltda, 1989, p. 09.

¹⁵ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: Difusão Editorial Ltda, 1989, p. 12.

da própria produção simbólica, quer por intermédio dos ideólogos conservadores, os quais só verdadeiramente servem aos interesses dos dominantes por acréscimo.

Assim, convergindo os pensamentos, é possível afirmar(mos) que as relações de poder político e eleitoral são de um campo estruturado, que exige, de seus atores, capital simbólico político e econômico.

O ponto nevrálgico, contudo, é que os agentes que se encontram nesse campo visam à maximização e à acumulação de seus capitais simbólicos, políticos e econômicos, acumulação esta que só será possível se as condições da estrutura assim o permitirem.

Assim, a ideia de acumulação de capital social, em síntese, terá a tendência de criar superestruturas, tal qual as já indicadas por Marx¹⁶; contudo, estas terão o condão de aumentar o capital.

Sobre o assunto, é de BOURDIEU:

Abandonar a dicotomia do econômico e do não econômico que proíbe apreender a ciência das práticas “econômicas” como caso particular de uma ciência capaz de tratar todas as práticas, inclusive aquelas que se reivindicam desinteressadas ou gratuitas, portanto libertadas da “economia” como práticas econômicas, orientadas para a maximização do lucro material ou simbólico¹⁷.

Portanto, enquanto campo estruturado, a partir da análise que BOURDIEU faz da sociologia das práticas, pode ser afirmado que o jogo político e eleitoral (incluindo-se, sobretudo, as decisões administrativas, legislativas e judiciais que envolvem essas relações) é um *ethos* estruturado, composto pelas relações interpessoais dos indivíduos que buscarão a maximização de seus ganhos pessoais.

Já no que tange a questão estruturante, é possível se vislumbrar que essas relações de ganhos individuais em detrimento do coletivo são colocadas aos indivíduos que ingressam no *ethos*, de modo a tornar esses “novos” integrantes da estrutura replicadores das práticas então vigentes.

¹⁶ MARX, Karl. **Contribución a la crítica de la economía política**. La Habana, Instituto do Libro, 1975, p. 10.

¹⁷ BOURDIEU, Pierre. **Razões práticas: sobre a teoria da ação**. Tradução Mariza Corrêa. São Paulo: Papirus, 1996, p. 209

Assim, as práticas de ganho individual em detrimento do coletivo, e em violação, portanto, aos princípios republicanos e da administração pública (art. 37 da CRFB/88), ganham forma de estrutura estruturante e estruturada, criando uma forma de *macrocriminalidade* estrutural.

4 Práticas sociais da estrutura macrocriminosa

Uma vez vislumbrado o fenômeno da *macrocriminalidade* como uma estrutura de práticas sociais, é necessário questionar quais seriam as práticas que, em regra, tendem a sobrepor os interesses individuais aos interesses privados, criando, assim, uma estrutura macrocriminosa (*macrocriminalidade* estrutural).

Fato é que a constatação destas práticas não é tarefa fácil, haja vista que estas sempre buscam ser encobertas por atos lícitos, o que se pode perceber é que, em regra, a apropriação da coisa pública se dá de quatro diferentes formas: a) contratação de servidores com sobrepreço e apropriação de valores (prática denominada de “rachadinha”); b) contratações de serviços com sobrepreço e apropriação de valores (“superfaturamento”); c) cargos públicos ou benefícios nesses cargos em troca de favores pessoais individuais; e d) favores pessoais em troca de dívidas pessoais e morais ao indivíduo¹⁸.

Quanto às práticas de contratação com sobrepreço, é possível verificar-se a violação dos princípios administrativos da moralidade, que se traduz no zelo com a coisa pública¹⁹ e na impessoalidade (afinal, para haver a devolução dos valores, pessoa determinada há de ser contratada), razão pela qual o ato é, sempre, administrativamente ilícito, além de criminoso.

¹⁸ BORGES, Manoela. **Cassado mandato do vereador Cláudio Duarte (PSL), em plenário na Câmara Municipal de BH.** Disponível em <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/08/01/cassado-mandato-do-vereador-claudio-duarte-psl-em-plenario-na-camara-municipal-de-belo-horizonte.ghtml>>. Acesso em 16 de ago. de 2019; VASSALO, Luiz; MACEDO, Fausto. **Promotoria não acredita que Queiroz possa ser o líder da organização criminosa.** Disponível em <<http://www.tribunadainternet.com.br/promotoria-nao-acredita-que-queiroz-possa-ser-o-lider-da-organizacao-criminosa/>>. Acesso em: 16 de agosto de 2019; BASTOS, Larissa. **Crime aconteceu em 2014 e foi denunciado pelo Ministério Público; pena foi fixada em 12 anos e três meses.** Disponível em <https://g1.gazetaweb.globo.com/portugal/noticia/2019/04/vereador-e-condenado-a-prisao-por-oferecer-sexo-a-menor-em-troca-de-favores_74281.php>. Acesso em: 16 de ago. de 2019.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 77-80.

Já no que concerne aos atos de contratação de indivíduos para cargos públicos antevendo benefícios privados, é nítida a violação da impessoalidade, uma vez que o agente público, ao contratar um indivíduo pensando em seu benefício pessoal, não está agindo sob o manto da impessoalidade, afinal, quem contrata o servidor é o órgão público, jamais a pessoa física que o representa.

Sobre o assunto, assenta a doutrina sobre a impessoalidade:

Exigir impessoalidade da administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à Administração. No primeiro sentido, o princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento. Aplicação desse princípio encontra-se, por exemplo, no artigo 100 da Constituição, referente aos precatórios judiciais; o dispositivo proíbe a designação de pessoas ou de casos nas dotações orçamentárias e nos créditos abertos para esse fim²⁰.

Assim como já dizia o arquiteto Ludwig Mies van der Rohe, “*Deus mora nos detalhes?*”, tal qual o ponto em comum de todas as práticas acima mencionadas, que é o poder discricionário, não vinculado. Ou seja, a fonte de conluio entre o capital político e o econômico para, juntos, maximizarem-se, dá-se nos espaços de poder discricionário, por meio da violação dos princípios administrativos e republicanos, sobretudo no que tange a impessoalidade e a moralidade, razão pela qual é por este caminho que se faz necessário pensar(mos) as possíveis soluções.

5 Possíveis soluções para a *macrocriminalidade*: redução dos espaços de poder (voltamos ao garantismo de Luigi Ferrajoli)

Conforme já visto anteriormente, o desvio dos princípios republicanos para fins de apropriação privada das coisas públicas (*res publica*) se dá nos espaços de poder discricionário e não vinculado.

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 68.

Assim, a primeira possível solução para a problemática em questão seria, nessa ótica, a redução dos espaços de poder discricionário, que não deve ser a volta do positivismo exegético (já que impossível a eliminação completa dos espaços de discricionariedade), mas, sim, a adoção de um modelo garantista, tal qual o sustentado por Luigi Ferrajoli.

Sobre o assunto, ensina o mencionado autor:

Estes três significados de “garantismo”, para os quais até agora forneci uma conotação exclusivamente penal, têm, a meu ver, um alcance teórico e filosófico geral que merece, pois, ser explicado. Eles delineiam, precisamente, os elementos de uma teoria geral do garantismo: o caráter vinculado do poder público no Estado de direito.

(...).

O termo “Estado de direito” é aqui empregado no segundo destes dois significados; e neste é sinônimo de “garantismo”. Designa, por este motivo, não simplesmente um “Estado legal” ou “regulado pelas leis”, mas um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado: a) no plano formal pelo princípio da legalidade, por força do qual todo poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade (...); b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua constituição dos deveres públicos (...) ²¹.

Não se está a falar em eliminação dos espaços de poder discricionário, até mesmo porque estes são ínsitos ao campo jurídico e do setor público, mas, sim, em atenuá-los, reduzindo-os ao mínimo possível.

Nesse sentido, ao serem atenuados os espaços de poder discricionário e não vinculado ter-se-iam reduzidas as possibilidades de (ab)uso do capital político para fins de angariar capital econômico e simbólico.

Desse modo, a própria estrutura do *ethos* em que se dão as dinâmicas sociais políticas e eleitorais minorariam as possibilidades de maximização dos capitais políticos, econômicos e sociais por meios ilícitos.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. Tradução por SIZA, Ana Paulo Zomer; CHOUKR, Fauzi Hassan; TAVARES, Juarez; GOMES, Luiz Flávio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 788-790.

Contudo, fato é que somente a atenuação dos espaços de poder discricionário, por si só, não solucionam completamente o problema, sobretudo em razão de, como dito, sempre haver algum espaço de poder discricionário.

Assim, faz-se imprescindível a adoção de medidas para os casos em que haja a prática de condutas ilícitas nestes campos de atuação públicos.

Todavia, fato é que as apropriações das coisas públicas (*res pública*), em regra, beneficiam todos aqueles que interagem de forma mais imediata no campo (todos aqueles que têm conhecimento da situação).

Afinal, diferentemente da microcriminalidade, em que há a figura da vítima bem delineada, como aquele que tem seu bem jurídico pessoal lesado, na *macrocriminalidade* as vítimas (sociedade) sequer tem ciência de que estão sendo vítimas, motivo pelo qual se torna dificultoso até mesmo o conhecimento das autoridades responsáveis pela repressão destas à sua ciência.

Assim, nos contextos macrocriminosos, em regra, tem-se “a dificuldade da Justiça Penal em recair sempre sobre os peixes pequenos ou soldados da organização, encarregados do serviço sujo, como os transportadores de droga, enquanto os mandantes restam protegidos pelo manto da organização lícita ou com aparência de lícita”²².

Portanto, a criação e o incentivo de instrumentos de colaboração premiada se mostram fundamentais para a consecução dos objetivos de reprimir a *macrocriminalidade*, tais como os institutos da delação premiada, do *whistleblower*, ou mesmo da possibilidade de ser alargado o rol dos legitimados para ajuizamento de ação civil pública, sendo pagos por meio de parte dos valores recuperados/obtidos.

Seria uma forma de, simultaneamente, combater a *macrocriminalidade* e reduzir a sua eficácia estruturante, haja vista a atenuação da confiança entre os agentes delituosos.

Contudo, importante destacar que todos esses institutos de colaboração premiada devem, também, possuir o mínimo possível de espaço de poder discricionário, havendo a necessidade de vinculação dos atos a serem realizados e, sobretudo, dos benefícios a serem outorgados, caso contrário, estar-se-á a transferir, a estrutura da *macrocriminalidade* a um outro campo de atuação, ao invés de, como deve ser, atenuá-la.

²² GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Legislação penal especial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 651.

Afinal, deve-se sempre desconfiar do poder e, por isso, controlá-lo, uma vez que o “pressuposto de todo totalitarismo é uma visão finalista e otimista do poder como bom ou, seja como for, dotado de valor ético, graças à fonte de legitimação que o detém”²³, enquanto o “garantismo é sempre uma visão pessimista do poder como maléfico, quem quer que o detenha, porque exposto, de qualquer maneira, em ausência de limites e garantias, a degenerar em despotismo”²⁴.

Assim, algumas questões, que malgrado sejam de suma importância e estejam sendo esquecidas, devem ser levantadas, tais como o rito das colaborações premiadas, a premiação tarifada e o duplo grau em caso de recusa, além da formalidade do rito de formulação de tais acordos.

No ponto, o atual cenário é caótico (e fértil para condutas desviantes), uma vez que não há rito específico para a formulação de pedido de colaboração premiada. Não há legislação alguma prevendo o *modus operandi* que a parte interessada em colaborar em prol do benefício deve adotar para propor o acordo ao Poder Público.

Nesse sentido, inclusive, a crítica encontra respaldo na doutrina:

Diferentemente do pentitismo, a delação no molde brasileiro carece de previsão acerca de seu procedimento, deixando para a doutrina e a jurisprudência essa difícil missão. É nessa seara de incertezas que alguns problemas surgem, como bem observa a Procuradora Regional da República Carla Veríssimo de Carli, ao narrar que, em vista disso, soluções diversas podem ser dadas para um mesmo caso, a depender do juiz. Como exemplos, a autora traz os seguintes questionamentos práticos acerca da modalidade premial: quem poderá propô-la? Necessária a concordância do Ministério Público? Até quando poderá ser realizada? Como deve ser feito o controle do acordo? Dentre várias outras dúvidas percebidas na práxis²⁵.

²³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. Tradução por SIZA, Ana Paulo Zomer; CHOUKR, Fauzi Hassan; TAVARES, Juarez; GOMES, Luiz Flávio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 816.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. Tradução por SIZA, Ana Paulo Zomer; CHOUKR, Fauzi Hassan; TAVARES, Juarez; GOMES, Luiz Flávio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 816.

²⁵ NASCIMENTO, Vanessa Urquiola do. **A delação premiada no Brasil**: críticas à ausência de procedimento legal pensadas a partir do exame da jurisprudência dos tribunais superiores. Disponível em <<http://editora.pucrs.br/anais/cienciascriminais/III/3.pdf>>. Acesso em 05 ago. 2019, p. 11.

Ademais, não há qualquer previsão de quantidade/qualidade da colaboração e benefício obtidos, exceto no que tange ao art. 4º da Lei 12.850/2013 – que, na prática, virou letra morta –, podendo a autoridade, eventualmente, aceitar um acordo não tão bom para perseguir determinado agente ou, por outro lado, não o aceitar para blindá-lo, violando, claramente, os princípios republicanos e de impessoalidade.

Por fim, malgrado não se esteja a falar de via jurisdicional propriamente dita (quando da formulação dos acordos), fato é que deve, sim, ser assegurado àquele que busque o acordo o direito ao duplo grau, tanto em respeito ao que alude o art. 8.2.h do Pacto de San José da Costa Rica (Dec. 678/92), quanto em razão do duplo grau administrativo (pluralidade de instâncias)²⁶.

Assim, recusando-se o Promotor, o Procurador ou o Delegado natural do caso a firmar o acordo, deve ser cabível à parte que se sentir prejudicada recurso hierárquico dentro da própria instituição, a fim de que seja possível o controle dos que exerçam os poderes públicos.

Sobre o assunto, inclusive, bem assentou o Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança 33²⁷:

O ministro Gilmar Mendes acompanhou o voto do relator, mas, à guisa de obiter dictum, assentou premissas ao modelo de colaboração premiada brasileiro diante de omissões relevantes na legislação pertinente. As premissas foram endossadas pelos ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

Para o ministro Gilmar Mendes, a negativa de realização do acordo por parte do órgão acusador deve ser devidamente motivada e orientada pelos critérios definidos em lei. Essa recusa também pode ser objeto de controle por órgão superior no âmbito do ministério público, por aplicação analógica do art. 28 do CPP. Ademais, informações ou elementos produzidos por investigados em negociações de acordo de colaboração premiada não formalizado não podem ser utilizadas na persecução penal. Por fim, o juiz, na sentença, pode

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 707-8.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 35693, AgR/DF. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 28 de maio de 2019. **Diário Oficial da União**. Brasília.

conceder benefício ao investigado mesmo sem prévia homologação de acordo de colaboração premiada²⁸.

Basicamente, portanto, o que há de ser mudado é a matriz da questão, ou seja, a existência abusiva de espaços de poderes discricionários, sob pena de apenas mudarmos o problema de local, ao invés de corrigi-lo.

6 Considerações finais

Ao concluir o presente artigo, após análise do fenômeno da *macrocriminalidade* enquanto estrutura, estruturada e estruturante, das práticas cotidianas que envolvem o poder, é visível a compreensão de que os espaços de poder arbitrário e discricionário tendem a possibilitar as práticas macrocriminosas.

Nesse sentido, a partir da análise das práticas cotidianas macrocriminosas, denota-se que estas são, em suma, formas de indivíduos maximizarem seus próprios capitais, políticos e econômicos, o que fazem em detrimento dos princípios da moralidade e, sobretudo, da impessoalidade.

Ademais, restou visualizado que a *macrocriminalidade*, diversamente da microcriminalidade, onde há um sujeito passivo bem definido, possui como alvo a coletividade, afetando direitos difusos e coletivos, sendo sobremaneira dificultosa a ciência do cometimento de tais ilícitos, inclusive pelas autoridades responsáveis pela persecução penal.

Desse modo, soa de bom alvitre a utilização de institutos que visam premiar os agentes que colaborem com a elucidação de práticas delituosas, tais como a delação premiada, *whistleblower*, entre outros.

Contudo, fato é que o combate à *macrocriminalidade* não pode ter o condão de subsidiar o aparecimento de espaços de poder discricionário, sob pena de haver apenas uma mudança do local fértil para o aparecimento de estruturas macrocriminosas, por meio do desvio aos princípios da moralidade e da impessoalidade.

Portanto, ao fim e ao cabo, pode-se perceber que o combate das práticas macrocriminosas passa, inexoravelmente, pela diminuição dos es-

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **INFOMATIVO 942**. a2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo942.htm#Acordo%20de%20colabora%C3%A7%C3%A3o%20premiada%20e%20aus%C3%Aancia%20de%20direito%20%C3%ADquido%20e%20certo>>. Acesso em: 22 ago. 2019.

paços de sua existência, quais sejam, os espaços de poder arbitrário e discricionário, devendo todo poder ser limitado e racionalizado.

Nesse compasso, a par da importância de institutos de colaboração premiada, deve-se pensar não mais “se” esses institutos devem existir, mas, sim “como”, devem existir.

Assim, a discussão mais profícua do tema passa(ria) necessariamente pelas formas de controle (eliminação de espaços discricionários de poder) nas colaborações, tais como: tarificação da (redução de) pena em relação ao montante da organização entregue ou do *quantum* recuperado; dos requisitos objetivos e subjetivos para realização de um acordo, que deverá, no caso, passar a ser direito subjetivo da parte; direito ao duplo grau administrativo (colegiado) para o caso de indeferimento do benefícios nas instâncias que podem firmá-lo e; primeiramente, um rito legal (sim, criado pelo Poder Legislativo) para a forma de realização (pedido, trâmite, recurso administrativo, etc.) de acordos de colaboração. Cada uma destas medidas passível de um trabalho próprio.

Dessarte, malgrado tenha-se percebido a *macrocriminalidade* enquanto prática sistêmica e estrutural, a discussão sobre as formas de eliminação dessa estrutura (ainda) alongar-se-á, razão pela qual o estudo do tema em questão se mostra tão relevante.

Referências

BASTOS, Larissa. **Crime aconteceu em 2014 e foi denunciado pelo Ministério Público; pena foi fixada em 12 anos e três meses**. Disponível em <https://gazetaweb.globo.com/portal/noticia/2019/04/vereador-e-condenado-a-prisao-por-oferecer-sexo-a-menor-em-troca-de-favores_74281.php>. Acesso em: 16 de agosto de 2019.

BORGES, Manoela. **Cassado mandato do vereador Cláudio Duarte (PSL), em plenário na Câmara Municipal de BH**. Disponível em <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/08/01/cassado-mandato-do-vereador-claudio-duarte-psl-em-plenario-na-camara-municipal-de-belo-horizonte.ghtml>>. Acesso em: 16 de agosto de 2019.

BOURDIEU, Pierre. **Choses dites**. Paris: Les Éditions de Minuit, 1987, p. 33; Bourdieu, Pierre. **Questions de sociologie**. Paris: Les Éditions de Minuit, 1984, 1984.

_____. **O poder simbólico**. Lisboa: Difusão Editorial, 1989.

_____. **Razões práticas:** sobre a teoria da ação. Tradução Mariza Corrêa. São Paulo: Papirus, 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 4435. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 14 de março de 2019. **Diário Oficial da União**.

_____. Mandado de Segurança nº 35693, AgR/DF. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 28 de maio de 2019. **Diário Oficial da União**. Brasília.

_____. **INFORMATIVO 942**. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo942.htm#Acordo%20de%20colabora%C3%A7%C3%A3o%20premiada%20e%20aus%C3%Aancia%20de%20direito%20%C3%ADquido%20e%20certo>>. Acesso em: 22 ago. 2019.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal parte geral**. 5. edição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 3. ed. Tradução por SIZA, Ana Paulo Zomer; CHOUKR, Fauzi Hassan; TAVARES, Juarez; GOMES, Luiz Flávio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOLDSCHIMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**, Buenos Aires: AJEA, 1936.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Legislação penal especial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARX, Karl. **Contribución a la crítica de la economía política**. La Habana, Instituto do Libro, 1975.

NASCIMENTO, Vanessa Urquiola do. **A delação premiada no Brasil:** críticas à ausência de procedimento legal pensadas a partir do exame da jurisprudência dos tribunais superiores. Disponível em <<http://editora.pucrs.br/anais/cienciascriminais/III/3.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

_____. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal:** parte geral. 5. ed. Santa Catarina: Conceito, 2012.

VASSALLO, Luiz; MACEDO, Fausto. **Promotora não acredita que Queiroz possa ser o líder da organização criminosa.** Disponível em <<http://www.tribunadainternet.com.br/promotora-nao-acredita-que-queiroz-possa-ser-o-lider-da-organizacao-criminosa/>>. Acesso em: 16 de agosto de 2019.

José Edilson da Cunha Fontenelle Neto - Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, mestre em Direito da União Europeia pela Universidade do Minho – UMINHO/PT, especialista pós-graduado em direito penal e criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal ICPC/UNINTER. Graduado em Direito pela Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. Professor de Direito Penal e de Direito Processual Penal na Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. Advogado.

A JURISDIÇÃO PENAL ELEITORAL ENTRE A NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL E O “CANTO DA SEREIA”: COMPETÊNCIA E COMPOSIÇÃO DA JUSTIÇA ELEITORAL BRASILEIRA APÓS A DECISÃO DO STF NOS AUTOS DO INQUÉRITO Nº 4435

The electoral criminal jurisdiction between constitutional normativity and the “mermaid song”: competence and composition of the Brazilian Electoral Justice after the Supreme Court decision in the case of Inquiry n. 4435

Guilherme Barcelos

Resumo: O artigo destina-se a abordar, sob o prisma constitucional e legal, em sentido estrito, a controvérsia envolta à competência e à composição da Justiça Eleitoral após a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) lavrada nos autos do Inquérito nº 4435/DF. Na referida decisão, o STF reafirmou que a competência para o julgamento dos crimes conexos aos crimes eleitorais é da Justiça Eleitoral. O conteúdo da decisão, apesar de não configurar novidade alguma, gerou uma cadeia de eventos que culminaram em diversas propostas de modificação da jurisdição penal eleitoral, especialmente naquilo que se refere às regras de competência e à composição da Justiça Eleitoral. O objetivo do texto reside, a partir da crítica hermenêutica do Direito, em demonstrar que tais investidas, calcadas não raramente em fundamentos não jurídicos, são inconstitucionais e ilegais em sentido estrito e, além disso, que se encontram direcionadas a foros decisórios inadequados, o que reforça a respectiva ilegalidade (constitucional e estrita). Para tanto, utilizaremos o método indutivo.

Palavras-chave: Justiça Eleitoral. Crimes Eleitorais. Crimes conexos. Competência. Composição. STF. Inquérito nº 4435.

Abstract: The article is intended to address, under the constitutional and legal prism, the controversy surrounding the competence and composition of the Electoral Justice after the decision of the STF drawn up in the records of Inquiry number 4435/DF. In that decision, the STF reaffirmed that the jurisdiction for the adjudication of crimes related to electoral crimes is of the Electoral Justice. The content of the decision, although not new, has generated a chain of events that culminated in several proposals to modify the electoral criminal jurisdiction, especially regarding the rules of competence and the composition of the Electoral Justice. The purpose of the text, based on the hermeneutic critique of law, is to demonstrate that such attacks, not infrequently based on non-legal grounds, are unconstitutional and illegal in the strict sense and, furthermore, that they are directed to inappropriate decision-making forums, reinforcing their illegality (constitutional and strict). For this, we will use the inductive method.

Keywords: Electoral justice. Electoral Crimes. Related crimes. Competence. Composition. Supreme Court. Investigation procedure number 4435.

1 Introdução

O artigo destina-se a abordar, sob o prisma constitucional e legal, em sentido estrito, a controvérsia envolta à competência e à composição da Justiça Eleitoral após a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) lavrada nos autos do Inquérito nº 4435/DF. Na referida decisão, o STF reafirmou, por maioria de votos, que a competência para o julgamento dos crimes conexos aos crimes eleitorais é da Justiça Eleitoral. A relatoria do caso ficou a cargo do Ministro Marco Aurélio, que prolatou o voto condutor do julgado.

A corrente majoritária deu parcial provimento ao agravo interposto pela defesa do investigado e reafirmou o entendimento do Tribunal, desde há muito consolidado, no sentido de que a competência para o julgamento dos crimes conexos aos crimes eleitorais também é da Justiça Eleitoral. Ficaram vencidos os ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Cármen Lúcia.

O conteúdo da decisão, apesar de não configurar novidade alguma, gerou uma cadeia de eventos que culminaram em diversas propostas de modificação da jurisdição penal eleitoral, especialmente naquilo que se refere às regras de competência e à composição da Justiça Eleitoral. Já o pano de fundo da “polêmica” dá conta da chamada “Operação Lava-Jato”, sendo que o combustível para o assentamento de antagonismos injustificáveis – em razão da normatividade constitucional e da legislação infraconstitucional, além da tradição jurisprudencial do próprio STF – foi ofertado, dentre outros, por membros da “força-tarefa” (sic) da referida operação, procuradores do Ministério Público Federal (MPF) militantes na capital do Estado-federado do Paraná.

O próprio Tribunal Superior Eleitoral (TSE), por iniciativa da Presidência, criou grupo de trabalho com a finalidade de colher sugestões no sentido de fazer implementar a decisão do STF, o que foi formalizado por intermédio da portaria TSE nº 231, de 22 de março de 2019.

Nesse contexto, ao fim e ao cabo, houve o surgimento de diversas propostas de modificação e/ou aperfeiçoamento da jurisdição penal eleitoral, especialmente naquilo que se refere às regras de competência e à composição da Justiça Eleitoral. Quanto à composição da Justiça Eleitoral, o deslocamento de juízes federais às zonas eleitorais é a proposta sustentada, por exemplo, pela Procuradoria Geral da República (PGR) e pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE). Já quanto à competência, ao

menos dois Tribunais Regionais Eleitorais (TREs) do país tomaram medidas, por intermédio de Resoluções tendentes a “implementar” a comentada decisão do STF assentada nos autos do INQ nº 4435. Trata-se, pois, dos TREs do Rio Grande do Sul e da Bahia. Essas investidas, a seu turno, fizeram criar zonas eleitorais específicas no âmbito dos respectivos territórios, às quais seriam incumbidas de processar e julgar, de forma especializada, crimes eleitorais conexos a crimes de corrupção ativa e passiva, de evasão de divisas, de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, e os delitos praticados por organizações criminosas, independentemente do caráter transnacional ou não das infrações, e os pedidos de colaboração premiada e de cooperação jurídica passiva em matéria penal.

Procuraremos demonstrar, assim sendo, que tais investidas, especialmente essas duas, são inconstitucionais e ilegais em sentido estrito e, além disso, que se encontram *direcionadas a* ou *efetivadas por* foros decisórios inadequados. E, para tanto, o artigo será dividido em dois capítulos: no primeiro, será trazido à tona o conteúdo da decisão do STF; e, no segundo, será demonstrado como essas propostas vieram à arena pública, e os seus fundamentos, sendo perquirido como a Constituição e a legislação infraconstitucional tratam das matérias afetas à composição e à competência da Justiça Eleitoral brasileira, de modo a denunciarmos, portanto, a inconstitucionalidade e a ilegalidade estrita de investidas dessa natureza.

2 A decisão do STF nos autos do Inquérito nº 4435 – a competência da Justiça Eleitoral para julgar os crimes conexos aos crimes eleitorais

O INQ nº 4435 decorre de informação obtida em acordos de colaboração premiada firmados por executivos e ex-executivos do Grupo Odebrecht, ocasião na qual teria sido indicada a prática de diversos delitos penais e penais eleitorais por parte de políticos fluminenses entre os anos de 2010 e 2014. De acordo com os autos, a conduta supostamente cometida em 2010 diz respeito ao recebimento de R\$ 3 milhões a pretexto da campanha eleitoral do então candidato Pedro Paulo (DEM-RJ) para deputado federal. Em 2012, a investigação se refere ao suposto recebimento por Eduardo Paes de R\$ 15 milhões em doação ilegal da empreiteira no âmbito de contratos referentes às Olimpíadas de 2016, visando à sua reeleição à Prefeitura do Rio. Já o fato relativo a 2014 consistiria no recebimento de

doação ilegal de aproximadamente R\$ 300 mil para a reeleição de Pedro Paulo. O caso envolve a suposta prática de crimes de corrupção passiva, corrupção ativa, lavagem de capitais, evasão de divisas e falsidade ideológica eleitoral¹.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), nos autos do referido Inquérito e na data de 14 de março de 2019, refirmou a jurisprudência histórica da Corte no sentido de considerar como da alçada de competência da Justiça Eleitoral a prerrogativa de processar e julgar os crimes comuns que apresentam conexão com crimes eleitorais. Na mesma decisão, o STF assentou que caberia à Justiça especializada a análise, caso a caso, acerca da existência de conexão de crimes comuns a crimes eleitorais ou não, algo passível de análise apenas e tão somente à luz da facticidade dos casos concretos submetidos ao crivo da jurisdição penal eleitoral.

A matéria foi apreciada no julgamento de recurso (agravo regimental) interposto pela defesa do ex-prefeito do Rio de Janeiro, Eduardo Paes, e do deputado federal Pedro Paulo (DEM-RJ) no Inquérito (INQ) 4435, no qual são investigados por fatos supostamente ocorridos em 2010, 2012 e 2014. No agravo, os investigados pediram a manutenção da investigação no STF, tendo em vista que Pedro Paulo ocupava, na época da maior parte dos fatos, o cargo de deputado federal. Caso o processo não fosse mantido na jurisdição do STF, requereriam o encaminhamento do caso à Justiça Eleitoral fluminense².

A corrente majoritária – formada pelos ministros Marco Aurélio (relator), Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli – deu parcial provimento ao agravo e reafirmou o entendimento do Tribunal. Ficaram vencidos os ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que votaram pela cisão de parte da apuração entre a Justiça Eleitoral e a Justiça Federal.

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Plenário do STF reafirma competência da Justiça Eleitoral para julgar crimes comuns conexos a delito eleitoral**. Brasília-DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=405834>. Acesso em: 01 set. 2019.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Plenário do STF reafirma competência da Justiça Eleitoral para julgar crimes comuns conexos a delito eleitoral**. Brasília-DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=405834>. Acesso em: 01 set. 2019.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio afirmou a competência da Justiça Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro para processar e julgar as condutas delituosas supostamente cometidas em 2010 e 2012. Como em 2010, Pedro Paulo exercia cargo de deputado estadual, e não federal, o relator entendeu que o Supremo não era competente para analisar os fatos referentes ao período. Em relação aos delitos supostamente cometidos em 2012, concluiu que os fatos também não estão vinculados ao mandato de deputado federal. Com relação aos delitos supostamente praticados em 2014, o ministro Marco Aurélio reconheceu a competência do Supremo, pois Pedro Paulo já ocupava o cargo de deputado federal e os fatos apurados envolveriam sua reeleição³.

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, acompanhando o voto do Relator, fez um histórico sobre o tratamento dado a todas as constituições brasileiras sobre a competência da Justiça Eleitoral. Ele avaliou que as Constituições de 1932, 1934, 1946, 1967 e 1969 reconhecem a competência da Justiça especializada para processar e julgar crimes eleitorais e conexos. “Isso demonstra uma continuidade normativa”, ressaltou. Segundo ele, a Constituição de 1988 não tratou da questão de forma taxativa, mas o artigo 121 estabeleceu os casos submetidos à Justiça Eleitoral, seguindo a linha de raciocínio das cartas anteriores. O ministro explicou que a razão relevante para a atribuição de tal competência é a preocupação com o bom funcionamento das regras do sistema democrático e com a lisura dos pleitos eleitorais⁴.

O decano da Corte, ministro Celso de Mello, destacou em seu voto que a Segunda Turma do STF não tem promovido nenhuma inovação ao considerar a Justiça Eleitoral competente para atuar em casos semelhantes aos dos autos, mas apenas tem se limitado a reafirmar orientação do Tribunal. A jurisprudência da Corte tem sido muito clara já com base na Constituição da República, destacou. No mesmo sentido, também votou o ministro Ricardo Lewandowski.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Plenário do STF reafirma competência da Justiça Eleitoral para julgar crimes comuns conexos a delito eleitoral**. Brasília-DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=405834>. Acesso em: 01 set. 2019.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Plenário do STF reafirma competência da Justiça Eleitoral para julgar crimes comuns conexos a delito eleitoral**. Brasília-DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=405834>. Acesso em: 01 set. 2019.

O presidente do STF, ministro Dias Toffoli, reiterou seus votos proferidos quando integrava a Segunda Turma e, conforme ressaltou, estão na linha da jurisprudência da Corte. “Todos aqui estamos unidos no combate à corrupção e em defesa da Justiça Eleitoral, que estará pronta para atuar”, destacou.

O ministro Edson Fachin foi o primeiro a divergir [...]. Para ele, as apurações referentes aos fatos tanto de 2010 como de 2014 deveriam ser remetidas à Justiça Eleitoral e, em seu entendimento, não haveria razões para manter nenhum dos casos no STF. Segundo o ministro, os fatos apurados não têm qualquer vinculação com as atribuições do mandato de deputado federal, ainda que se refiram à reeleição para o cargo. Já quanto às investigações relacionadas a 2012, Fachin concordou com o relator sobre a incompetência do Supremo nesta parcela das apurações, mas divergiu com relação ao destino da investigação⁵.

O ministro Luís Roberto Barroso seguiu a divergência. No entanto, registrou seu entendimento sobre a matéria de forma mais abrangente. Segundo ele, a investigação em tais casos deve ser iniciada sob a supervisão da Justiça Federal, e somente no final deve ser definido o local de encaminhamento dos processos, a depender dos crimes envolvidos. Barroso exemplificou seu ponto de vista afirmando que, se houver somente o crime de falsidade ideológica eleitoral, o processo deve ser enviado para a Justiça Eleitoral e, se houver corrupção, deve permanecer na Justiça Federal. O ministro Luiz Fux também seguiu o voto do ministro Edson Fachin, mas registrou seu posicionamento no sentido de que a competência deve ser definida somente quando a investigação tiver sido finalizada, com a conclusão da imputação dos crimes pelo Ministério Público. A divergência também foi seguida pelas ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia⁶.

Logo, por apertada maioria de seis votos a cinco, o STF reafirmou aquilo que vinha decidindo há décadas, isto é: a competência para processar e julgar os crimes conexos a crimes eleitorais também é da Justiça Eleitoral,

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Plenário do STF reafirma competência da Justiça Eleitoral para julgar crimes comuns conexos a delito eleitoral**. Brasília-DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=405834>. Acesso em: 01 set. 2019.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Plenário do STF reafirma competência da Justiça Eleitoral para julgar crimes comuns conexos a delito eleitoral**. Brasília-DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=405834>. Acesso em: 01 set. 2019.

conclusão alcançada não apenas a partir do texto constitucional de 1988 e do texto da legislação infraconstitucional vigente e válida – Código Eleitoral e leis esparsas, mas da própria história institucional do STF, construída ano após ano através da sua jurisprudência. A competência para avaliar a conexão existente em cada caso concreto, de mais a mais, também é da Justiça Eleitoral, disse o STF, cabendo, pois, a este ramo especializado do Poder Judiciário brasileiro, observado o direito/dever fundamental de motivação das decisões judiciais e o direito fundamental de todo e qualquer jurisdicionado a uma resposta adequada à Constituição⁷, avaliar, caso a caso, a existência ou não da referida conexão. Havendo, a competência será mantida com a Justiça Eleitoral. Não havendo, a própria Justiça Eleitoral determinará a cisão e, ato contínuo, remeterá os autos correspondentes ao órgão jurisdicional competente para que tome, assim sendo, as medidas cabíveis.

3 A composição e a competência da Justiça Eleitoral em matéria penal vs. o “canto da sereia” – da inconstitucionalidade e da ilegalidade estrita da alocação de juízes federais em zonas eleitorais e da criação de zonas eleitorais “especializadas”

Antes, uma pergunta: o que a *Odisseia* de Homero⁸ tem a ver com tudo isso? Diretamente, absolutamente nada. Porém, aproximando Direito e Literatura, é possível traçar um estreito paralelo entre a realidade de Ulisses (ou Odisseu, para nós), o canto das sereias e algumas propostas e ações de entidades públicas e órgãos de classe desencadeadas tão logo noticiada a decisão do STF no INQ nº 4435/DF.

Na *Odisseia*, Homero narra a travessia de Ulisses e de sua tripulação de Troia a Ítaca na Grécia. Tão logo finda a epopeica guerra entre gre-

⁷ A esse respeito: STRECK, Lenio Luiz. ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do Direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. TASSINARI, Clarissa. A atuação do Judiciário em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p. 32, jul./dez. 2012; STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

⁸ HOMERO. **Odisseia**. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Ed. Abril, 1978.

gos e troianos (a famosa guerra de Troia⁹), Ulisses é instruído pelos deuses a voltar imediatamente para o seu reino (Ítaca). Porém, fora da rota ordinária, a nau de Ulisses aproximou-se da ilha de Capri, uma ilha rochosa conhecida como a região das sereias. Estes seres, segundo narra história, carregavam o poder de hipnotizar os homens através dos seus cantos. E o encantamento advindo dos citados cantos acabaria por conduzir as embarcações aos rochedos da morte, de onde dificilmente poderiam escapar. Ulisses sabia que não poderia resistir a ele.

Ulisses ordenou aos seus marinheiros que o amarrassem ao mastro do barco, e que, em qualquer hipótese, só viessem a soltá-lo futuramente, não importando quaisquer ordens vindouras que ele próprio viesse a emitir em sentido oposto. A ordem era clara: ele só poderia vir a ser desatado quando tivessem concluído a passagem pela ilha. Resistir era quase impossível. Ciente dessa realidade, no fim das contas, Ulisses criou uma *autorrestrição*. E, desse modo, o rei de Ítaca pôde vencer o canto e o encanto das sereias.

Na alegoria presente na *Odisseia*, de Homero, o canto das sereias é um símbolo da sedução à qual o ser humano está submetido. E as amarras ou correntes de Ulisses, o mecanismo hábil a suspendê-las. Ulisses é amarrado ao mastro do seu barco. E, mesmo ciente do poderoso canto das sereias, mantém-se firme e resistente aos seus efeitos. Ao ordenar aos subordinados que o amarrassem ao mastro, ele reconhece as suas fragilidades enquanto humano que é. Logo, o Rei de Ítaca usa de um mecanismo externo para resistir, assim evitando cair na cilada do cantar das sereias da ilha de Capri. Este mecanismo representou justamente as amarras/correntes de Ulisses, o que acabou por possibilitar a limitação do poder das sereias. Ao ser amarrado, Ulisses contém-se, suspende os seus desejos, a sua vontade, enfim, o seu arbítrio, e, imune ao canto das sereias, se mantém fiel aos pré-compromissos firmados, seguindo, então, incorruptível ao soar dos cantos, o curso em direção ao seu recanto. Pois bem.

Tão logo noticiada a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) nos autos do INQ nº 4435/DF, isso no sentido de reafirmar que a competência para processar e julgar os crimes conexos aos crimes eleitorais é da Justiça Eleitoral, o deslocamento de juízes federais às zonas eleitorais veio

⁹ HOMERO. *Iliada*. Tradução de Manuel Odorico Mendes. São Paulo: Ed. Abril, 2009.

à baila como uma proposta formal defendida pela Procuradoria Geral da República (PGR) e pela Associação Nacional dos Juizes Federais (AJUFE).

A AJUFE, representada pelo seu Presidente juiz federal Fernando Marcelo Mendes, passou a defender o dispêndio de um reforço estrutural na Justiça Eleitoral, de modo que juizes federais também pudessem integrar a Justiça Eleitoral no âmbito das Zonas Eleitorais. Para a entidade, os juizes estaduais ficariam com a competência para o julgamento dos crimes eleitorais, enquanto os juizes federais passariam a possuir a competência para julgar os crimes conexos¹⁰.

A PGR, por sua vez, representada pela Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge, passou a sustentar a mesma proposta em ofício remetido ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Segundo a PRG, considerada a decisão do STF, seria indispensável a alteração da Resolução TSE nº 21.009/02, “[...] de forma a que sejam estabelecidos juizes especializados na Justiça Eleitoral para crimes eleitorais conexos a crimes de corrupção, de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores e praticados por organizações criminosas”¹¹. Esse é o teor do Ofício nº 239 GAB/PGR.

A motivação das referidas propostas, é importante que se diga, recaiu numa diretriz central, qual seja “o combate à corrupção”. Assim, segundo defenderam (e seguem defendendo) PRG e AJUFE “[...] o incremento de juizes eleitorais para processar crimes eleitorais associados à corrupção, lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores e praticados por organizações criminosas, mostra-se a melhor via para o enfrentamento do influxo de ações penais complexas nessa temática para a Justiça Eleitoral”¹². Nesse ínterim, no mais, não ignoremos o contexto subjacente que envolve a problemática: a (já citada) “Operação Lava-Jato” – munida de “porta-vo-

¹⁰ Sobre o tema: BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. **Audiência Pública colhe sugestões sobre decisão do STF**. Brasília-DF. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Maio/audiencia-publica-colhe-sugestoes-sobre-decisao-do-stf>. Acesso em: 02 set. 2019.

¹¹ BRASIL, Ministério Público Federal. **Entidades defendem proposta da PGR para que juizes federais reforcem atuação em matéria eleitoral**. Brasília-DF. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/entidades-defendem-proposta-da-pgr-para-que-juizes-federais-reforcem-atuacao-em-materia-eleitoral>. Acesso em: 02 set. 2019.

¹² BRASIL, Ministério Público Federal. **Entidades defendem proposta da PGR para que juizes federais reforcem atuação em matéria eleitoral**. Brasília-DF. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/entidades-defendem-proposta-da-pgr-para-que-juizes-federais-reforcem-atuacao-em-materia-eleitoral>. Acesso em: 02 set. 2019.

zes” (sic) não raro vorazes na defesa de inúmeras medidas tendentes ao “combate à corrupção”, sem que se faça a mínima digressão constitucional acerca das mesmas medidas (uma espécie de “vale-tudo”, como se os fins justificasse os meios em matéria de Direito).

Ocorre que a proposta em comento é desabridamente inconstitucional, porquanto violadora do artigo 120, incisos I e II, da Constituição Federal (o dispositivo constitucional é categórico ao afirmar que as zonas eleitorais serão ocupadas por juízes de direito e, portanto, por juízes estaduais). E é ilegal, em sentido estrito, no mais, confrontando, na espécie, com os artigos 32 e 36 do Código Eleitoral (dispositivos legais que, regulamentando o texto constitucional, reafirmam a ocupação das zonas eleitorais por juízes de direito e, conseqüentemente, por juízes estaduais).

Trata-se, portanto, tais propostas, de uma tentativa escancarada de fazer soçobrar o texto constitucional e o texto infraconstitucional com lastro em argumentos de moral e de política, como se a defesa da coisa pública não devesse transcorrer dentro dos limites pré-estabelecidos pela ordem constitucional e legal vigente ou, diga-se de passagem, como se a decisão do STF representasse uma hecatombe, a ponto de a Justiça Eleitoral passar à vilã do indigitado “combate à corrupção” (sic). Além de inconstitucionais e ilegais em sentido estrito, tais falas são indelicadas, como se a Justiça Eleitoral não tivesse a menor capacidade de lidar com questões complexas como crimes de corrupção, lavagem de dinheiro etc. (segundo dão a entender);

Nesse exato sentido, cite-se a doutrina Roberta Maia Gresta, para quem a competência da Justiça Eleitoral “[...] para julgar crimes eleitorais e conexos a estes está prevista na lei. A decisão do STF é [...] tecnicamente correta”¹³.

Não é diferente a afirmativa de Fernando Neisser, segundo a qual

[...] Trata-se de uma frágil e ofensiva cortina de fumaça. Frágil, porque delegamos a esta mesma Justiça Eleitoral, com imenso sucesso, a realização das eleições no Brasil há mais de oitenta anos. Por qual razão delegaríamos a mais sensível missão de manutenção da nossa democracia a um órgão facilmente aparelhável por interesses políticos? Ofensiva, pois não só coloca sob suspeita as dezenas de

¹³ GRESTA, Roberta Maia. Distorção semântica punitivistas não revoga competência da Justiça Eleitoral. **Revista Consultor Jurídico**. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-19/roberta-gresta-congresso-corriger-distorcao-codigo-eleitoral>. Acesso em: 03 set. 2019.

juizes e ministros dos tribunais eleitorais que vieram da advocacia, sem qualquer acusação sólida, mas por também estender tal crítica a toda magistratura brasileira. Talvez muitos não percebam, mas esse discurso aponta que só há três ou quatro varas aptas, probas e imparciais o suficiente para julgar corrupção no Brasil: em Curitiba, Rio de Janeiro, São Paulo e Brasília. E o restante dos milhares de juizes e dezenas de milhares de servidores do Poder Judiciário? Inaptos, incapazes, parciais? Por fim, cortina de fumaça, pois oculta os reais motivos por trás da proposta. A operação “lava jato” representa uma captura, por parte dos acusadores, sobre os julgadores. Quem acusa atua em parceria com quem julga, fazendo desaparecer a linha tão necessária que separa estas funções em uma democracia. O espírito punitivista, que só vislumbra sucesso em uma investigação se culminar em condenações, espria-se para juizes, desembargadores e ministros que analisarão os processos, embalados em uma cobertura jornalística que compra e reverbera a lógica messiânica dos salvadores da pátria. E essa captura não há — e dificilmente haverá — no âmbito da Justiça Eleitoral. Exatamente por sua composição mista, trazendo diferentes visões de mundo para os julgamentos, torna-se muito difícil que caiam todos no enredo da inquisição¹⁴.

Ao lado da Militar, a Eleitoral é outra Justiça Especial. Não existe uma hierarquia entre a Justiça Militar e a Justiça Eleitoral, pois elas atuam em esferas distintas. Não se trata, assim, de prevalência, mas de cisão. Já na relação da Justiça Eleitoral com as Justiças Comuns (Federal e Estadual) existe uma prevalência da Especial sobre a Comum (art. 78, inc. IV, do CPP). Deve-se destacar que o artigo 78, IV, deve sempre ser lido junto com o art. 79, I, do CPP, para compreender-se que a Justiça Especial Eleitoral prevalece sobre as Justiças Comuns. A competência da Justiça Eleitoral está prevista no art. 121 da Constituição [...]. Sua competência, diante da lacunosa previsão constitucional, acaba sendo dada pelo Código Eleitoral, que prevê ainda quais são os crimes eleitorais. Assim, sempre que tivermos um crime eleitoral conexo com um crime comum, previsto no Código Penal, a competência para julgamento de ambos (reunião por força da conexão) será da Justiça Eleitoral (art. 78, IV)¹⁵.

¹⁴ NEISSER, Fernando. “Lava jato” e a Justiça Eleitoral: transparência e imparcialidade nos argumentos. **Revista Consultor Jurídico**. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-15/neisser-justica-eleitoral-competencia-julgar-lava-jato>. Acesso em: 03 set. 2019.

¹⁵ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 259.

Já a composição das Zonas Eleitorais é efetivada com o assentamento único e exclusivo de juízes de Direito e, conseqüentemente, de juízes estaduais. Essa, aliás, sempre foi a orientação jurisprudencial tanto do STF quanto do TSE, muito antes da decisão assentada nos autos do INQ nº 4435/DF, p. ex.: Ac.-TSE, de 29.3.2012, na Pet nº 33275: impossibilidade de juízes federais integrarem a jurisdição eleitoral de primeiro grau.

Logo, considerada a competência da Justiça Eleitoral para processar e julgar os crimes conexos aos eleitorais, algo desde há muito consolidado, e considerada a composição da Justiça Eleitoral, é clarividente a inconstitucionalidade e a ilegalidade em sentido estrito das propostas em voga. Daí que a defesa da alocação de juízes federais em zonas eleitorais com lastro em argumentos de moral e demasiado abstratos nada mais representa, pois, do que o mencionado “canto da sereia”, tão presente em matéria de Direito Eleitoral. Já as amarras de Ulisses representam, nesse mesmo contexto, a Constituição Federal, os seus princípios e as regras jurídicas (ambos normas) legitimadas pela principiologia constitucional. Isto é, as regras (e princípios) do jogo democrático.

A esse respeito, o voto do Ministro Celso de Mello nos autos do INQ nº 4435/DF foi lapidar, ao afirmar que

[...] É na Constituição e na lei, e não na busca pragmática de resultados, independente de meios, que se deve promover o justo e o equilíbrio na tensão entre o princípio da autoridade de um lado e o valor de outro. O que se revela intolerável e não tem sentido é por divorciar-se do rule of law de que o respeito pela autoridade da Constituição e das leis possa traduzir frustração do processo penal¹⁶.

Qualquer iniciativa dessa natureza, no fim das contas, caberia ao Congresso Nacional, através do exercício do poder constituinte derivado, ao passo que eventual investida judicial, nesse sentido, mesmo que por intermédio do exercício do poder regulamentador inerente ao TSE, representaria, com o devido e merecido respeito, uma afronta ao princípio republicano, naquilo que se refere à separação de poderes, sem contar que a competência para legislar sobre Direito Penal, Direito Processual Penal,

¹⁶ MELLO, Celso de. Citado por: ROVER, Tadeu. Decisão do Supremo sobre competência da Justiça Eleitoral foi destaque. **Revista Consultor Jurídico**. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-16/resumo-semana-decisao-supremo-competencia-justica-eleitoral-foi-destaque>. Acesso em: 03 set. 2019.

Direito Eleitoral e Direito Processual Eleitoral é da União (do Congresso Nacional; vide artigo 22, inciso I, da CF).

E não é distinta, ademais, a realidade envolta às propostas remanescentes desenvolvidas tão logo noticiada a mesma decisão objeto deste texto. Com efeito, ao menos dois Tribunais Regionais Eleitorais, por intermédio de Resoluções, teriam tomado medidas tendentes a implementar a comentada decisão do STF assentada nos autos do INQ nº 4435. Trata-se, pois, dos TREs do Rio Grande do Sul e da Bahia¹⁷.

A esse respeito, o TRE gaúcho fez publicar a Resolução TRE-RS nº 326, de 08 de abril de 2019, que dispõe, por sua vez, acerca da “[...] *designação específica da 2ª e da 160ª Zonas Eleitorais para processar e julgar, de forma especializada, crimes eleitorais conexos a crimes de corrupção ativa e passiva, de evasão de divisas, de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, e os delitos praticados por organizações criminosas, independentemente do caráter transnacional ou não das infrações, os pedidos de colaboração premiada e de cooperação jurídica passiva em matéria penal, cria a Comissão de Assessoramento Criminal Especializado (CACE)*”, além de estabelecer outras providências. A referida Resolução, contando com doze artigos (dentre os quais os que mais nos interessam aqui são os artigos 1º e o 2º) foi publicada no DEJERS, n. 64, p. 8, 09.04.2019, e republicada no DEJERS, n. 65, p. 4, 10.04.2019.

Sobre o tema, note-se que a redação contida no artigo 1º da Res. TRE-RS nº 326/19 fez designar, sem observância do sistema jurídico brasileiro, a 2ª e a 160ª Zonas Eleitorais para processar e julgar de forma especializada os crimes eleitorais e os crimes conexos previstos no respectivo texto:

Art. 1º Designar a 2ª e a 160ª Zonas Eleitorais para processar e julgar de forma especializada, no âmbito da Justiça Eleitoral do Rio Grande do Sul, crimes eleitorais conexos a crimes de corrupção ativa e passiva, de evasão de divisas (Lei n. 7.492/1986), de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (Lei n. 9.613/1998), e os delitos praticados por organizações criminosas (Lei n. 12.850/2013), independentemente do caráter transnacional ou não das infrações.

¹⁷ A esse respeito, ver matéria no jornal Folha de São Paulo: “Justiça Eleitoral copia Lava-Jato para investigar casos de corrupção”. BRASIL, **Folha de São Paulo**. 03 de maio de 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/05/justica-eleitoral-copia-lava-jato-para-investigar-casos-de-corrupcao.shtml>. Acesso em: 03 set. 2019.

Já o § 1º do mesmo artigo 1º da Res. TRE-RS 326/19 foi além, tudo para determinar que a designação anteriormente citada abrangeria as seguintes atuações:

§ 1º A designação específica abrange o processamento e o julgamento de feitos envolvendo os delitos referidos no caput, tais como inquéritos policiais, procedimentos preparatórios, ações penais, medidas cautelares ou incidentais, autos de prisão em flagrante e audiências de custódia, mandados de segurança em matéria criminal, habeas corpus, pedidos de colaboração premiada e de cooperação jurídica em matéria penal, com ou sem intervenção de autoridade central ou expedição de carta rogatória, realizados ainda que de forma direta e informal, dentre outros expedientes.

O § 2º artigo 1º da Res. TRE-RS nº 326/19, a seu turno, estabeleceu outra designação exclusiva às Zonas Eleitorais em comento, qual seja “[...] a atribuição jurisdicional de execução penal, sem prejuízo das demais atribuições, mediante distribuição igualitária dos processos”. E o artigo 2º da mesma Res. TRE-RS nº 326/19, para fechar o cerco normativo formulado pela Corte Regional, passou a estabelecer que “[...] As zonas eleitorais designadas são consideradas zonas eleitorais especializadas em razão da matéria, e terão competência sobre toda a Jurisdição Eleitoral do Rio Grande do Sul, qualquer que seja o meio, modo ou local de execução dos eventuais delitos”.

Eis, ao fim e ao cabo, o estado d’arte em voga, isto é, a criação, por Resolução, de zonas eleitorais com competência especializada e exclusiva, com abrangência de atuação em todo o Estado-Federação, sem importar o local do cometimento do fato delituoso ou o domicílio do réu. Ambas as Zonas Eleitorais precitadas, aliás, encontram-se localizadas no Município de Porto Alegre, capital do Estado do Rio Grande do Sul. A inconstitucionalidade é patente, no entanto. Trata-se, a mais não poder, da criação de verdadeiros juízos de exceção, com todas as vênias de estilo.

Nesse ínterim, são três as inconstitucionalidades a serem denunciadas acerca da investida em xeque. A primeira é justamente a criação de juízos eleitorais de exceção, em clarividente desrespeito ao princípio constitucional (verdadeiro direito fundamental de todo e qualquer cidadão, de todo e qualquer jurisdicionado) do juiz natural, tal e qual a previsão constante do artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição Federal – não haverá juízo ou

tribunal de exceção, ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. A *segunda* inconstitucionalidade a ser denunciada a esse respeito, por sua vez, é a afronta ao princípio republicano, na vertente da separação de poderes, bem como a afronta ao princípio da legalidade ou da reserva legal (CF, arts. 1º e 5º, inc. II), afinal, regras e competência processual penal se encontram estabelecidas por Resolução quando se trata de matéria tipicamente afeta à legislação. E a *terceira* inconstitucionalidade a ser denunciada, de mais a mais, é a afronta manifesta à competência da União para legislar sobre direito penal e direito processual penal, direito eleitoral e direito processual eleitoral, de acordo com a redação contida no artigo 20, inciso I, da CF.

Por fim, há outra intempérie que não deve ser ignorada, agora de índole de legalidade estrita: a afronta aos artigos 69 e 70 do CPP, naquilo que se refere à competência para processar e julgar crimes eleitorais. A competência para processar e julgar crimes eleitorais é do juízo do local onde o pretense fato delituoso foi praticado ou, se assim for o caso, do juízo do local do domicílio do réu.

Desse modo, são patentes a inconstitucionalidade e a ilegalidade da referida Resolução do TRE-RS, naquilo que estabelece a competência especializada e exclusiva das duas Zonas Eleitorais sediadas em Porto Alegre, medida que vai de encontro ao juiz natural, ao princípio republicano, à competência legislativa da União e aos artigos 69 e 70 do CPP.

A defesa da alocação de juízes federais em zonas eleitorais, bem como a criação de Zonas Eleitorais especializadas, como fizeram os TRE da Bahia e do Rio Grande do Sul, nada mais representam, pois, do que o mencionado “canto da sereia”, tão presente em matéria de Direito Eleitoral. Já as amarras de Ulisses representam, nesse mesmo contexto, a Constituição Federal, os seus princípios e as regras jurídicas (ambos normas) legitimadas pela principiologia constitucional. Isto é, as regras (e princípios) do jogo democrático.

Há que se lembrar sempre das amarras de Ulisses e compreender que a Constituição da República é una e a todos abarca, não se podendo, conseqüentemente, contorná-la de maneira (e com fins) ad hoc. Deve-se agir por princípios, não pela moral, tampouco pela política. Agir por princípios, enfim, significa não ser consequencialista nos moldes da análise mo-

ralista do direito (Streck). Casuísmos morais e políticos definitivamente não representam algo que se desenvolva na arena democrática¹⁸.

Nas dicções de Lenio Streck e outros, temos uma Constituição “que é o Alfa e o Ômega da ordem jurídica democrática. Uma Constituição dirigente e compromissória. Viver em uma democracia tem seus custos”¹⁹. Em suma: propugnando sempre pela preservação do grau de autonomia atingido pelo direito na democracia, pensamos que melhor mesmo é confiar na Constituição e na forma que ela mesma impõe para a sua alteração e a formulação de leis²⁰.

Daí que, da mesma maneira, “[...] as Constituições funcionam como as correntes de Ulisses, através das quais o corpo político estabelece algumas restrições para não sucumbir ao despotismo das futuras maiorias (parlamentares ou monocráticas). Isso é de fundamental importância. Algo que os gregos ainda podem nos ensinar com a autoridade daqueles que forjaram o discurso democrático: entre eles, as decisões mais importantes acerca dos destinos da pólis só poderiam ser levadas a efeito no diálogo que se estabelecia na ágora”²¹. Mesmo nos momentos de desespero coletivo – como ocorre em casos de Guerra, o que aparece claramente no texto de Homero – era necessário obedecer à razão e não às paixões temporárias ou aos interesses derivados das preferências pessoais de cada um dos indivíduos. E, como Ulisses e suas correntes, “também a democracia construída pelos gregos passava pelo desenvolvimento de mecanismos que limitavam

¹⁸ BARCELOS, Guilherme. Ulisses e o canto das sereias: sobre o ativismo judicial eleitoral em terras brasileiras. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4590, 25 jan. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45853>. Acesso em: 03 set. 2019.

¹⁹ _____; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o Canto das Sereias: ativismos judiciais e o perigo da instauração de um “terceiro turno da Constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)** 1(2): 75-83 julho-dezembro 2009, p. 2.

²⁰ _____. O que é decidir por princípios? A diferença entre a vida e a morte. **Revista Consultor Jurídico**. Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/senso-incomum-decidir-principios-diferenca-entre-vida-morte>>. Acesso em: 03 set. 2019.

²¹ _____; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o Canto das Sereias: ativismos judiciais e o perigo da instauração de um “terceiro turno da Constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)** 1(2): 75-83 julho-dezembro 2009, p. 2.

o exercício do poder e o racionalizavam. Enfim, mecanismos de pré-compromissos, ou de autorrestrrição”²².

4 Considerações finais

O artigo destinou-se à uma análise crítica acerca da controvérsia envolta à competência e à composição da Justiça Eleitoral após a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) lavrada nos autos do Inquérito nº 4435/DF. Na referida decisão, o STF reafirmou, por maioria de votos (6x5), que a competência para o julgamento dos crimes conexos aos crimes eleitorais é da Justiça Eleitoral.

O conteúdo da decisão, como demonstrado no curso do texto, apesar de não configurar novidade alguma, gerou uma cadeia de eventos que culminaram em diversas propostas de modificação da jurisdição penal eleitoral, especialmente naquilo que se refere às regras de competência e à composição da Justiça Eleitoral. Nesse contexto, ao fim e ao cabo, houve o surgimento de diversas propostas de modificação e/ou aperfeiçoamento da jurisdição penal eleitoral, especialmente naquilo que se refere às regras de competência e à composição da Justiça Eleitoral.

Quanto à composição da Justiça Eleitoral, o deslocamento de juízes federais às zonas eleitorais é a proposta sustentada, por exemplo, pela Procuradoria Geral da República (PGR) e pela AJUFE. Já quanto à competência, ao menos dois Tribunais Regionais Eleitorais do país, os TREs da Bahia e do Rio Grande do Sul, tomaram medidas, por intermédio de Resoluções, tendentes a “implementar” a comentada decisão do STF assentada nos autos do INQ nº 4435.

Essas investidas, a seu turno, fizeram criar zonas eleitorais específicas no âmbito dos respectivos territórios, às quais seriam incumbidas de processar e julgar, de forma especializada, crimes eleitorais conexos a crimes de corrupção ativa e passiva, de evasão de divisas, de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, e os delitos praticados por organizações criminosas, independentemente do caráter transnacional ou não das infrações, e os pedidos de colaboração premiada e de cooperação jurídica passiva em matéria penal. A competência das Zonas Eleitorais “especializadas” remontaria a todo território de cada um dos Estados-membros precitados.

²² _____; _____; _____. Ulisses e o Canto das Sereias: ativismos judiciais e o perigo da instauração de um “terceiro turno da Constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)** 1(2): 75-83 julho-dezembro 2009, p. 2.

A motivação das referidas propostas, procuramos evidenciar, no decorrer do artigo, recaiu numa diretriz central, qual seja, o “combate à corrupção”. Nesse ínterim, no mais, não ignoremos o contexto subjacente que envolve a problemática: a (já citada) “Operação Lava-Jato” – munida de “porta-vozes” (sic) não raro vorazes na defesa de inúmeras medidas tendentes ao “combate à corrupção”, sem que se faça a mínima digressão constitucional acerca das mesmas medidas (uma espécie de “vale-tudo”, como se os fins justificassem os meios em matéria de direito).

Ocorre que a proposta de alocação de juízes federais em zonas eleitorais, consoante demonstramos, é desabridamente inconstitucional, porquanto violadora do artigo 120, incisos I e II, da Constituição Federal (o dispositivo constitucional é categórico ao afirmar que as zonas eleitorais serão ocupadas por juízes de direito e, portanto, por juízes estaduais). E é ilegal, em sentido estrito, no mais, confrontando, na espécie, com os artigos 32 e 36 do Código Eleitoral (dispositivos legais que, regulamentando o texto constitucional, reafirmam a ocupação das zonas eleitorais por juízes de direito e, conseqüentemente, por juízes estaduais).

Ademais, não é distinta a realidade envolta às propostas remanescentes desenvolvidas tão logo noticiada a mesma decisão objeto deste texto. Com efeito, ao menos dois Tribunais Regionais Eleitorais, por intermédio de Resoluções, teriam tomado medidas tendentes a implementar a comentada decisão do STF assentada nos autos do INQ nº 4435. São *três* as inconstitucionalidades: a *primeira* é justamente a criação de juízos eleitorais de exceção²³, em clarividente desrespeito ao princípio constitucional (verdadeiro direito fundamental de todo e qualquer cidadão, de todo e qualquer jurisdicionado) do juiz natural, tal e qual a previsão constante do artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição Federal; a *segunda* é a afronta ao princípio republicano, na vertente da *separação de poderes*, bem como a afronta ao princípio da legalidade ou da reserva legal (CF, arts. 1º e 5º, inc. II), afinal, regras e competência processual penal se encontram estabelecidas por Resolução, quando se trata de matéria tipicamente afeta à legislação; e a *terceira* inconstitucionalidade é a afronta manifesta à competência da União

²³ A esse respeito, cite-se a doutrina de Antonio Scarance Filho: “[...] 1) só podem exercer jurisdição os órgãos instituídos pela Constituição; 2) ninguém pode ser julgado por órgão instituído após o fato; 3) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja”. (SCARANCE, Antônio Fernandes. **Processo penal constitucional**. São Paulo: RT, 3. ed., 2002, p. 10.)

para legislar sobre direito penal e direito processual penal, direito eleitoral e direito processual eleitoral, tudo de acordo com a redação contida no artigo 20, inciso I, da CF; por fim, outra intempérie não deve ser ignorada, agora de índole de legalidade estrita: a afronta aos artigos 69 e 70 do CPP, naquilo que se refere à competência para processar e julgar crimes eleitorais. A competência para processar e julgar crimes eleitorais é do juízo do local onde o pretense fato delituoso foi praticado ou, se assim for o caso, do juízo do local do domicílio do réu.

Trata-se, portanto, tais propostas, de uma tentativa escancarada de fazer soçobrar o texto constitucional e o texto infraconstitucional com lastro em argumentos de moral e de política, como se a defesa da coisa pública não devesse transcorrer dentro dos limites pré-estabelecidos pela ordem constitucional e legal vigente ou, diga-se de passagem, como se a decisão do STF representasse uma hecatombe, a ponto de a Justiça Eleitoral passar à vilã do indigitado “combate à corrupção” (sic). Além de inconstitucionais e ilegais em sentido estrito, tais falas são indelicadas, como se a Justiça Eleitoral não tivesse a menor capacidade de lidar com questões complexas como crimes de corrupção, lavagem de dinheiro etc. (segundo dão a entender). Ou o Direito Eleitoral não seria matéria de alta especialização e complexidade.

Qualquer iniciativa dessa natureza, concluindo, caberia ao Congresso Nacional, através do exercício do poder constituinte derivado, ao passo que eventual investida judicial nesse sentido, mesmo que por intermédio do exercício do poder regulamentador inerente ao TSE, representaria, com o devido e merecido respeito, uma afronta ao princípio republicano, naquilo que se refere à separação de poderes, sem contar que a competência para legislar sobre Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Eleitoral e Direito Processual Eleitoral é da União (do Congresso Nacional; art. 22, inc. I, da CF).

A defesa da alocação de juízes federais em zonas eleitorais e a criação de Zonas Eleitorais especializadas, como fizeram os TRE da Bahia e do Rio Grande do Sul, nada mais representam, pois, do que o mencionado “canto da sereia”, tão presente em matéria de Direito Eleitoral. Já as amarras de Ulisses representam, nesse mesmo contexto, a Constituição Federal, os seus princípios e as regras jurídicas (ambos normas) legitimadas pela principiologia constitucional. Isto é, as regras (e princípios) do jogo democrático.

Há que se lembrar sempre das amarras de Ulisses e compreender que a Constituição da República é una e a todos abarca, não se podendo, conseqüentemente, contorná-la de maneira (e com fins) *ad hoc*. Deve-se agir por princípios! Não pela moral, tampouco pela política. Agir por princípios, enfim, significa não ser consequencialista nos moldes da análise moralista do Direito (Streck). Casuísmos morais e políticos definitivamente não representam algo que se desenvolva na arena democrática.

Referências

BARCELOS, Guilherme. Ulisses e o canto das sereias: sobre o ativismo judicial eleitoral em terras brasileiras. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4590, 25 jan. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45853>. Acesso em: 03 set. 2019.

BRASIL. **Folha de São Paulo**. 03 de maio de 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/05/justica-eleitoral-copia-lava-jato-para-investigar-casos-de-corrupcao.shtml>. Acesso em: 03 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Plenário do STF reafirma competência da Justiça Eleitoral para julgar crimes comuns conexos a delito eleitoral**. Brasília-DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=405834>. Acesso em: 01 set. 2019.

_____. Ministério Público Federal. **Entidades defendem proposta da PGR para que juízes federais reforcem atuação em matéria eleitoral**. Brasília-DF. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/entidades-defendem-proposta-da-pgr-para-que-juizes-federais-reforcem-atuacao-em-materia-eleitoral>. Acesso em: 02 set. 2019.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Audiência Pública colhe sugestões sobre decisão do STF**. Brasília-DF. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Maio/audiencia-publica-colhe-sugestoes-sobre-decisao-do-stf>. Acesso em: 02 set. 2019.

GRESTA, Roberta Maia. Distorção semântica punitivistas não revoga competência da Justiça Eleitoral. **Revista Consultor Jurídico. Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-19/roberta-gresta-congresso-corriger-distorcao-codigo-eleitoral>. Acesso em: 03 set. 2019.

HOMERO. **Odisseia**. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Ed. Abril, 1978.

_____. **Ilíada**. Tradução de Manuel Odorico Mendes. São Paulo: Ed. Abril, 2009.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MELLO, Celso de. Citado por: ROVER, Tadeu. Decisão do Supremo sobre competência da Justiça Eleitoral foi destaque. **Revista Consultor Jurídico. Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-16/resumo-semana-decisao-supremo-competencia-justica-eleitoral-foi-destaque>. Acesso em: 03 set. 2019.

NEISSER, Fernando. “Lava jato” e a Justiça Eleitoral: transparência e imparcialidade nos argumentos. **Revista Consultor Jurídico. Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-15/neisser-justica-eleitoral-competencia-julgar-lava-jato>. Acesso em: 03 set. 2019.

SCARANCE, Antônio Fernandes. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do Direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. O que é decidir por princípios? A diferença entre a vida e a morte. **Revista Consultor Jurídico. Conjur**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/senso-incomum-decidir-principios-diferenca-entre-vida-morte>. Acesso em: 03 set. 2019.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o Canto das Sereias: ativismos judiciais e o perigo da instauração de um “terceiro turno da Constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)** 1(2): 75-83 julho-dezembro 2009.

TASSINARI, Clarissa. A atuação do Judiciário em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p. 32, jul./dez. 2012.

Guilherme Barcelos - Mestrado em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS/RS). Pós-Graduação em Direito Constitucional e em Direito Eleitoral. Graduação em Direito pela Universidade da Região da Campanha (URCAMP/RS). Membro Fundador da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP). Membro do Grupo de Pesquisa “Observatório Eleitoral” da Escola Superior de Direito Eleitoral da UERJ (ESDEL-UERJ/RJ). Parecerista da Revista “Ballot” da Escola Superior de Direito Eleitoral da UERJ (ESDEL-UERJ/RJ). Sócio Fundador da *Barcelos Alarcon Advogados* (Brasília/DF). Advogado.

AS CONSEQUÊNCIAS DA IDENTIFICAÇÃO DE CANDIDATURAS FICTÍCIAS: CASSAÇÃO DAS ELEITAS E DESINCENTIVOS À REPRESENTATIVIDADE FEMININA NA POLÍTICA

The consequences of identifying fictitious candidacies: removal from office of the elected and disincentives to female representativity in politics

Marilda de Paula Silveira

Resumo: A partir do estudo de caso do Município de Valença do Piauí/PI, o presente artigo propõe-se a analisar as consequências das candidaturas femininas fictícias em um partido ou em uma coligação. A perspectiva de análise leva em conta a dificuldade do caso – leading case na matéria – sobretudo porque envolve a possibilidade de cassação de candidatas eleitas, mesmo sem qualquer envolvimento na apontada fraude. Definir consequências para uma ação afirmativa que não veio acompanhada de um sistema de controle e cuja efetividade vem sendo construída em pequenos retalhos não é uma tarefa fácil. Longe disso. São inúmeras as perguntas sem resposta: i) identificada a fraude, quais as consequências da ação? ii) sendo inelegibilidade, a quem deve ser imputada? iii) sendo a cassação do mandato dos eleitos, quem deve ser cassado? iv) havendo candidatas eleitas, considerando que são as destinatárias da proteção da ação afirmativa, seus mandatos devem ser preservados? v) concluindo-se pela cassação de mandatários eleitos, como devem ser ocupadas as cadeiras vagas? Pela recontagem dos votos ou pela realização de novas eleições? As respostas a estas perguntas buscam identificar, enfim, como dar efetividade à ação afirmativa sem opor mais desincentivo à inserção das mulheres na política.

Palavras-chave: Mulheres. Política. Cotas. Candidaturas laranjas. Cassação. Mandato.

Abstract: Based on the case study of the Municipality of Valença do Piauí/PI, this paper aims to analyze the consequences of fictitious female candidacies in a party or coalition. The perspective of the analysis takes into account the difficulty of the case - leading case under discussion - mainly because it involves the possibility of disqualification of elected candidates, regardless of any involvement in the mentioned fraud. To define consequences for affirmative action that did not come with a control system and whose effectiveness has been built up piecemeal is not an easy task. Far from it. There are countless questions unanswered: i) identified the fraud, what are the consequences of the action? ii) being ineligibility to run, to whom should it be imputed? iii) If the term of office of the elected is to be revoked, who shall be removed? iv) If women candidates are elected, considering that they are the recipients of affirmative action protection, should their terms be preserved? v) Opting for the disqualification of elected representatives, how should the vacant seats be fulfilled? By recounting the votes or by holding new elections? The answers to these questions seek to, finally, identify how to make affirmative action effective without opposing more disincentive to the inclusion of women in politics.

Keywords: Women. Politics. Quotas. Fake candidacies. Disqualification. Term.

1 Introdução

No julgamento dos recursos de vereadores do Município de Valença do Piauí/PI, o Tribunal Superior Eleitoral definirá as consequências das candidaturas femininas fictícias (ou candidatas laranjas) em um partido ou em uma coligação (figura que existiu até 2018). Há unanimidade quanto à dificuldade do caso que formará *leading case* na matéria, sobretudo porque pode levar à cassação de candidatas eleitas, mesmo sem qualquer envolvimento na apontada fraude.

Definir consequências para uma ação afirmativa que não veio acompanhada de um sistema de controle e cuja efetividade vem sendo construída em pequenos retalhos não é uma tarefa fácil. Longe disso. São inúmeras as perguntas sem resposta: i) identificada a fraude, quais as consequências da ação? ii) sendo inelegibilidade, a quem deve ser imputada? iii) sendo a cassação do mandato dos eleitos, quem deve ser cassado? iv) havendo candidatas eleitas, considerando que são as destinatárias da proteção da ação afirmativa, seus mandatos devem ser preservados? v) concluindo-se pela cassação de mandatários eleitos, como devem ser ocupadas as cadeiras vagas? Pela recontagem dos votos ou pela realização de novas eleições?

Os números que quantificam os avanços da representação feminina na política não são significativos.

Para compreender a sub-representação feminina na vida política brasileira, não se pode perder de vista que, até 1962, a mulher era considerada relativamente incapaz e dependia do seu marido para exercer inúmeros direitos. Foi com o estatuto da mulher casada, em 1962, que parte das desigualdades e essa noção de incapacidade foi revogada. Não se tratava, portanto, de simples questão cultural, mas de opção normativa incorporada ao Estado de Direito vigente, amparada por política estatal que se pautava exclusivamente pelo gênero.

Há pouco mais de 30 anos, em 1985, as pesquisadoras Albertina de Oliveira Costa, Carmen Barroso e Cynthia Sarti, da Fundação Carlos Chagas, fizeram um levantamento bibliográfico das pesquisas sobre as mulheres realizadas no Brasil entre 1976 e 1985, e apontam como fatores que dificultaram o trabalho: a “novidade relativa do assunto” e o “terreno de convergência possível entre diferentes disciplinas e terra de ninguém” (COSTA et BARROSO, 1995, p. 5).

Não é irrelevante, nesse contexto, o fato de que nossa sociedade é composta por aqueles que viveram, foram criados ou são herdeiros do que previa o Código Civil de 1916. Essa constatação reflete a posição cultural de 81% dos homens brasileiros, os quais consideram viver em uma sociedade machista que reforma estereótipos do que seria papel do homem e da mulher. Não surpreende, portanto, que a sociedade não tenha absorvido culturalmente esse critério de igualdade e que as normas que prevejam requisitos de acesso a partir de uma igualdade formal acabem por aprofundar a exata medida da desigualdade.

É possível que as mulheres não queiram ocupar espaços de poder, ainda que eles estejam tão disponíveis quanto para os homens? É possível que a natureza da atividade política afaste as mulheres dos mandatos eletivos? É possível que as diferenças próprias do gênero impulsionem escolhas profissionais diversas? É possível que a corrupção afaste as mulheres da política? Não há dúvida de que as respostas a essas questões podem ser positivas.

Contudo, o acesso às respostas somente seria possível se os mandatos eletivos fossem, de fato, acessíveis às mulheres em igualdade de condições com os homens. De modo que a decisão por disputar um mandato eletivo fosse realmente viável sem que a questão de gênero se apresentasse, em si, como fator de desequilíbrio.

A literatura apresenta explicações de natureza, as mais diversas para essa sub-representação, incluindo a dupla jornada de trabalho, os baixos incentivos e o ambiente corrupto. A questão que se coloca, portanto, é saber se esse cenário decorre de diferenças naturais e deveria ser aceito (tolerado) ou se é fruto de uma história cujos atores são capazes de perpetuar uma desequiparação que não se justifica em nenhuma medida. A se considerar as pesquisas atuais, essa sub-representação não decorre de um fator natural simplesmente porque as mulheres não querem participar da política. Esse cenário decorre dessa complexidade de fatores e, sobretudo, de uma história que posicionou os homens em grande vantagem frente às mulheres. Como, claro, quem ocupa posição de poder não quer sair e as regras são definidas por quem lá está, o ciclo de desequiparação nunca será interrompido a não ser por uma decisão externa a esse ciclo vicioso. Exatamente aqui, como fator de ruptura, entra a importância das ações afirmativas (como as quotas de gênero).

A esse cenário, soma-se a absoluta dominação masculina nas posições de dirigentes partidários. Não parece consentâneo nem com a realidade nem com o pressuposto que levou à instituição da ação afirmativa concluir que todas as mulheres que integram um partido ou coligações que lançam *candidatas laranja* participam de um grande conluio, por definição, e que, portanto, devem atrair as consequências sancionatórias de uma ação. Desvincular essa conclusão da exigência de prova da participação da fraude seria reforçar as razões que afastam as mulheres da vida política e dos mandatos que eventualmente venham a alcançar.

Responder a essas perguntas se tornou um dilema há alguns meses, quando fui procurada para defender duas mulheres eleitas que acabaram cassadas porque teriam sido identificadas candidatas fictícias na coligação que as elegeu. Mas elas não eram as “laranjas” e nem tinham qualquer envolvimento na fraude imputada. E mais: as acusadas de serem “laranjas” eram de outros partidos; eram de partidos que integravam a coligação pela qual se elegeram, mas fizeram suas convenções separadamente – como mandam a lei e a constituição – e protegidas pela autonomia partidária.

Nesse momento, já se formava uma corrente de defesa da “*cassação de todo mundo senão essa ação afirmativa de defesa das mulheres não terá efeito nenhum e distorcerá o cálculo de representação paritária*”.

Mas, no primeiro contato com o dilema da causa, o sinal de “*isso não está certo*” acendeu, junto à consciência de que o bombardeio de críticas seria inevitável.

A tentativa de considerar todos os argumentos envolveu o estudo das publicações e o diálogo com alguns colegas que dividem as mesmas preocupações¹. Esse percurso levou ao convencimento de que a ação afirmativa que busca ampliar as chances de eleger uma mulher não pode ter como resultado a cassação, justamente, de mulheres que se elegem, em meio a tantas adversidades, sem qualquer envolvimento na fraude. Veja: não estamos falando das candidatas laranjas, mas das mulheres eleitas apesar disso.

¹ Ana Santano e Luiz Magno publicaram artigo em que compartilham as mesmas preocupações quanto à ação afirmativa sancionadora das mulheres que são o objeto da proteção. <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-27/opinio-consequencias-fraudes-candidaturas-femininas>>. Ainda: <<https://www.focus.jor.br/fraude-as-cotas-de-genero-na-visao-de-tres-advogadas/>> e <http://genjuridico.com.br/2019/06/06/fraude-cotas-de-genero/>>. Extraídos em 1 set. 2019.

Cassá-las seria como punir a vítima; não uma, mas duas vezes: primeiro quando enfrentam todos os injustificáveis filtros partidários e sociais para conquistar uma cadeira, e, depois, quando são cassadas sem praticar absolutamente nenhum ilícito, apesar de seu esforço. Extirpar o mandato das mulheres que se elegeram concretizando a ação afirmativa porque houve fraude alheia (justamente advinda daqueles(as) que aprofundam o ciclo de desigualdade) – seria um absoluto contrassenso democrático. Uma autofagia da ação afirmativa. Mas, sobretudo, será mais um **DESINCENTIVO** à participação feminina.

É sintomático que, ao menor sinal de que o Tribunal Superior Eleitoral estar se preparando para uma cassação global, uma deputada tenha apresentado projeto de lei retirando a obrigatoriedade das quotas. Projeto este que recebeu parecer favorável de outra deputada. E, apesar das inúmeras reações contrárias ao projeto, **que é um absoluto retrocesso**, ouve-se recorrentemente: “a cota é importante, mas não queremos correr o risco de cassação por uma fraude de que não tomamos conhecimento”.

A honestidade acadêmica exige transparência e a advocacia impõe a consciência de que o advogado não integra o processo como parte, mas apenas representa seus interesses.

Devo dizer, contudo, por respeito a essa honestidade, que o caso tratado neste artigo é diferente. Ele envolve uma causa que também é minha: a ampliação da participação feminina na política. A pretensão de que mais mulheres encontrem seu espaço. O reconhecimento de que a história acomodou os espaços da política de uma forma desigual que precisa ser reconstruída. E que, sem ação afirmativa, nem duzentos anos serão suficientes para que a isonomia na política seja efetiva e não apenas formal.

Como mulher, integrante de grupos que estudam e que incentivam a liderança feminina, nunca defenderia uma causa contrária à essa ação afirmativa. Nesse sentido é que proponho, para além do caso concreto, que se testem todos os argumentos envolvidos no debate.

No momento em que escrevo esse artigo, o julgamento do caso está suspenso após o voto vista do Min. Og Fernandes. Votaram o Min. Jorge Mussi pela cassação de todos os candidatos e candidatas da coligação e o Min. Edson Fachin e Min. Og Fernandes pela cassação apenas dos candidatos e candidatas que tiverem seu envolvimento na fraude comprovados. Aguardam a Min. Rosa Weber e os Ministros Luís Roberto Barroso, Tarcísio Vieira e Sergio Banhos.

2 O tema-problema envolvido no julgamento: as consequências de uma ação de cassação contra a coligação que possui candidatas laranjas

Em artigo aprovado e que aguarda publicação na *Revista da Faculdade de Direito*, da Universidade Federal de Minas Gerais (SILVEIRA, 2019), analiso o panorama sobre a legislação brasileira, as principais inovações normativas e as alterações jurisprudenciais voltadas a promover uma maior participação das mulheres na vida política. Naquele trabalho, busquei identificar como a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo inovaram na implementação de ações afirmativas, com o objetivo de ampliar a representação feminina nas esferas democráticas, os efeitos dessas normas e as propostas que vêm sendo apresentadas como alternativa para se alcançar maior isonomia entre os gêneros nas esferas político-decisórias.

O presente artigo tem um enfoque específico: como dar consequências ao descumprimento da quota de 30% (trinta por cento) imposta como ação afirmativa aos partidos/coligações para lançamento de candidaturas, sobretudo considerando que, nesse percurso, algumas candidatas (e candidatos) são eleitas – com muito esforço próprio – pelos partidos que praticam a fraude.

Não se desconhece a relevante produção acadêmica – nem a divergência jurisprudencial – a respeito do cabimento das ações de impugnação de mandato eletivo (AIME) e nas ações de investigação judicial eleitoral (AIJEs) que buscam apurar e sancionar a prática de fraude no lançamento de candidatas. Contudo, essa questão processual não é objeto de análise nesse artigo (por todos, citam-se ANDRADE NETO; GRESTA et SANTOS, 2018. p. 277). Parte-se do pressuposto da jurisprudência vigente para as eleições de 2016 (TSE, REspE 149, rel. min. Henrique Neves da Silva), segundo a qual essa investigação é cabível por esses meios processuais.

Diante desse pressuposto, cabe indagar: i) identificada a fraude, quais as consequências da ação? ii) sendo inelegibilidade, a quem deve ser imputada? iii) sendo a cassação do mandato dos eleitos, quem deve ser cassado? iv) havendo candidatas eleitas, considerando que são as destinatárias da proteção da ação afirmativa, seus mandatos devem ser preservados? v) concluindo-se pela cassação de mandatários eleitos, como devem ser ocupadas as cadeiras vagas? Pela recontagem dos votos ou pela realização de novas eleições?

3 Vamos às consequências: cassar todos os candidatos incentivaria a redução das fraudes? Uma análise dos incentivos

Antes de mais nada cabe reafirmar: *a ação afirmativa da reserva de vagas é indispensável*. Ela busca tornar efetivo o princípio constitucional da igualdade entre homens e mulheres. A questão é saber se a consequência pretendida de cassação *global* alcança o objetivo de reduzir o chamado “*gender gap*” ou se acabará por aprofundá-lo, bem como se anular a manifestação de vontade de todos os eleitores que votaram naquele grupo de candidatos, ignorando a extensão da fraude e redistribuindo os votos remanescentes, não distorce, ainda mais, o sistema representativo. Vale dizer que, no caminho do óbvio, cassar mulheres eleitas sem qualquer participação na fraude é atuar na contramão da ação afirmativa.

Todos concordamos que o respeito à cota de representação feminina protege, ao menos, a três bens jurídicos: o direito fundamental à igualdade de gênero; o aperfeiçoamento do modelo representativo com a inserção feminina nos espaços de debate e de decisão; e, finalmente, a liberdade de escolha do eleitor. Divergimos, porém, quanto à forma de dar-lhes concretização.

Os defensores da tese de que, identificada a fraude na cota de gênero, deveria ser cassada toda a coligação ou todo o partido, argumentam que essa não seria apenas uma forma de sancionar, mas de restabelecer o que consideram *legitimidade da escolha do eleitor*. Seria restituído ao eleitor o direito de escolher, de fato, um *cardápio* de candidatos com efetivos 30% de quota de gênero. E, especificamente, argumentam que: i) fosse apurada a ilegalidade no DRAP, todos os registros seriam indeferidos – não há razões para que o mesmo não aconteça na AIJE ou na AIME; ii) a consequência para essas ações é a cassação de registro, diploma ou mandato de todos os responsáveis e, com os beneficiários do ilícito, não seria diferente nesse caso; iii) mesmo os que não foram responsáveis pela fraude, foram beneficiados, pois se elegeram com os votos da coligação; iv) as mulheres, mesmo eleitas e não responsáveis pela fraude, teriam sido beneficiadas pela redução do número de concorrentes.

Embora respeitáveis e defensáveis, com todo o acatamento que merecem, esses não me parecem os argumentos com maior sustentação constitucional. Fazem uma leitura invertida do sistema: partem dos instru-

mentos processais e não da ação afirmativa (que busca proteger direitos individuais fundamentais) para chegar às consequências da fraude. Embora sustentem a melhor das intenções – dar efetividade à proteção ao enrijecer as consequências do descumprimento – os argumentos expostos anteriormente acabam por dar os incentivos errados para os atores do processo eleitoral.

A pergunta que percorre todos os argumentos é: como uma candidata eleita pode ser cassada e acabar inelegível em virtude de ato de terceiro que fraudava justamente a ação afirmativa criada para protegê-la?

Em *primeiro lugar*, a sanção pelo descumprimento da ação afirmativa tem que militar a favor de sua efetividade e não o contrário, sob pena de violar, ela própria, o direito fundamental que busca proteger. Ora, os mandatos obtidos pelas mulheres eleitas – mesmo com toda a discriminação e as fraudes – não podem ser suprimidos e substituídos pelo recálculo do resultado das eleições, *a não ser que elas próprias estejam envolvidas na fraude*.

O que está em jogo são a integridade do voto e a efetividade da política de inclusão de mulheres no poder legislativo, é verdade. E, ao se deparar com uma lista de candidatos em que há candidaturas fictícias, o eleitor não escolhe mesmo entre um percentual efetivo de 30% de mulheres. O ponto, contudo, não é esse. O ponto é que: *apesar de escolher entre candidatos com número efetivo de mulheres menor de 30%, o eleitor ainda elegeu mulheres e fez a ação afirmativa ter efetividade*.

As candidaturas fictícias têm um único objetivo: aumentar ou manter o número de homens em uma chapa. Em nenhuma hipótese beneficiam as mulheres. Pois vejam: apesar da fraude, apesar da redução das candidatas, apesar de o eleitor ter um rol reduzido de mulheres, *os eleitores ainda votaram e elegeram mulheres e a ação afirmativa produziu seus efeitos*.

Pois bem: o objetivo da ação afirmativa não é tornar efetivo o princípio constitucional da igualdade entre homens e mulheres e reduzir o chamado “*gender gap*”? Se apesar da fraude esse objetivo é alcançado e os eleitores se sentem representados por mulheres no poder, como a chamada *sanção restitutória* pode levar exatamente para o sentido oposto do seu objetivo, que é eleger mulheres?

E não é só: essa cassação de mulheres, como se verá, pretende levar ao recálculo do resultado da eleição com a anulação de parcela relevante

dos votos. Uma loteria que pode suprimir as mulheres eleitas para dar posse a homens eleitos.

Com todo o acatamento, não é possível concluir que restaurar a legitimidade das escolhas do eleitor porque ele não teria tido acesso ao total abstrato de mulheres candidatas pode levar à cassação, justamente, das mulheres eleitas por esses mesmos eleitores. Chegar-se-ia ao absurdo de dizer que faltou concorrência entre as candidatas mulheres e que, portanto, esse seria um benefício sancionável do ilícito.

Causa, portanto, profunda perplexidade a cassação de mulheres eleitas sem participação na fraude. É um contrassenso à proteção desse direito fundamental que a garantia de sua efetividade seja superada pela abstrata e potencial integridade de um *cardápio de opções*. Sobretudo se considerarmos que esses mandatos de mulheres eleitas serão substituídas pelo recálculo dos votos remanescentes que podem ter sido atribuídos, majoritariamente, a homens.

Essa pretensão de *cassação global* fraudada não apenas a efetividade do direito fundamental à igualdade de gênero, mas o próprio sistema representativo, porque: i) o resultado das eleições é recalculado, anulando-se todos os votos de um partido/coligação e considerando apenas uma parcela dos eleitores, de modo que parte significativa da sociedade permanece sem representação; e ii) acaba em uma loteria que pode substituir a representação paritária que era assegurada por essas mulheres por um legislativo composto apenas por homens.

A ação afirmativa que fixa percentual de gênero nas campanhas eleitorais tem como objetivo ampliar a participação das mulheres na política. O controle do cumprimento dessa ação afirmativa, evidentemente, tem o mesmo objetivo: garantir que a finalidade da medida seja alcançada. Com efeito, a sanção a ser aplicada em caso de descumprimento dessa política não pode alcançar objetivo diverso da pauta que se propõe a implementar. Não se pode admitir, portanto, que a sanção pela fraude na ação afirmativa acabe por *suprimir mulheres de seus mandatos, reduzir o percentual de mulheres no parlamento, ou pior: afastar ainda mais as mulheres da política*.

Como revela pesquisa realizada por Esarey e Chirillo, a participação política feminina é maior em democracias menos corruptas (ACKERMAN, Susan Rose et PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government*. Second edition. Cambridge, 2016. p. 244). Mulheres tendem a se afastar

quando lhes repercutem os efeitos da corrupção. É de se concluir, portanto, ser absoluto desincentivo à participação feminina [aliás, de qualquer cidadão] a cassação de mandato por suposto ilícito de que não participaram, e mais: é impossível que tenham condições fáticas e jurídicas de conhecer e impedir.

No julgamento da ADI 5617/DF², quanto à fixação de piso e teto das cotas do Fundo Partidário destinadas ao financiamento de campanhas femininas, o Eminentíssimo Ministro Luiz Edson Fachin registra que “*os obstáculos para a efetiva participação política das mulheres são ainda mais graves, caso se tenha em conta que é por meio da participação política que as próprias medidas de desequiparação são definidas. Qualquer razão que seja utilizada para impedir que as mulheres participem da elaboração de leis inviabiliza o principal instrumento pelo qual se reduzem as desigualdades. Em razão dessas barreiras à plena inclusão política das mulheres, são, portanto, constitucionalmente legítimas as cotas fixadas em lei a fim de promover a participação política das mulheres, tal como afirma Flávia Piovesan, em obra já citada neste voto*”.

O Ministro Alexandre de Moraes também invoca os parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade ao assentar que “*não parece razoável e adequada a norma impugnada na presente ação, por não propiciar condições satisfatórias à gradativa ampliação da participação feminina no processo político-eleitoral, estando em descompasso tanto com o referido art. 10, § 3º, da Lei 9.504/1997, como em relação aos preceitos constitucionais de igualdade, de cidadania e de pluralismo político*”.

Caso emblemático que retrata o descompasso entre a finalidade da norma e o efeito diverso causado foi constatado no julgamento da AdinMC 855/PR³, que analisou lei estadual que determinava a pesagem do botijão de gás GLP na presença do consumidor como elemento de proteção

² Em que a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade da expressão “três” contida no art. 9º da Lei 13.165/2015 e deu interpretação conforme à Constituição ao art. 9º da Lei 13.165/2015 de modo a (a) equiparar o patamar legal mínimo de candidaturas femininas (hoje o do art. 10, § 3º, da Lei 9.504/1997, isto é, ao menos 30% de cidadãs), ao mínimo de recursos do Fundo Partidário a lhes serem destinados, que deve ser interpretado como também de 30% do montante do fundo alocado a cada partido, para eleições majoritárias e proporcionais; e (b) fixar que, havendo percentual mais elevado de candidaturas femininas, o mínimo de recursos globais do partido destinados a campanhas lhes seja alocado na mesma proporção; (iii) declarar a inconstitucionalidade, por arrastamento, do § 5º-A e do § 7º do art. 44 da Lei 9.096/95.

³ ADI 855 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/1993, DJ 01-10-1993 PP-20212 EMENT VOL-01719-01 PP-00071.

ao próprio consumidor. Ainda que a finalidade da norma protetiva a este seja louvável, a Suprema Corte considerou que, na prática, tal medida se mostrava desproporcional, pois onerava o processo, agravando o custo do serviço. Tanto assim que o Eminentíssimo Ministro Maurício Correa assentou em seu voto: “*estou inteiramente de acordo com o eminente Relator, mas acrescentaria apenas mais um argumento que diz respeito com a questão relativa à razoabilidade. A regra estabelecida por essa norma cria mecanismos de complicação até para o consumidor, trazendo dificuldades insuperáveis. É uma lei, a meu ver, por isso mesmo, de conteúdo tal que não guarda nenhum sentido de racionalidade*”.

O Eminentíssimo Ministro Gilmar Mendes registrou em seu voto a competência da Suprema Corte “*de verificar se a lei não esvazia o conteúdo de direitos fundamentais e, nesse sentido, temos de examinar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito*”. Com essas considerações, o STF acabou por afastar a incidência da norma que tinha uma finalidade, mas alcançava fim diverso do pretendido.

Uma avaliação apressada poderia levar à conclusão de que a cassação de todos os integrantes do partido ou da coligação seria uma sanção exemplar. E, de fato, pode parecer. Mas, ela acaba, em um só golpe, aviltando o bem jurídico protegido, desestruturando o sistema de representação proporcional e, tudo isso, sem alcançar a efetividade que pretende. Não restaura a pretendida reequiparação de gênero e, ao mesmo tempo, distorce o sistema representativo.

Diante desse cenário, seria possível dizer: mas há outros casos em que a justiça eleitoral promove a cassação do mandato daqueles que não são responsáveis pelo ilícito. É verdade. O que não é verdade é que esse modelo de restauração da legitimidade das eleições já tenha sido aplicado e seja *compatível* com a garantia de legitimidade de *ações afirmativas*. Esse é o ponto de viragem que afasta todo o sistema atual desse *leading case* e que nos leva ao *segundo argumento*.

As ações previstas na legislação eleitoral (AIME e AIJE) foram pensadas em um sistema que têm como bem jurídico protegido a liberdade de voto, a moralidade e a legitimidade das eleições concretizadas pelo combate a fraudes, corrupção, compra de votos, uso indevido de recursos na campanha, condutas vedadas e abuso de poder político, econômico e dos meios de comunicação. Esses os bens jurídicos que as ações eleitorais e suas consequências buscaram proteger e restaurar.

A ação afirmativa das cotas, diferentemente dos tais bens jurídicos em questão, busca dar efetividade ao direito fundamental e à igualdade de gênero. Os pressupostos são diferentes e devem ser considerados. O instrumento não pode se sobrepor ao objetivo de proteção do direito fundamental.

No caso das *candidatas a própria condição de beneficiárias da fraude é anaceitável*: qual benefício auferem com a fraude? Não ganham votos, pois as candidatas laranjas auferem zero voto; não garantem mais vagas, pois as vagas ampliadas na coligação ou partido asseguradas pela fraude são as vagas do outro gênero (dos homens). Há quem sustente haver benefício pela redução do número de concorrentes mulheres, já que as laranjas não promovem concorrência efetiva.

Vê-se que esse último argumento é tautológico. A ação afirmativa busca ampliar o número de mulheres eleitas. As fraudes são praticadas por homens que historicamente buscam, justamente, reforçar seus espaços de poder, e por mulheres ainda dispostas a abrir mão desse espaço. Se esse objetivo é alcançado, apesar das fraudes praticadas por esses terceiros, a redução da concorrência não pode ser tratada como benefício para as eleitas. Ao contrário: trata-se de mais um óbice à concretização da igualdade que foi ultrapassado por quem se elegeu. Aquelas que, por seus méritos, vencem às eleições apesar de mais essa força contrária, não podem ser tratadas como beneficiárias. Porque não são. Devem ser tratadas como duplamente vencedoras.

Foi, portanto, partindo de pressupostos bastante diferentes que as ações eleitorais foram construídas tendo como consequência (ainda assim criticada) a cassação dos responsáveis e dos beneficiários pela prática dos ilícitos eleitorais. O objetivo seria restaurar a legitimidade do processo eleitoral preservando-se a liberdade do voto e a moralidade das eleições. Nunca houve responsáveis ou beneficiários por ilícitos que alcançassem o bloco de todos os candidatos de uma coligação ou de um partido, em eleições proporcionais. Não havia hipótese tal cogitada no sistema.

Nota-se que, para fazer a proteção da efetividade das cotas caber nesse molde das ações eleitorais existentes, é preciso muito esforço. Como o sistema de proteção foi pensado para bens jurídicos diferentes, acaba levando à distorção que fica visível neste caso: a categorização de todos como responsáveis ou beneficiários e sua consequente cassação, subvertendo a garantia da própria ação afirmativa.

Em *terceiro lugar*, é preciso enfrentar um argumento consequencialista. Argumenta-se que a cassação de todos os candidatos inibiria a fraude porque favoreceria o controle recíproco entre os candidatos de mesmo partido ou coligação. Entretanto, esse argumento desconsidera que a fraude nas candidaturas fictícias ocorre no momento da escolha das candidatas (em convenção ou pelo órgão que recebeu a delegação de poderes dos convencionais).

Quem participa da fraude tem plena consciência de que está praticando uma ação fraudulenta. Contudo, a descoberta da fraude, nesse momento, é bastante difícil (para não se dizer remota). *Antes da campanha se desenrolar*, afora os envolvidos na fraude, os outros candidatos não conseguem reunir elementos para chegar à conclusão de que A ou B é apenas uma candidata fictícia ou se tem real disposição para ser candidata. Esses ânimos, aliás, podem mudar ao longo das eleições.

A não ser em hipóteses de delação, confissão ou intercepções (que independem dos demais candidatos), a fraude acaba por se revelar apenas no curso da campanha. O que ocorre, portanto, é que o processo eleitoral revela indícios de uma fraude que já foi praticada, mas estes não são conhecidos no momento da convenção ou do registro.

Enquanto os responsáveis pela fraude estão cientes de sua prática, os demais candidatos são colocados diante de um cenário perverso: não conseguem sequer investigar a fraude antes da campanha começar, porque seus indícios estão ocultos; iniciada a campanha, precisam contar com a sorte para que os indícios de fraude apareçam antes do julgamento do DRAP, a fim de que haja tempo de ajustar os percentuais de gênero; se a fraude for descoberta em AIME ou AIJE, a prevalecer a tese da cassação de todos, seu destino estará traçado a reboque dos fraudadores, sem que absolutamente nada pudessem fazer.

É nesse cenário que se deve falar de incentivos. Para tanto, faz-se necessário simular comportamentos. A pergunta que se coloca é: no momento da escolha das candidatas em convenção, os atuais fraudadores terão menos incentivos para escolher candidatas laranjas? Os demais candidatos terão mais incentivos para fiscalizar e denunciar?

Tratando-se das candidatas fictícias, parece-nos que tendem a não se preocupar com potencial cassação ou com inelegibilidades. Afinal, é justamente seu desinteresse pela campanha e pelo mandato que as caracteriza como laranjas.

Quanto aos dirigentes partidários ou candidatos em disputa, é possível que se sintam impactados por uma decisão de “cassação global” e mudem seu comportamento. Dependem exclusivamente de si mesmos e o risco de perder as cadeiras não é irrelevante. Entretanto, não se pode ignorar que a alteração da jurisprudência para promover a cassação de todo o DRAP e dos responsáveis em AIJE e AIME não parece ter afastado a propensão dessas pessoas para a prática do ilícito desde então.

Não se pode contar, portanto, com um grande desincentivo que atinja os responsáveis pela fraude. A disposição para esta não depende apenas da sanção potencial. Seria preciso contar com a fiscalização recíproca e suprimir o elemento humano. Nesse ponto, os defensores da “cassação global” afirmam que os demais candidatos teriam mais incentivos para promover o controle recíproco, fiscalizando eventuais laranjas para impedir fraudes na cota. Contudo, com todo o respeito que merecem, cassar todos os candidatos promove *incentivo inverso*.

No momento da escolha das candidatas em convenção, a fiscalização recíproca ou dos próprios órgãos de controle tem eficácia bastante reduzida. Apenas os envolvidos sabem da fraude. Já no curso da campanha, surgindo indícios da fraude, como todos os candidatos (fraudadores ou não) são colocados na mesma condição, sem possibilidade de reparo, a tendência é a de que se unam e busquem caminhos para se proteger das consequências. Os candidatos tendem a buscar, cada qual, a solução “*que maximize seu próprio ganho*”.

A tendência, portanto, é a de que não fiscalizem ou denunciem, mas a de que busquem mascarar a fraude tornando a campanha um pouco mais competitiva com mínimo engajamento e propaganda para evitar o “zero voto” e o “zero gasto”. Ao que nos parece, promove-se um incentivo à união que leva à sofisticação da fraude. Não há incentivos para fiscalização ou imputação recíproca.

Mas não é só: as candidatas de boa-fé, que deveriam ser o foco da proteção pois já enfrentam todos os obstáculos para concorrer e são a razão da ação afirmativa, terão ainda menos incentivos para se inserirem na vida pública. Correm o risco de serem cassadas por fraudes de terceiros, cuja prática não possuem instrumentos para fiscalizar e que, além de tudo, são blindados pela autonomia partidária. Se não bastasse, quando a fraude se torna visível ao longo da campanha eleitoral, já não há mais o que possam fazer. Nesse contexto, resta-lhes aguardar a cassação por arrastamento. Sem

contar que recebem a tarefa de fiscalizar a campanha alheia, antes e depois de iniciado o processo eleitoral.

A ação afirmativa acaba enfraquecida ao invés de se promover o seu fortalecimento. Não se pode admitir, com todo o respeito, que a sanção pela fraude na ação afirmativa acabe por *suprimir mulheres de seus mandatos, reduzir o percentual de mulheres no parlamento ou pior: afastar ainda mais as mulheres da política*.

O caso de Valença do Piauí tem ainda uma peculiaridade que atrai um *quarto argumento*: as eleições em julgamento são as de vereadores em 2016, momento em que ainda havia coligações, e as candidatas fictícias eram de partidos diferentes das candidatas eleitas. Portanto, foram cada qual escolhidas em suas convenções individuais.

De fato, a escolha dos candidatos e candidatas ocorre em convenção que é blindada pela autonomia partidária. Assim porque, nos termos do art. 105, § 2º do Código Eleitoral, os partidos escolhem seus candidatos individualmente em suas convenções, de modo que apenas o registro é promovido conjuntamente, no DRAP⁴. Não encontra fundamento legal e refoge aos objetivos da ação afirmativa, portanto, a afirmação de que os efeitos da fraude lhes alcançaria porque estariam todos na mesma coligação e no mesmo DRAP.

Cria-se a hipótese de *cassação perversa*: cassa-se uma (o) candidata (o) por um fato [escolha em convenções] em que ele constitucionalmente estava impedido de interferir e cuja fraude somente teria condições de apurar depois das eleições.

Não fosse suficiente a autonomia para escolha em convenção, basta ver que, ao longo da campanha, os gastos dos partidos são individuais. Não há ação conjunta da coligação para arrecadação e gastos na campanha. Da mesma forma, as prestações de contas dos partidos também são individuais, não havendo prestação de contas da coligação a partir do DRAP. E por que esse ponto é relevante?

Porque a suposta fraude na cota de gênero ocorreria no momento em que se faz a escolha de mulheres nas convenções [blindada pela autonomia, como visto]. Mas a efetivação da fraude, com a suposta ausência de campanha, de propaganda e de gastos, somente se concretiza ao longo do

⁴ Art. 105, § 2º Cada partido indicará em convenção os seus candidatos e o registro será promovido em conjunto pela coligação

processo. Tanto é que a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral firmou-se no sentido de que não basta a ausência de votos para se caracterizar a fraude; é necessário que haja prova de que a mulher foi designada como candidata apenas para preencher o percentual da cota de gênero [o que seria possível apurando-se gastos, ausência de propaganda etc].

Diante desse quadro, não surpreende que mulheres escolhidas em convenção no intuito de serem laranjas acabem eleitas. E que outras, escolhidas sem qualquer pretensão de fraude, acabem desistindo da candidatura e tenham pouco ou nenhum gasto e voto. Dessa forma e considerando que os partidos promovem gastos individuais – sobretudo no fundo especial de financiamento de campanha – e prestam contas individualmente, como se pode atribuir a todos os partidos e candidatos, em coligação, os efeitos de eventual fraude? Como(e quem) podem ser considerados beneficiários da prática, especialmente as mulheres eleitas com todo o esforço da ação afirmativa?

Conclusão nesse sentido constitui afronta não apenas à lógica da autonomia partidária, mas também à lógica da ação afirmativa. Seria implantar uma responsabilidade aos partidos e aos candidatos pelo risco absolutamente integral (SILVEIRA, 2014, p. 3) de formarem coligações, agregada a uma responsabilidade de fiscalização de todos os candidatos no momento de escolha em convenções e ao longo da campanha. Para as mulheres eleitas, ora recorrentes, seria uma inversão de ônus da ação afirmativa.

A vingar essa perspectiva, além de cuidar da sua própria campanha (com toda a dificuldade que já é conhecida), as mulheres teriam que ter fiscalizado as convenções de todos os partidos que integraram a coligação, além de ter fiscalizado todas as campanhas de todas as mulheres de todos os partidos que integram sua coligação [para saber se fizeram campanha mesmo]. E a fiscalização coloca-se no passado, porque, a partir de 2.020, não haverá mais coligação em eleições proporcionais, cabendo a todos fiscalizar apenas as ações de seus próprios partidos.

Embora muito remota a possibilidade de se identificar eventual fraude no DRAP, como visto, caso isso ocorresse, ainda seria assegurado ao partido/coligação o direito de ajustar os percentuais de gênero, dando conhecimento da fraude a todos os candidatos. No DRAP, apenas a resistência do partido ou a apuração da fraude posterior à data das eleições seriam capazes de levar à potencial derrubada de todos os candidatos.

Essa lógica, embora também questionável, difere do sistema de controle da AIJE e da AIME, que parte do pressuposto da cassação sem cogitar a possibilidade de ciência aos afetados com ajustamento de percentuais. Embora ambos tenham sido criados antes da ação afirmativa e estejam sendo emendados para comportar solução que deem efetividade à medida, tais modelos são absolutamente diferentes, e a eles não se aplica a mesma lógica material.

Com todo o acatamento à tese oposta, a pretensão de cassar todos os mandatos da coligação (incluindo o das mulheres eleitas) em razão de suposta fraude pela cota de gênero afronta, além da própria ação afirmativa, um sistema de dispositivos constitucionais e legais a respeito da matéria. E também confronta a jurisprudência eleitoral já formada.

4 Estudo do Caso Valença: exigência de participação na fraude para cassação e consequências da vacância

O Município de Valença⁵, localizado no Estado do Piauí, possui 11 vereadores. Nas eleições de 2016, contrariando os índices de baixíssima participação feminina foram eleitas 3 mulheres vereadoras: Iris Moreira (899 votos, PP), Ariana Rosa (490 votos, PMN) e Fátima Caetano (342 votos, PTC).

Verificou-se, ainda, que: as vereadoras eleitas não foram mencionadas como possíveis responsáveis ou corresponsáveis por serem, indicarem ou escolherem candidatas (os) laranjas; os seus respectivos partidos não indicaram nenhuma candidata que seria supostamente laranja; e as vereadoras não participaram das convenções partidárias em que essa escolha das candidatas apontadas como fictícias foi feita.

Os partidos a que se filiaram e pelos quais se elegeram as vereadoras Ariana Rosa e Fátima Caetano (PMN e PTC) estavam coligados a partidos (PROS, PRB, PSL e PR) que teriam praticado a suposta fraude de lançamento de candidaturas laranjas.

As mulheres eleitas não foram candidatas dos partidos a que a suposta fraude foi imputada. A fraude foi imputada às candidatas do PROS e do PRB, na Coligação Compromisso com Valença I [seriam as candidatas Ivaltania Vieira (PROS) e Neide Rosa (PRB)] e do PSL e PR, na coligação Compromisso com Valença II [seriam as candidatas Maria Eugênia Martins

⁵ Recurso Especial Eleitoral 19392/TSE.

(PSL) e Magally da Silva (PR) e Geórgia Verde (PSB)]. As candidatas eleitas são do PTC e do PMN.

Segundo se extrai do acórdão regional, a Coligação Compromisso com Valença I foi composta pelos partidos PTC/PPS/PRB/PROS/PSC, enquanto a Coligação Compromisso com Valença II foi composta pelos partidos PMN/PSB/PDT/PSL/PR/PSDB. As coligações elegeram:

Coligação Compromisso com Valença I (PTC/PPS/PRB/PROS/PSC)	Nome	Número de votos
PROS	Leonardo Nogueira	827
PPS	Stenio Rommel	665
PTC	Fatima do Caetano	342

Coligação Compromisso com Valença II (PMN/PSB/PDT/PSL/PR/PSDB)	Nome	Número de votos
PDT	Benoni	614
PMN	Ariana Rosa	490
PSDB	Nonatin Soares	472

Fosse o caso de DRAP e reconhecido o não atendimento aos percentuais legais, segundo José Jairo Gomes, “*deverá o juiz notificar a agremiação para, em 72 horas (LE, art. 11, § 3º), regularizar a situação*”. Para o mesmo doutrinador, a não regularização implica o indeferimento do DRAP, “*prejudicando todos os pedidos de registro de candidatura apresentados*”.

Ocorre que, no caso, não se está a tratar de DRAP, mas sim de reconhecimento de fraude após o registro de candidatura e da própria realização do pleito de 2016, em que não só havia outras candidaturas femininas legalmente registradas, como duas delas obtiveram êxito e foram eleitas.

Como visto, não há dúvida de que a barreira da autonomia partidária impõe que cada partido, ainda que coligado, escolha os nomes de seus candidatos em convenção individual. Tal fato deve ser sopesado em casos tais que, depois de formalizado o registro e realizado o pleito com a eleição de mulheres, somente em ação judicial se concluiu pela existência de fraude na distribuição das quotas de gênero.

Especificamente no caso de Valença, cada partido fez sua escolha respeitando, individualmente, a indicação de 30% de participação feminina. Senão, vejamos:

COLIGAÇÃO COMPROMISSO COM VALENÇA I – PTC/PPS/PRB/PROS/PSC

PARTIDO	CANDIDATOS HOMENS	CANDIDATAS MULHERES
PROS	LEONARDO NOGUEIRA PEREIRA	IVALTANIA VIEIRA NOGUEIRA PEREIRA DA SILVA
PPS	STENIO ROMMEL DA CRUZ CER- QUEIRA	
PTC	FRANCISCO DE ASSIS RODRI- GUES TORRES FRANCISCO NUNES DA COSTA NETO OSMAR ALVES DA SILVA PEDRO JOSÉ DA COSTA RENATO FRANCISCO BATISTA	FRANCISCA GERLANDI DA SILVA LAZARO MARIA DA CONCEIÇÃO CUNHA DIAS MARIA DE FÁTIMA BEZERRA DE SOUSA CAETANO
PRB	RAIMUNDO FERREIRA GOMES	MARIA NEIDE DA SILVA ROSA

COLIGAÇÃO COMPROMISSO COM VALENÇA II – PMN/PSB/PDT/PSL/PR/PSDB

PARTIDO	CANDIDATOS HOMENS	CANDIDATAS MULHERES
PMN	ATENCIO PEREIRA DE QUEIROGA CARLOS AUGUSTO DE OLIVEIRA SANTOS LEONARDO NUNES EVELIN RO- DRIGUES MARIO SILVA LIMA	ARIANA MARIA DE CARVALHO ROSA MARIA LUISA DE SOUSA
PSB	RAIMUNDO XAVIER DE LIMA WILTON NUNES FERREIRA	GEORGIA LIMA VERDE BRITO
PDT	BENONI JOSÉ DE SOUSA	
PSL	ANTONIO GOMES DA ROCHA	MARIA EUGENIA DE SOUSA MARTINS GOMES
PR	CICERO RAIMUNDO DE SOUSA JOSÉ GOMES DE ARAUJO	MAGALLY DA SILVA COSTA
PSDB	RAIMUNDO NONATO SOARES LIMA	

Em cenário como esse, como falar que os partidos que de forma alguma participaram da fraude – sobretudo as mulheres eleitas – são beneficiárias do suposto ilícito? No caso em análise, a fraude foi reconhecida em âmbito regional pelo seguinte: “*os votos inexpressivos devem ser considerados em relação a outros fatores, como efetiva realização de campanha, análise de prestação de contas para tentar demonstrar uma corrida eleitoral e condições em que foram apresentadas as candidaturas, por exemplo*”.

É preciso dizer que, no momento do registro das candidaturas, não se tinha qualquer indicativo de fraude na distribuição de quotas de gênero, de modo que o DRAP e os registros individuais foram deferidos.

Com efeito, tomando-se por referência a autonomia partidária em escolher seus candidatos, ainda que coligado o partido, é de se ter que as consequências de eventual reconhecimento de fraude devem atingir somente aqueles partidos que indicaram as candidaturas tidas por laranja e os candidatos responsáveis pela fraude.

5 Diante da cassação: como fazer a redistribuição das cadeiras?

Finalmente, reconhecida a fraude, seja quem for cassado, ocorrerá a vacância antes do encerramento do(s) mandato(s). Passa a ser necessário definir quem ocupará as cadeiras vagas. Aqui o *quinto e último argumento* que desconstrói a suposta *restauração da vontade do eleitor*. Cassados todos os mandatos do partido ou da coligação, há, de um lado, quem defenda que devam ser recalculados os votos e redistribuídas as vagas para os candidatos eleitos pelas Coligações remanescentes. Nada mais antidemocrático, com todo o acatamento. Como suprimir o mandato e, portanto, os votos atribuídos ao eleito e não devolver o sufrágio ao povo? Como permitir que apenas uma corrente – sem oposição – permaneça no parlamento?

Em oposição a essa tese, compreendo que, diante da cassação de representantes do legislativo, deve-se iniciar um processo de duas etapas: suprimidos da coligação/partido os votos atribuídos aos candidatos responsáveis pela fraude, é de se verificar se, com esse novo quociente partidário, a Coligação/partido mantém o número de cadeiras a que fez jus no momento em que se proclamou o resultado das eleições. Abertas as vagas, deve-se aplicar o disposto nos art. 56, § 2^a da Constituição, e nos arts. 112, 113, 175 e 224 do Código Eleitoral, com realização de novas eleições, pois se trata de hipótese de vacância. Assim será restaurada a pretendida legitimidade do voto.

Entendimento diverso, levaria à possibilidade de o poder legislativo nos municípios e nos estados permanecer com mandato sem oposição. Significa dizer que buscando *sancionar* a fraude – seja para apenar candidatos e partidos, seja para restituir a legitimidade ao pleito –, a ação afirmativa, além de cassar as mulheres legitimamente eleitas [que nada têm a ver com

a suposta fraude], suprimiria do eleitor a possibilidade de ver restaurada a suposta quebra de legitimidade. E mais: estaria suprimida a possibilidade de manter a representação proporcional com divergências no legislativo. Teríamos a possibilidade de conviver com um legislativo de um lado só (CAGGIANO, 1995, p. 67)⁶.

Essa posição fundamenta-se na jurisprudência do TSE em julgamento do DRAP – em caso, também do Estado do Piauí – Relator Min. Henrique Neves: REspe: 2204 PI, Relator: Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, Data de Julgamento: 01/04/2014, Data de Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 85, Data 09/05/2014.

Pergunta-se: nesse caso, a coligação em que identificada a fraude não sofreu consequências? Claro que sim. Sofreu como consequência: i) a perda dos votos atribuídos a todos os candidatos que concorreram pelos partidos que foram considerados responsáveis pela suposta fraude; ii) o recálculo do quociente partidário em razão da perda desses votos; e iii) a cassação dos candidatos eleitos por esses partidos integrantes da coligação que foram considerados responsáveis pela fraude.

Suprimidos da coligação os votos atribuídos aos candidatos dos partidos responsáveis pela fraude, é de se verificar se, com esse novo quociente partidário, a Coligação mantém o número de cadeiras a que fez jus no momento em que se proclamou o resultado das eleições.

Reduzido o número de cadeiras a que faz jus a coligação, estar-se-á diante da hipótese de vacância, caso em que deve ser aplicado o art. 56, § 2º da Constituição. Caso o número de cadeiras a que faz jus a Coligação não seja alterado [mesmo com a redução do número de votos que recebeu], será necessário preencher a cadeira antes ocupada pelo candidato eleito por um partido responsável pela fraude. Nesse caso, incidem os art. 112 e 175, § 2º do Código Eleitoral, preservados os votos, e serão redefinidos os suplentes, de modo que outro candidato, eleito pela Coligação, passa a ocupar essa cadeira.

Nesse caso, afirma-se que nada estaria sendo alterado na jurisprudência do TSE, que sempre foi pacífica no sentido de determinar recálculo de resultado das eleições em julgamento de registro de candidatura (RRC) ou de partidos políticos (DRAP). Nos julgamentos de AIJE e AIME – seja

⁶ “a oposição, [pois] passa a desempenhar uma competência integrativa e controladora, com o escopo de manter o regime no âmbito das fronteiras democráticas.”

por abuso, seja por corrupção ou fraude – sempre foi determinada a *posse do suplente ou a realização de novo pleito*. Não sendo o caso de realização de novo pleito – por vacância, convoca-se o suplente da coligação.

De todo modo, mesmo no caso em que, comprovado o envolvimento de todos os candidatos eleitos na fraude, não encontre fundamento constitucional a pretensão de se recalcular o resultado das eleições, redistribuindo todas as cadeiras entre os partidos/coligações remanescentes. Deve-se aplicar o disposto nos art. 56, § 2º da Constituição, e nos arts. 112, 113, 175 e 224 do Código Eleitoral, convocando-se novas eleições, pois trata-se de hipótese de vacância.

A pretensão de redistribuição das cadeiras confronta o art. 56, § 2º da CR/88 e os arts. 112 e 113 do Código Eleitoral, os quais impõem a realização de novas eleições, caso se depare com vacância que leve à ausência de suplentes no partido/coligação. Até mesmo porque se trata de hipótese de vacância que não diz respeito apenas às cassações que decorrem da cota de gênero, mas de qualquer vacância por razões eleitorais que atinjam o poder legislativo.

A matéria tem tamanha relevância que encontra status constitucional (art. 56, § 2º da CR/88). E não poderia ser diferente, pois significa assegurar, em caso de vacância, que o eleitor garanta a representatividade no parlamento, por meio da situação e da oposição, ainda que algum fato superveniente [seja nulidade, morte etc] leve à ausência de suplência na coligação ou no partido.

Mas, além disso, essa alternativa leva à possibilidade de o poder legislativo nos municípios e nos estados permanecerem um mandato *sem oposição*. Significa dizer que buscando *sancionar* os partidos que teriam fraudado a ação afirmativa, além de cassar as mulheres legitimamente eleitas [que nenhuma ligação têm com a suposta fraude], estar-se-ia suprimindo do eleitor os votos que atribuiu aos candidatos sem qualquer quebra de legitimidade. E mais: estaria suprimida a possibilidade de manter a representação proporcional, com divergências, no parlamento. Seria um legislativo de um lado só. Exatamente aí está a razão pela qual devem ser realizadas novas eleições: devolver ao eleitor a possibilidade de formar blocos de oposição.

Com o máximo acatamento à tese contrária, a distorção do raciocínio encontra-se no fato de que a pretensão oposta trata como suplente quem não é. Nos termos dos arts. 112 e 113 do Código Eleitoral, que regu-

lamentam o art. 56, § 2º da Constituição, os suplentes são apenas do partido ou da Coligação pela qual concorrem. Cassados todos os candidatos do partido ou da Coligação, não haverá mais eleitos pelo partido/coligação e, portanto, não haverá mais suplência. Haverá, portanto, vacância. Em casos tais, está-se diante de hipótese de realização de novas eleições e não de recálculo de resultado.

Note-se que o art. 112 é muito claro ao dispor que se consideram suplentes “*da representação partidária [e da Coligação (Lei 7.454/85, art. 4º)] apenas quem é eleito pelo partido ou pela coligação [“I – os mais votados sob a mesma legenda e não eleitos efetivos das listas dos respectivos partidos; II – em caso de empate na votação, na ordem decrescente da idade]*”. Não há uma suposta lista geral de suplentes caso acabem os candidatos eleitos por uma agremiação ou coligação. Até mesmo porque não há ordem legal prevista entre os partidos/coligações para se definir qual seria o primeiro a ser chamado.

Justamente para evitar que o eleitor permaneça sem representação do grupo político que elegeu, e que o parlamento permaneça sem grupos de oposição, é que o Código Eleitoral e a Constituição previram que, em qualquer hipótese em que for aberta vaga [note-se que a generalidade do termo não é aleatória], e não havendo suplente, “*far-se-á eleição para preenchê-la se faltarem mais de quinze meses para o término do mandato*”. Faltando mais de quinze meses, a cadeira permanece vazia.

Não há que se cogitar recálculo em AIJE e AIME. Somente estaria em questão o recálculo do resultado caso se estivesse em debate sobre o registro de candidatura ou o próprio DRAP. E por quê? Não bastasse o art. 56, § 2º da CR/88, o Código Eleitoral também diferencia, coerente com os arts. 112 e 113, também do Código: i) a “*nulidade dos votos*” dados à candidato inelegível ou não registrado reconhecida até a data das eleições (art. 175, § 3º e 4º); ii) da “*anulabilidade da votação*” em caso de “*falsidade, fraude, coação, uso de meios de que trata o art. 237 ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágio vedado por lei*” (art. 222).

Na primeira hipótese, “*nulidade dos votos*”, em razão de indeferimento ou cancelamento de registro (art. 175, § 2º e 3º) – hipótese do RRC ou DRAP – o Código Eleitoral, no art. 175, § 3º prevê a recontagem dos votos quando afirma que *os votos somente serão suprimidos do cálculo de vagas do partido ou coligação se o registro estiver indeferido ou cancelado antes das eleições*.

A situação é bastante diversa quando se trata de nulidade decorrente de fraude, passível de ser reconhecida em AIJE ou AIME. Nesses casos, o Código Eleitoral é bastante claro – não bastasse a disposição expressa do art. 56, § 2º da CR/88 – ao dispor que a hipótese é de *novas eleições*.

Mas há mais: se a nulidade alcançar mais da metade dos votos, *toda a eleição será anulada*, nos termos do art. 224, *caput* do Código Eleitoral. Basta a leitura atenta do dispositivo para se verificar que a norma não trata apenas das eleições ao pleito majoritário em seu *caput*. Tanto é que o pleito majoritário mereceu tratamento específico no § 3º do dispositivo. O destaque ao pleito majoritário feito no § 3º só reforça que o *caput do art. 224 refere-se a todas as eleições, incluindo as proporcionais*. Veja o *caput* do art. 224: “Se a nulidade atingir a mais de metade dos votos do país nas eleições presidenciais, do Estado nas eleições federais e estaduais ou do *município nas eleições municipais*, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição dentro do prazo de 20 (vinte) a 40 (quarenta) dias”.

De fato, a jurisprudência do TSE sempre foi pacífica no sentido de que apenas se determina recálculo de resultado das eleições em julgamento de registro de candidatura (RRC) ou de partidos políticos (DRAP). Nos julgamentos de AIJE e AIME – por abuso, corrupção ou fraude – sempre foi determinada a posse do suplente ou a realização de novo pleito. A novidade, no caso, é apenas e tão somente a ausência de suplentes, o que atrai a incidência do art. 56, § 2º da CR/88.

É com base nessas razões que se conclui que o resultado de uma ação que determina a cassação de mandatos no poder legislativo não altera em nada o status dos candidatos eleitos pela Coligação ou pelos partidos remanescentes. Estes continuam com as mesmas vagas que obtiveram no dia da eleição. As demais vagas, abertas na hipótese de cassação da chapa, serão preenchidas por novas eleições. Somente a saída de algum candidato eleito pela própria Coligação é que garantiria vaga aos seus suplentes.

6 Considerações finais

O presente artigo buscou inicialmente apresentar os aspectos jurídicos, político e econômico que demonstram a real preocupação das instituições públicas nacionais com a representatividade feminina na política.

Os dados apresentados demonstram que, apesar das iniciativas legislativas e jurisprudenciais direcionadas para o incentivo da participação

feminina, da histórica luta de conquistas de direitos políticos e do impacto econômico da contribuição feminina na sociedade, as mulheres ainda constituem uma minoria política e possuem percentuais baixíssimos de representantes nas esferas de poder, seja a federal, a estadual ou a municipal, em cargos de eleição majoritária ou proporcional.

Diante desse quadro, buscou-se apontar os caminhos que parecem mais consentâneos com a ação afirmativa, em casos de identificação das chamadas *candidatas laranjas*.

Propõe-se que os efeitos do reconhecimento de eventual fraude nas candidaturas femininas sejam restritos aos candidatos responsáveis pela fraude e aos partidos que indicaram as citadas candidaturas [o que leva em conta a independência das convenções realizadas com a blindagem da autonomia partidária, a autonomia de gastos de cada partido e a prestação de contas individual], mantendo-se hígida a Coligação e decotando-se desta todos os candidatos daquele partido que indicou a candidatura tida por laranja.

Finalmente, defende-se que, reconhecida a fraude após a realização das eleições, em respeito à boa-fé dos demais candidatos, à preservação das candidaturas femininas e à preservação da vontade do eleitor, seja mantida a jurisprudência do TSE e respeitado o disposto no art. 175, § 3º do Código Eleitoral, com a manutenção dos votos no cálculo do quociente partidário para a própria coligação ou caso apurada hipótese de vacância, seja reconhecida a ausência de suplência, nos termos do art. 112 e 113 do Código Eleitoral e determinada a realização de novas eleições para preenchimento das vagas em vacância, nos termos do art. 56, § 2º da Constituição.

Por todas as razões expostas, não parece consentâneo com o fundamento constitucional da ação afirmativa, com o pressuposto que levou à sua instituição ou mesmo com a realidade visível, concluir que todas as mulheres que integram um partido ou coligações participam de um grande conluio. E, ainda que assim não fosse, que devam ser, mais uma vez, alijadas da participação política. Dessa fez, como consequência de uma ação constitucional que busca exatamente o contrário.

Por séculos as mulheres sobreviveram aos efeitos perversos de supostas proteções. Desvincular os efeitos da fraude da exigência de prova da participação feminina seria reforçar um das razões que afastam as mulheres da vida política e dos mandatos.

Não parece ser mais o tempo de sobreviver a mais uma aparente proteção que, no fim da história, cassa seu cargo.

Referências

- ANDRADE NETO, J.; GRESTA, R. M.; SANTOS P. P. 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); PECCINI, Luiz Eduardo (Org.). **Abuso de poder e perda de mandato**. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (Tratado de Direito Eleitoral, v. 7.).
- DAHLERUP, D. El Uso de cuotas para incrementar la representación política de la mujer. In: MENDÉZ-MONTALVO, M.; BALLINGTON, J. **Mujeres en el Parlamento**. Más allá de los números. Estocolmo: International IDEA, 2002, pp.159-172.
- GOMES, J. J. **Direito Eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- SACCHET, T. Partidos políticos e sub-representação feminina: um estudo sobre recrutamento legislativo e financiamento de campanhas no Brasil. In: PAIVA, D.; BEZERRA, H. D (Orgs). **Mulheres, política e poder**. Goiânia: Cânone Editorial, 2011.
- SALGADO, E. D.; CALEFFI, R. **Propostas para aumentar a participação feminina na política brasileira** [on line]. Mai. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-02/propostas-aumentar-participacao-feminina-politica>>. Acesso em: 14 ago. 2017.
- SILVEIRA, M. de P. **Responsabilidade eleitoral por ato de terceiro**. Disponível em: <http://www.oseleitoralistas.com.br/2013/03/18/os-ilicitos-eleitorais-praticados-por-terceiros-e-o-nexo-de-causalidade-para-responsabilizacao-do-candidato/> Acesso em: 1 set. 2014.

Marilda de Paula Silveira - Mestre e doutora em Direito Público pela UFMG. Professora de Direito Administrativo e Eleitoral do IDP/EDB e coordenadora acadêmica da pós-graduação em Direito Eleitoral da mesma instituição de ensino superior. Membro do IBRADE e ABRADep. Pesquisadora líder do Observatório Eleitoral IDP/EDB e Pesquisadora membro do CEDAU/USP. Coordenadora da Transparência Eleitoral Regional Brasil. Advogada sócia da Silveira e Unes Advogados Associados.

A PODRIDÃO DA CANDIDATURA LARANJA: PONDERAÇÕES ACERCA DA PARTICIPAÇÃO FEMININA NAS ELEIÇÕES BRASILEIRAS

*The rotten of fake candidacy: deliberations about female participation in
Brazilian elections*

Amanda dos Santos Neves Gortari

Resumo: Este artigo tem por objetivo averiguar a efetividade das ações afirmativas para a garantia da participação das mulheres na política, posto que a representatividade feminina, principalmente no Poder Legislativo, é imprescindível para assegurar os interesses das cidadãs brasileiras. Para tanto, abre-se uma sondagem acerca da legislação e da jurisprudência que permite a participação equitativa entre homens e mulheres nas eleições e, por fim, verifica-se o fenômeno contrário à finalidade da quota eleitoral de gênero: o surgimento de candidaturas laranjas. Portanto, aplicam-se no presente artigo o método hipotético-dedutivo e a abordagem qualitativa.

Palavras-chave: Participação feminina na política. Candidaturas laranjas. Cota de gênero.

Abstract: This article aims to investigate the effectiveness of affirmative actions to guarantee women's participation in politics, since female representation, especially in the Legislative Power, is essential to ensure the interests of Brazilian citizens. To this end, a survey is opened on legislation and jurisprudence that allows for equal participation between men and women in elections, and, finally, there is the opposite phenomenon to the purpose of the gender electoral quota: the emergence of fake candidacies. Therefore, the hypothetical-deductive method and the qualitative approach are applied in this article.

Keywords: Female participation in politics. Fake candidatures. Gender quota.

1 Introdução

A democracia floresceu na Grécia Antiga na região de Atenas, sob uma constituição apresentada por Sólon em 594 a.C. A cidade propiciava aos seus cidadãos um espaço cultural e intelectual para as diversas reflexões de qual seria o Estado Ideal.

Por meio de assembleias, ocorria a participação da população, limitada a uma minoria formada por homens livres, que debatiam seus próprios interesses e pensamentos e constituíam, na prática, uma democracia classista.

Nas palavras de Jerome Hall (1949), a democracia antiga era um “governo de classe” no qual se manifestava, verdadeiramente, como uma aristocracia ampla em que uma minoria gozava dos direitos e deveres de cidadão e, abaixo dessa minoria, encontravam-se os escravos.

O governo do povo surge, portanto, como a vontade de uma classe seleta de cidadãos, da qual se excluíam os menores de 21 anos, os estrangeiros, os escravos e as mulheres.

Todavia, nasceu, no século XIX, a democracia representativa sob forte influência das revoluções burguesas, em especial à luz dos ideais da igualdade, fraternidade e liberdade, e trouxe o sufrágio como exercício do direito de participação nos assuntos da coletividade.

Segundo o doutrinador Luiz Pinto Ferreira, no livro *Princípios Gerais de Direito Constitucional Moderno* (1983), “a democracia é a forma constitucional de governo da maioria, que, sobre a base da liberdade e igualdade, assegura às minorias no parlamento o direito de representação, fiscalização e crítica”.

Apesar da democracia sofrer forte influência do princípio da igualdade, a voz da mulher continuava negligenciada e o espaço da política era predominantemente masculino. Apenas no século XX, com o movimento das sufragistas na Europa e nas Américas, as mulheres conquistaram o direito ao voto.

A partir de então, com a criação da ONU, em 1945, estabeleceu-se, em âmbito global, a igualdade de gênero como direito humano fundamental a ser assegurado por todos os Estados-membros.

Por conta desse compromisso, criou-se, em 1946, a Comissão pelo Status da Mulher (*Commission on the Status of Women – CSW*), com a finalidade de tratar especificamente as questões relacionadas às mulheres através da

elaboração de relatórios e promoções dos direitos das mulheres em diversas áreas; dentre essas, a política.

Para este fim, apelamos aos governos do mundo para encorajar as mulheres em todos os lugares para participar mais ativamente em assuntos nacionais e internacionais, e sobre as mulheres que estão conscientes de suas oportunidades de avançar e compartilhar o trabalho de paz e reconstrução como fizeram na guerra e na resistência. [...]

Os problemas das mulheres agora pela primeira vez na história são estudados internacionalmente como tal e para ser dada a importância social que devem ter. E seria, na opinião desta Subcomissão de especialistas nesta área, uma tragédia para estragar esta oportunidade única, confundindo o desejo e os fatos. Algumas situações podem ser alteradas por leis, educação e opinião pública, e o tempo parece ter vindo para mudanças felizes nas condições das mulheres em todo o mundo (ONU, 2000).

Nesse aspecto, a atuação da CSW foi elementar para a elaboração da Convenção dos Direitos Políticos das Mulheres durante a Assembleia Geral da ONU em 1952, a qual tinha por meta, apesar da resistência dos Estados-membros, promover e assegurar a capacidade eleitoral passiva e ativa das mulheres, bem como o pleno exercício dos direitos políticos, como condição de elegibilidade para cargos públicos.

2 Breve trajetória da conquista do voto feminino no Brasil

A igualdade de direitos políticos constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil uma vez que, para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, é necessária a participação ativa de todos os brasileiros e brasileiras no processo democrático. Além disso, a isonomia formal nos termos do art. 5º, I da Constituição Federal determina a igualdade entre homens e mulheres, tanto em deveres como em direitos.

Entretanto, verificava-se antes da Constituição de 1988 e do advento do voto feminino em 1932, duas teorias principais que tratavam sobre o sufrágio feminino: a teoria da incapacidade da mulher e as teorias feministas (BARBOSA, 2012).

Em suma, a primeira teoria – extremamente machista – vigorou até o início do século XX e pregava que as mulheres eram emotivas e instáveis para tomar decisões racionais sob a pressão pública na época das eleições.

A segunda teoria rebateu as argumentações da anterior – as quais consistiam unicamente em critérios biológicos masculinos – através do conhecimento científico pautado em aspectos do campo social e cultural, retirado principalmente de artigos e revistas da imprensa internacional, posto que o acesso à educação básica e superior era destinado a uma parcela restrita das mulheres à época.

Nesse cenário, realizou-se a Constituinte de 1890, na qual foi posto em debate o sufrágio feminino. Segundo o autor Walter Porto (1989, p. 21), durante a constituinte, três deputados federais propuseram que o voto também fosse concedido “às mulheres diplomadas com títulos científicos e de professora, desde que não estivessem sob o poder marital nem paterno, bem como às que estivessem na posse de seus bens”. Todavia, a proposta não foi adiante e a Constituição Republicana de 1891 considerou como eleitores os cidadãos alistados maiores de 21 anos.

Contudo, nos incisos do parágrafo 1º do art. 70 da Constituição de 1891, que versam sobre os eleitores inalistáveis, não consta a opção mulher. Por conta disso, o parlamentar Justo Chermont apresentou um projeto, em 1921, apresentando a hipótese da capacidade eleitoral feminina, a qual não foi convertida em lei.

Após esse episódio, acrescentou-se, em 1927, no Estado do Rio Grande do Norte, o artigo 17 nas disposições transitórias da Lei Eleitoral do estado o seguinte texto: “*Art. 17. No Rio Grande do Norte, poderão votar e ser votados, sem distinção de sexos, todos os cidadãos que reunirem as condições exigidas por esta lei.*”

Dessa forma, a primeira mulher brasileira a obter o direito de votar foi a professora Celina Guimarães Viana, anos antes do advento do Código Eleitoral de 1932. Apesar da conquista, a Comissão de Poderes do Senado descartou o voto da brasileira.

Com o Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, que implementou o Primeiro Código Eleitoral Brasileiro, determinou-se em seu texto original o art. 2º: “*E’ eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo, alistado na forma deste Código.*”

Logo em seguida, no governo de Getúlio Vargas, a Constituição de 1934 veio por fim consagrar o direito das mulheres ao sufrágio, em seu artigo 108: “*São eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de 18 anos, que se alistarem na forma da lei.*”

Dentro desse contexto, observa-se a *relevância científica e jurídica* de debater sobre a participação das mulheres da política, posto que, da conquista do voto até a atualidade, ocorreram inúmeras mudanças sociais que alteraram o foco da discussão acerca da participação feminina na política para o viés da efetividade das leis que asseguram a capacidade eleitoral passiva das mulheres, ou seja, o direito de serem votadas.

Há 86 anos, debater sobre isso seria inadmissível para os parlamentares que apoiavam a teoria da incapacidade da mulher. Eles nunca imaginariam que uma mulher pudesse conquistar um cargo na assembleia legislativa ou muito menos alcançar a presidência do país.

Apesar dos avanços paulatinos na esfera política do Brasil, novos desafios surgem para garantir a proteção dos direitos políticos das mulheres, dentre eles destaque-se a escassez de mulheres eleitas para cargos públicos.

Desta forma, identifica-se a relevância social e a cultural de dialogar sobre o assunto, visto que a baixa representatividade das mulheres no congresso acaba por negligenciar pautas essencialmente femininas, como, por exemplo, a questão do aborto ou da violência obstétrica.

3 Legislação como garantia da participação efetiva das mulheres na política

Devido à conquista recente do voto feminino no Brasil, somada ao fato da política partidária estar enraizada ao mundo masculino e mergulhado em preconceitos e sexismos, há uma pouca aceitação das mulheres para adentrar na política.

No Brasil, as mulheres correspondem a 52,5% do eleitorado e a pouco mais de 44,5% dos eleitores filiados a partidos políticos, de acordo com dados disponíveis no site do TSE. Apesar de representar maioria quantitativa dos brasileiros, isso não se reflete no Congresso Nacional nem nas Assembleias Legislativas Brasileiras, posto que apenas 30,7% dos candidatos às eleições de 2018 eram mulheres.

No modelo de democracia representativa guiado pelos princípios da maioria, da igualdade e da liberdade, a sociedade necessita de que as esferas de poder espelhem a realidade de gênero.

Sobre a temática, José Afonso da Silva (2011) explica que a democracia possui uma dupla função: participativa e pluralista.

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade.

Assim, não basta a participação do povo de maneira isolada, deve-se estabelecer o diálogo entre os diversos modos de pensamento para que os interesses da sociedade reflitam a pluralidade de ideias existentes no país.

A mera presença das mulheres no Congresso não é garantia de que pautas essencialmente feministas sejam aprovadas; todavia, traz visibilidade a temas relacionados à igualdade salarial e direito à saúde em relação à maternidade.

Nesse aspecto, a representatividade feminina tem a capacidade de tornar o poder legislativo em um espaço efetivamente plural e isonômico para assegurar os interesses de ambos os sexos.

Contudo, tendo em vista que a relação representante e eleitor pressupõe a identidade de ideais, como se pode esperar de um parlamentar a garantia da luta em demandas essencialmente femininas se este não traz como prioridade o combate à desigualdade salarial e a cultura do estupro, e, quiçá, vivência, na pele, tais questões?

Diante disso, as políticas de ações afirmativas tornam-se instrumentos no combate à segregação, bem como estimulantes do engajamento político das mulheres. As cotas de gênero visam, de maneira temporária, diminuir as diferenças quantitativas de ambos os sexos no Congresso Nacional.

Desta forma, o legislador, a fim de estimular a participação feminina na política, elaborou uma série de normas no âmbito eleitoral e partidário, quais sejam: a cota para registro de mulheres (Art. 10, § 3º da Lei 9.504/97) e a definição de piso e teto de fundo partidário (Art. 9º da Lei nº 13.165/15).

A primeira ação afirmativa a incentivar a participação das mulheres na política foi através do artigo 11, parágrafo 3º da Lei nº 9.100/95, o

qual fixava “*vinte por cento, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deverão ser preenchidas por candidaturas de mulheres*”. Aponta-se que o percentual legal incide diretamente sobre as candidaturas femininas deferidas.

Todavia, alterou-se o percentual com a Lei das Eleições (Lei nº 9.504 de 30 de setembro de 1997), ao tornar obrigatória a **reserva** de no mínimo 30% das vagas dos candidatos de **cada sexo** à Câmara dos Deputados, à Câmara Legislativa, às Assembleias Legislativas e às Câmaras Municipais.

Apesar da quota de gênero ter sido ampliada tanto no percentual fixado em lei, como atingido as eleições proporcionais em todos os níveis (municipal, estadual e federal), a alteração apresentou um retrocesso na legislação ao apenas reservar o mínimo de vagas, ou seja, o percentual engloba somente as candidaturas apresentadas pelos partidos políticos e coligações.

À vista disso, em 2009, a Lei nº 12.034 substituiu a redação antiga do artigo 10, § 3º da LE, e fixou que cada partido ou coligação **deverá** registrar a candidatura de, no mínimo, 30% dos candidatos de cada sexo.

A sutil diferença no texto legal surgiu para dirimir eventuais escusas dos partidos e coligações que apenas reservassem vagas às candidatas. Portanto, há agora a obrigatoriedade na candidatura.

Na verdade, com a mudança da redação do enfocado § 3º, artigo 10, da LE, é necessário que o cálculo dos percentuais de 30% e 70% se baseie no número de candidatos cujos registros forem real e efetivamente requeridos pelo partido ou pela coligação, e não (como ocorria antes) o número abstratamente previsto em lei (GOMES, 2018).

A medida assegura o princípio constitucional da isonomia previsto no art. 5, I, da Constituição Federal, bem como incentiva e financia a participação feminina na política, posto que, no Brasil, apesar das mulheres constituírem a maior parte da população, o poder legislativo não reflete essa realidade, tanto é que o país ocupa o 156º lugar, num *ranking* de 193 países, em termos de participação das mulheres nas casas legislativas¹.

Assevera-se que, apesar do texto legal falar em “candidatos de cada sexo”, o Ministro do TSE, Tarcísio Vieira de Carvalho, explicou, na Consulta nº 0604054-58/DF, que a expressão refere-se ao gênero.

¹ Posição em 1.6.2018, disponível em: <<http://archive.ipu.org/wmn-e/classif.htm>>.

A expressão “cada sexo” mencionada no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97, refere-se ao gênero, e não ao sexo biológico, de forma que tanto os homens como as mulheres transexuais e travestis podem ser contabilizados nas respectivas cotas de candidaturas masculina ou feminina. Para tanto, devem figurar como tal nos requerimentos de alistamento eleitoral, nos termos estabelecidos pelo art. 91, caput, da Lei das Eleições, haja vista que a verificação do gênero para o efeito de registro de candidatura deverá atender aos requisitos previstos na Res.- TSE nº 21.538/2003 e demais normas de regência (BRASIL, 2017).

Ademais, deve-se apresentar os percentuais relativos à quota de gênero, em regra, no pedido de registro de candidatura. Nada obstante, conforme o doutrinador José Jairo Gomes (2018, p. 401), “há precedente do TSE entendendo ser possível o atendimento da quota em data posterior à do limite para requerimento de candidaturas” (TSE – REspe nº 107.079/BA – PSS 11-12-2012).

Ressalta-se, ainda, a REsp nº 2939/2012, na qual o TSE indicou que o partido ou coligação deverá reduzir o número de candidatos masculinos para adequar os respectivos percentuais caso não se atinja o percentual mínimo de 30% de registro.

Registro de candidaturas. Percentuais por sexo. 1. Conforme decidido pelo TSE nas eleições de 2010, o § 3º do art. 10 da Lei nº 9.504/97, na redação dada pela Lei nº 12.034/2009, estabelece a observância obrigatória dos percentuais mínimo e máximo de cada sexo, o que é aferido de acordo com o número de candidatos efetivamente registrados. 2. Não cabe a partido ou a coligação pretender o preenchimento de vagas destinadas a um sexo por candidatos do outro sexo, a pretexto de ausência de candidatas do sexo feminino na circunscrição eleitoral, pois se tornaria inócua a previsão legal de reforço da participação feminina nas eleições, com reiterado descumprimento da lei. 3. Sendo eventualmente impossível o registro de candidaturas femininas com o percentual mínimo de 30%, a única alternativa que o partido ou a coligação dispõe é a de reduzir o número de candidatos masculinos para adequar os respectivos percentuais, cuja providência, caso não atendida, ensejará o indeferimento do demonstrativo de regularidade dos atos partidários (DRAP). Recurso especial não provido (BRASIL, 2012).

Para fiscalizar o quórum mínimo de candidaturas, a Resolução nº 2370 de 2010 do TSE fixou a utilização do sistema CANDex para gerar as mídias relativas aos pedidos de registro e aviso aos partidos e coligações quanto aos percentuais mínimo e máximo de cada sexo. Em caso de transgressão da norma estabelecida neste artigo, há a possibilidade de uma investigação judicial eleitoral a fim de averiguar o cumprimento efetivo do lei, de acordo com a REsp nº 24342/2016 do TSE.

Outra ação afirmativa estipulada pela Lei das Eleições refere-se ao Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos, ou Fundo Partidário. Esse fundo está previsto no artigo 38 da Lei dos Partidos Políticos, e é destinado aos partidos registrados no TSE que preenchem os requisitos especificados no artigo 17, § 3º da Constituição Federal.

Até o ano de 2015, a destinação do fundo partidário entre os candidatos de ambos os sexos ficava a critério dos partidos políticos. Contudo, o artigo 9º da Lei nº 13.165/15 definiu o piso e o teto do fundo partidário em no mínimo 5% (cinco por cento) e no máximo 15% (quinze por cento) do montante do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais das candidatas mulheres.

De fato, havia uma contradição entre o mínimo de 30% (trinta por cento) das candidaturas e o máximo de 15 % (quinze por cento) aplicável nas campanhas, posto que, na prática, essa diferença apenas reforça o desequilíbrio entre os sexos ao longo do processo eleitoral, fixando um mínimo de 95% (noventa e cinco por cento) dos recursos para os candidatos.

Em consonância com as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, o STF julgou a ADI nº 5617 em março de 2018 e decidiu que a porcentagem de 30% (trinta por cento) destinada ao registro das candidaturas femininas também se aplica ao mínimo de recursos do Fundo Partidário e deverá ser destinado às candidatas tanto nas eleições majoritárias quanto nas proporcionais.

Outrossim declarou a inconstitucionalidade da expressão “três” e indicou que, caso o número de candidaturas femininas ultrapasse 30% (trinta por cento), o mínimo dos recursos deve acompanhar a nova proporção.

A medida alterou o artigo 9º da Lei 13.165/2015, que estipulava reserva, pelos partidos, de recursos do Fundo Partidário, em contas bancárias específicas de, no mínimo, 5% (cinco por cento) e no máximo 15% (quinze por cento) para aplicação nas campanhas de candidatas mulheres.

A Procuradoria-Geral da República sustentou justamente que “se não há limites máximos para financiamento de campanhas de homens não se podem fixar limites máximos para as mulheres”. Os representantes da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP) e da Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação (CEPIA) manifestaram-se da tribuna na condição de *amicus curie* e reforçaram que a norma viola a autonomia partidária.

Com base nos dados extraídos do Tribunal Superior Eleitoral, o Movimento Transparência Partidária criou a ferramenta tecnológica Oráculo Eleitoral, a qual aponta distribuição da receita relativa aos repasses da União e de doações aos candidatos, excluindo os cargos de vice e suplentes, dos 35 partidos.

De acordo com a prestação de contas, os 5.528 mil candidatos para o cargo de deputado federal receberam do Fundo Partidário e do Fundo Especial R\$ 922.660.258,43, com média de R\$ 166.906,70 por candidato. Já as candidatas mulheres receberam R\$ 260.224.34,94, com média de R\$ 101.849,17 por candidata na disputa pelo mesmo cargo.

Esses dados, numa proporção por cor e gênero, demonstram os seguintes indicadores para a Câmara dos Deputados: Homens Brancos (R\$ 66,7 mil), Homens Negros (R\$ 12,2 mil), Mulheres Brancas (R\$ 20,5 mil) e Mulheres Negras (R\$ 5,8 mil).

Nas eleições estaduais, apesar das mulheres receberem, aparentemente, mais recursos que os candidatos (R\$ 209.610.674,77 contra R\$ 205.632.556,71 do Fundo Especial), as doações para os homens alcançaram o montante de R\$ 388.361.363,07.

Proporcionalmente, os Homens Brancos receberam cerca de R\$ 48,4 mil, enquanto os Homens Negros, aproximadamente R\$ 10,7 mil. Já as Mulheres Brancas conseguiram R\$12,3 mil e a menor parte coube às Mulheres Negras, R\$ 5 mil.

Apesar dos gastos com os candidatos negros serem menores do que com as candidatas brancas, isso, por si só, não anula a discussão acerca da necessidade de representação feminina na política. Pelo contrário, faz com que seja questionado o local de fala das mulheres negras, visto que se encontram com o menor percentual médio de arrecadação.

Ademais, das 513 vagas disponíveis para a Câmara dos Deputados nas eleições de 2018, 73 cadeiras foram preenchidas por mulheres, 26

a mais que a eleição anterior. O grande destaque desse pleito foi a eleição, pelo Estado de Roraima, da deputada federal Joenia Wapichana, a primeira mulher indígena eleita para o Congresso Nacional.

Apesar do avanço em relação às eleições anteriores, apenas 15% da Câmara é ocupada pelas mulheres, isto é, 6% a mais que no último pleito. Em contrapartida, o Senado Federal continua com apenas 13 das 81 cadeiras destinadas às mulheres. Isso corresponde, em percentual, a 16% das vagas.

Já para as Assembleias Legislativas e para a Câmara Distrital foram eleitas 163 deputadas estaduais e distritais, correspondendo a 37% a mais que o último pleito, que elegeu 119 mulheres. Em comparação com homens eleitos, as mulheres compõem apenas 15% do total de deputados.

4 Candidaturas laranjas

A implementação dessas medidas afirmativas gerou um fenômeno contrário: as candidaturas laranjas ou fictícias. Isso ocorre quando os partidos registram candidatas mulheres apenas para preencher a quota eleitoral e viabilizar o percentual máximo de candidaturas masculinas.

Nesses casos, a fraude eleitoral pode ser identificada após a realização das eleições, quando: verifica-se que a candidata não recebeu votos (sequer dela mesma); há ausência de campanha eleitoral (sem divulgação na internet ou elaboração de cartazes); inexistem gastos com a campanha (sem arrecadação de doações ou transferência de recursos); e há desistência ou renúncia da campanha, sem substituição por outra candidata mulher.

De acordo com a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, constatada a fraude de gênero, duas ações são cabíveis: a ação de impugnação de mandato eletivo (AIME) e a ação de investigação judicial eleitoral (AIJE).

Ambas as ações podem ser propostas pelo Ministério Público, pelos partidos ou coligações, e diferenciam-se nos seguintes aspectos: a) no tempo da impugnação, em que a AIJE permite a impugnação do mandato até a diplomação, enquanto o AIME estende o prazo para até 15 dias após a diplomação; b) no objetivo: a AIJE tem o objetivo de apurar o uso indevido, desvio ou abuso do poder (econômico ou de autoridade) por meio de uma investigação judicial; em contrapartida, a AIME tem como alvo impedir a diplomação do candidato que se utilizou do abuso para eleger-se; e c) na sanção: a AIJE, caso procedente o candidato torna-se inelegível; já na AIME, além da inelegibilidade, o candidato pode ter o registro ou diploma cassado.

A principal decisão a tratar das candidaturas laranjas ocorreu em 2015, com o julgamento da REspe nº 149/PI pelo TSE.

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO. CORRUPÇÃO. FRAUDE. COEFICIENTE DE GÊNERO. 1. Não houve violação ao art. 275 do Código Eleitoral, pois o Tribunal de origem se manifestou sobre matéria prévia ao mérito da causa, assentando o não cabimento da ação de impugnação de mandato eletivo com fundamento na alegação de fraude nos requerimentos de registro de candidatura. 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. **Decisão:** O Tribunal, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, determinando o retorno dos autos ao TRE do Piauí para, afastando o argumento de inviabilidade da via eleita, permitir que a ação de impugnação de mandato eletivo siga seu curso normal e legal, nos termos do voto do Relator (BRASIL, 2015).

Nesse caso, o juízo de Piauí extinguiu, sem resolução do mérito, ação de impugnação de mandato eletivo ajuizada em desfavor de candidatos eleitos ao cargo de vereador, no pleito de 2012, sob a acusação de suposta fraude eleitoral caracterizada pela adulteração de documento e falsificação de assinaturas para o preenchimento do percentual mínimo de candidaturas previsto em lei.

O relator Min. Henrique Neves da Silva alegou que o sentido de fraude contido no art. 14, § 10 da Constituição Federal é um conceito aberto, abrangendo todas as situações que caracterizam uma ruptura da normalidade das eleições.

A fraude pressupõe elemento subjetivo, vontade deliberada e inequívoca de burlar uma norma jurídica proibitiva, e no particular da cota de gênero, é de se exigir, por parte dos componentes da chapa, prévio ajuste de vontades em momento anterior ao do pedido de registro coletivo de candidaturas, ou no mínimo uma grosseira e injustificada omissão fiscalizatória tocante à solidez e à autenticidade das candidaturas (CYRINEU, 2017).

O advogado Rodrigo Cyrineu também adverte em sua obra que aspectos processuais dificultam as investigações, posto que provas extrajudiciais, como, por exemplo, o depoimento das candidatas laranjas, são insuficientes para a cassação do diploma por não assegurarem o princípio da ampla defesa e do contraditório.

Outrossim, também não se pode obrigar as candidatas fictícias a prestarem depoimento em juízo nos casos de impugnação de mandado eletivo, dado que tal conduta configura constrangimento ilegal, conforme Habeas Corpus n. 651 do TSE, com relator Fernando Gonçalves.

Em caso de procedência da ação, a Justiça Eleitoral poderá cassar toda a chapa, porém esse entendimento não é pacificado na jurisprudência. A divergência de entendimento entre a REsp nº 2204/TSE e o Acórdão nº 19392/TRE-PI demonstra os dois posicionamentos principais sobre o assunto.

Na REsp nº 2204/TSE de 1 de abril de 2014, o Tribunal considerou desnecessário o indeferimento da coligação pela ocorrência da fraude na quota eleitoral, sendo plausível somente a retirada dos partidos e deferindo o registro da coligação.

ELEIÇÕES 2012. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. DEFERIMENTO DO DRAP DE COLIGAÇÃO MAJORITÁRIA E DOS REGISTROS DAS CANDIDATURAS DO PREFEITO E DO VICE-PREFEITO ELEITOS. FRAUDE NA ATA DA CONVENÇÃO DE DUAS AGREMIÇÕES INTEGRANTES. AUSÊNCIA DE CONTAMINAÇÃO DA COLIGAÇÃO. CANDIDATOS DE PARTIDOS DIVERSOS. 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 (BRASIL, 2014).

Assim, estipulou-se a cassação das candidatas fictícias e a realização de um novo cálculo do percentual de gênero pelo qual seriam cassadas as candidaturas com menos votos que excedessem a nova porcentagem.

Por outro lado, pelo Acórdão nº 19392/ter, publicado em 2017, no Estado de Piauí, o Tribunal entendeu que “a existência de vício ou frau-

de na cota de gênero contamina toda a chapa, porquanto o vício está na origem, ou seja, o seu efeito é *ex tunc* e, assim, impede a disputa por todos os envolvidos”.

[...] 4. Reconhecida a fraude, devem ser cassados os diplomas e registros dos candidatos eleitos, suplentes e não eleitos, respectivamente, declarando nulos os votos a eles atribuídos, com a imperiosa recontagem total dos votos e novo cálculo do quociente eleitoral. 5. Em não havendo prova da participação efetiva dos demais candidatos, e diante do caráter personalíssimo da inelegibilidade prevista no art. 22, XIV, LC 64/90, seu alcance restringe-se às candidatas fictícias, pois concorreram para efetivação da fraude às cotas de gênero, porquanto conscientemente disponibilizaram seus nomes para fins de registro de candidatura, sem a intenção de disputar o pleito eleitoral de 2016. 6. Não existindo comprovação da participação dos candidatos majoritários, deve ser mantida a sentença que julgou improcedente o pedido nessa parte. 7. Recursos parcialmente providos (BRASIL, 2017).

Ao mais, também se reconheceu que, caso não seja provada a participação efetiva dos demais candidatos da chapa, a inelegibilidade limita-se às candidatas laranjas, em razão do art. 22, XIV, da Lei Complementar n. 64 de 1990.

5 Considerações finais

A previsão da cota eleitoral de gênero somente irá operar com a sua devida força efetiva se os partidos distribuírem de forma igualitária a verba proveniente do fundo partidário uma vez que cabe, num primeiro momento, o suporte do partido para impulsionar a potencial candidata a participar da campanha eleitoral.

Porém, na prática, observam-se artimanhas dos partidos para que a quota eleitoral seja utilizada como instrumento para garantir que o percentual máximo de candidatos homens sejam inscritos e efetivamente concorram às eleições.

Tal atitude afasta dos holofotes aquelas candidatas que genuinamente almejam contribuir para a sociedade, mas não possuem recursos ou apoio do partido para participar ativamente do jogo democrático.

De igual modo, distanciam-se as potenciais porta-vozes dos anseios das minorias no Congresso Nacional e perde-se a oportunidade de agregar ao debate pontos de vista diversos dos predominantes nas Casas Legislativas.

O sistema de cotas de gênero representa, de maneira temporária, um meio para que as mulheres conquistem um espaço de representatividade e possam, assim, exercer seu papel no nosso modelo de democracia representativa.

Deste modo, é dever do Estado garantir, em todas os segmentos, substratos para a efetivação dessas políticas positivas de desenvolvimento.

Paulatinamente algumas soluções são trazidas pelos julgadores, seja pela cassação da chapa partidária, que concorre com essa prática, ou até das candidatas que são coniventes com atitude do partido por eventual benefício. De fato, buscam-se soluções para mitigar um erro que tem sua origem no próprio partido político.

Referências

ASSIS, Carolina de; FERRARI, Marília; LEÃO, Natália. Câmara dos Deputados terá menos homens brancos e mais mulheres brancas, negras e 1^a indígena em 2019. **Gênero e Número**, Rio de Janeiro, out. 2018. Disponível em: < <http://www.generonumero.media/camara-dos-deputados-tera-mais-mulheres-brancas-negras-e-indigena-e-menos-homens-brancos-em-2019/>>. Acesso em: 24 out. 2018.

BARBOSA, Erivaldo Moreira; MACHADO, Charliton José dos Santos. Gênese Do Direito Do Voto Feminino No Brasil: Uma Análise Jurídica, Política E Educacional. **Revista Histedbr On-line**, Campinas, n. 45, p.89-100, mar. 2012. Disponível em: <http://www.histedbr.fe.unicamp.br/revista/edicoes/45/art07_45.pdf>. Acesso em: 25 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13165, de 29 de setembro de 2015**. Altera as Leis nº 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 01 de jul. de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. ADI nº 5617. Procurador-Geral Da República. RELATOR: Min. Edson Fachin. **DJE. Brasília**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5080398>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Piauí. Ação de Investigação Judicial Eleitoral n. 19392. Valença do Piauí - PI, Relator: Astrogildo Mendes de Assunção Filho, Data de Julgamento: 12/09/2017, Data de Publicação: **DJE - Diário da Justiça Eletrônico**, Tomo 176', Data 27/09/2017, Página 17-18.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 0604054-58. Maria de Fátima Bezerra – Senadora. Relator: Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-tarcisio-transgeneros.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 2204. Relator: Min. Henrique Neves Da Silva. **Dje - Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 1 abr. 2014. v. 85, p. 51. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/184314500/tre-pi-03-04-2018-pg-18?ref=topic_feed>. Acesso em: 19 nov. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 149. Relator: Henrique Neves da Silva, Data de Julgamento: 04/08/2015, Data de Publicação: **DJE - Diário de Justiça eletrônico**, Data 21/10/2015, Página 25-26.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 2939 PE. Relator: Min. Arnaldo Versiani Leite Soares, **DJE - Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, 06 nov. 2012. Disponível em: <https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23322513/recurso-especial-eleitoral-respe-2939-pe-tse/inteiro-teor-111680424?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 1 de jul. 2019.

CYRINEU, Rodrigo. As tais “candidaturas laranjas”: a fraude no preenchimento da cota de gênero. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, p.1-2, abr. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-02/rodrigo-cyrineu-candidaturas-laranjas-fraude-cota-genero#author>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Princípios Gerais de Direito Constitucional Moderno**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p.189.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14. ed. São Paulo: Editora Altas Ltda, 2018. p.400.

GUARNIERI, Tathiana Haddad. Os Direitos Das Mulheres No Contexto Internacional – Da Criação Da Onu (1945) À Conferência De Beijing (1995). **Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery**, Juiz de Fora, n. 8, p.1-28, jun. 2010. N. 8, Jan/jun 2010. Disponível em: <<http://re.granbery.edu.br/artigos/MzUx.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2018.

HALL, Jerome. **Democracia e Direito**. Rio de Janeiro: Zahar, 1949. p.79.

PORTO, Walter Costa. **O voto no Brasil – da Colônia à 5ª República**. Porto da Sessão do Senado de 29.8.1827. v. 1. Brasília: Gráf. do Senado Federal, 1989.

RODRIGUES, João Batista Cascudo. **A mulher brasileira, direitos políticos e civis**. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1962. p. 47.

ONU. Short History of the Commission on the Status of Women. Background note is based on the United Nations Blue Book Series on The United Nations and the Advancement of Women, 1945-1996 and the United Nations CD-Rom Women Go Global, 2000. Disponível em: < <https://www.un.org/womenwatch/daw/CSW60YRS/index.htm> >. Acesso em: 10 de jul. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p.129.

VALENTE, Luiz Ismaelino; SALES, José Edvaldo Pereira. O Registro de Candidatos (artigos 10 ao 16-B). IN: PINHEIRO, Célia Regina de Lima; SALES, José Edvaldo Pereira; FREITAS, Juliana Rodrigues (Coordenadores). **Comentários à Lei das Eleições: Lei Nº 9.504/97, de acordo com a Lei Nº 13.165/2015**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 40.

Amanda dos Santos Neves Gortari - Acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal do Amazonas - UFAM. Membro da Liga de Direito Eleitoral – Projeto FD nas Escolas. Membro do Grupo de Estudos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos – GESIDH. E-mail para contato: amandagortari@hotmail.com.

ÂMBITO DE ATUAÇÃO DA JUSTIÇA ELEITORAL NA HIPÓTESE DE DIVULGAÇÃO DE *FAKE NEWS* POR MEIO DAS REDES SOCIAIS

The role of electoral justice in fake news disclosure on social media

Eduardo de Carvalho Rêgo

Luiza Cesar Portella

Resumo: Partindo da premissa de que a integridade eleitoral deve ser abordada enquanto valor constitucional a ser resguardado no processo eleitoral brasileiro, e de que os meios de comunicação possuem papel pré-definido no processo eleitoral pátrio, o presente artigo científico tem por objetivo identificar o âmbito de atuação da Justiça Eleitoral na hipótese de divulgação de *fake news* por meio das redes sociais. Vale dizer: diante da constatação de divulgação de notícias falsas pelas redes sociais, e tendo essas notícias falsas o potencial de influenciar o resultado final do pleito eleitoral, quais instrumentos estariam à disposição da Justiça Eleitoral para a correção das distorções verificadas? O método de abordagem utilizado será o indutivo, no qual as análises das características dos fenômenos particulares servirão de base a conclusões de caráter genérico.

Palavras-chave: Integridade eleitoral. Redes sociais. *Fake news*.

Abstract: Based on the premise that electoral integrity must be approached as a constitutional value to be safeguarded in the Brazilian electoral process, and that the media have a pre-defined role in the national electoral process, this paper aims to identify the scope of Brazilian Electoral Justice's action in the event of disclosure of *fake news* through social media. In other words, given the fact that *fake news* has been disseminated through social media, and if such *fake news* has the potential to influence the result of the election, what instruments would be available to the Brazilian Electoral Justice to correct the distortions? The scientific method of approach will be the inductive, in which the analysis of the characteristics of the phenomena will be the basis for conclusions of a generic character.

Keywords: Electoral integrity. Social media. *Fake news*.

1 Introdução

O surgimento das primeiras redes sociais, em meados da década de 1990, foi permeado pela intenção de conectar e facilitar a comunicação entre as pessoas, via internet, num mundo que já se apresentava robustamente globalizado. Na origem, as redes sociais tinham por objetivo principal a veiculação de conteúdos pessoais e a interação de pessoas com interesses comuns¹.

Com o passar do tempo, essas redes ampliaram sensivelmente o seu escopo e, hoje, praticamente não há âmbito da vida que não esteja nelas presente. Por exemplo, é possível gerenciar pelas redes sociais as mais diversas relações provenientes dos âmbitos familiar, profissional, comercial e, de igual maneira, as relações provenientes do âmbito político.

O tema “redes sociais” e “eleições” tem ocupado a Justiça Eleitoral brasileira (ao menos o Tribunal Superior Eleitoral) desde as eleições de 2008, pleito no qual pré-candidatos e partidos políticos foram condenados e sancionados pela realização de propaganda eleitoral extemporânea via *orkut*, uma vez que a antecipação de propaganda eleitoral é vedada pela legislação².

Nas eleições de 2010, o Tribunal Superior Eleitoral teve de lidar com a popularização do *twitter*, rede social criada com o objetivo de conectar os usuários, por meio da divulgação, em seus perfis, de mensagens e informações curtas (na época, com até 140 caracteres). Por ocasião do julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 7464, de Natal/RN, o TSE decidiu que, por configurar “conversa entre pessoas”, o *twitter* não poderia ser considerado um veículo de divulgação de propaganda eleitoral antecipada, sob pena de indevida “restrição às liberdades de pensamento e expressão”³.

Desde então, o uso das redes sociais nos pleitos eleitorais cresceu bastante. Tanto assim, que diversos analistas atribuem a vitória de Jair Bol-

¹ DAQUINO, Fernando. **A história das redes sociais**: como tudo começou. Disponível em: www.tecmundo.com.br/redes-sociais/33036-a-historia-das-redes-sociais-como-tudo-comecou.htm. Acesso em: 03 set. 2019.

² Cf. TSE, Agravos Regimentais em Agravo de Instrumento nº 10.104 e nº 10.105, ambos de Serra Negra/SP. Relator: Min. Arnaldo Versiani. Data: 19 ago. 2010.

³ Cf. TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 7464, de Natal/RN. Relator: Min. Dias Toffoli. Data: 12 set. 2013.

sonaro nas últimas eleições gerais, ocorridas em 2018, à força do referido candidato em redes sociais como o *facebook*, o *twitter*, e o *whatsapp*⁴.

Ocorre que a popularização das redes sociais, e a sua consequente influência no resultado do pleito de 2018, trouxe consigo não apenas a aproximação entre os candidatos e os eleitores, mas também migrou para a seara eleitoral, prática já difundida há alguns anos nas mais diversas redes sociais espalhadas pela internet: a divulgação das chamadas *fake news*.

Podendo ser traduzidas para o português como “notícias falsas”, *fake news* nada mais são do que informações inverídicas – ou, simplesmente, mentiras – divulgadas, normalmente via internet, frequentemente por usuários de redes sociais, como se fossem verdadeiras. A grande questão é que, embora os criadores das *fake news* ajam de má-fé, os “compartilhadores” de tais mentiras muitas vezes não atuam com dolo, uma vez que, quase sempre, também são vítimas das notícias falsas. Isto é: quem compartilha *fake news*, muitas vezes acredita que está compartilhando uma notícia verdadeira.

Tendo identificado o alto poder lesivo das *fake news* ao longo da corrida eleitoral de 2018, inclusive para o cargo de Presidente da República, o Tribunal Superior Eleitoral chegou a lançar página na internet, com “esclarecimentos sobre informações falsas veiculadas nas eleições 2018”⁵. Na mesma época, o então Presidente do TSE, Ministro Luiz Fux, concedeu uma série de entrevistas, declarando que as eleições poderiam até mesmo ser anuladas por causa de tais notícias fraudulentas⁶.

Diante desse cenário é que o presente texto busca analisar o âmbito de atuação da Justiça Eleitoral na hipótese de divulgação de *fake news* pelas redes sociais. Ou seja, o que se pretende é: diante da constatação de divulgação de notícias falsas pelas redes sociais, e tendo essas notícias falsas o potencial de influenciar no resultado final do pleito eleitoral, quais instrumentos estariam à disposição da Justiça Eleitoral para a correção das distorções verificadas?

⁴ DIAS, Marina. **Papel das redes sociais na eleição de Bolsonaro é tema de debate nos EUA**. Disponível em: www1.folha.uol.com.br/poder/2019/04/papel-das-redes-sociais-na-eleicao-de-bolsonaro-e-tema-de-debate-nos-eua.shtml. Acesso em: 03 set. 2019.

⁵ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Fake News: TSE lança página para esclarecer eleitores**. Disponível em: www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Outubro/fake-news-tse-lanca-pagina-para-esclarecer-eleitores-sobre-a-verdade/view. Acesso em: 07 set. 2019.

⁶ LELLIS, Leonardo. **Luiz Fux: Eleições podem até ser anuladas por causa de ‘fake news’**. Disponível em: veja.abril.com.br/brasil/luiz-fux-eleicoes-podem-ser-anuladas-por-causa-de-fake-news. Acesso em: 03 set. 2019.

Para tanto, procurar-se-á abordar, através do método indutivo⁷, a integridade eleitoral enquanto valor constitucional a ser resguardado ao longo de todo o processo eleitoral brasileiro, bem como o papel dos meios de comunicação no processo eleitoral à luz do ordenamento jurídico pátrio.

2 Integridade eleitoral enquanto valor constitucional a ser resguardado no processo eleitoral brasileiro

O combate à prática de ilícitos eleitorais (direito sancionador eleitoral) encontra lastro na própria Constituição Federal quando assenta o princípio da soberania popular na garantia do exercício do “sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos” (art. 14, *caput*, da CF/88).

A garantia da integridade eleitoral não se perfaz somente através de sua feição “formal” (a regularidade formal do processo de sufrágio sem fraudes no escrutínio); a própria Constituição exige que o Estado garanta “a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico” (art. 14, § 9º, da CF/88), autorizando inclusive que os mandatos populares sejam desconstituídos se houver a comprovação da prática de abuso de poder econômico, corrupção e fraude” (art. 14, § 10, da CF/88).

Certa concepção de integridade eleitoral foi abordada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal. Seu contexto pode ser mais bem compreendido a partir da leitura de trechos dos votos vencedores proferidos nos autos das ações declaratórias de constitucionalidade nº 29 e 30, que julgaram a Lei Complementar nº 135/2010, a chamada “Lei da Ficha Limpa”, compatível com a Constituição Federal de 1988.

Um dos mais emblemáticos votos nesse sentido é o do Ministro Carlos Ayres Britto. Em sua manifestação, o então Ministro não só a declarou constitucional, como também elogiou a Lei da Ficha Limpa. Segundo

⁷ Ainda que do ponto de vista lógico-formal o método de abordagem escolhido seja o indutivo, é preciso, contudo, não ignorar que, como salienta Silvio Luiz de Oliveira, “a dedução e a indução, tal como síntese e análise, generalizações e abstrações, não são métodos isolados de raciocínio e pesquisa. Eles se completam na realidade e só são separados para efeito de estudo e facilidade didáticas. A conclusão estabelecida pela indução pode servir de princípio – premissa maior – para a dedução, mas a conclusão da dedução pode também servir de princípio de indução seguinte – premissa menor –, e assim sucessivamente” (OLIVEIRA, Silvio Luiz de. **Tratado de Metodologia Científica**. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1999, p. 63).

ele, a referida lei nada mais fez do que dar concretude ao princípio constitucional da moralidade e ao subprincípio da probidade administrativa. Mais ainda: em sua análise, as regras positivadas na Lei da Ficha Limpa, de certo modo, já estariam pressupostas na própria Constituição. Eis o raciocínio:

[...] a Constituição criou uma espécie de devido processo legal eleitoral substantivo, que tem duas vertentes, parece-me, ou dois conteúdos: primeiro, é o princípio da respeitabilidade, aquele que sai do campo da apresentação de si mesmo e se desloca para o campo da representação de toda uma coletividade, investindo-se em prerrogativas, como inviolabilidade, que é material, e imunidade, que é processual, e se tornando membro do poder, a face visível do Estado, a encarnação do poder público. Tem que ter respeitabilidade, porque uma coisa é o direito individual a se apresentar nos atos da vida civil em geral; outra coisa é o direito político de representar toda uma coletividade. Apresentação é uma coisa. Representação é um plus de significação jurídica, a demandar um regime jurídico também muito mais qualificado. Foi o que fez a nossa Constituição.

Agora, ela não esgotou o assunto. Que assunto? A sua focada preocupação de proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato. E foi uma preocupação tão focada, tão séria, que mandou considerar a vida pregressa do candidato – a vida pregressa do candidato.

E vida pregressa, volto a dizer, é uma vida biográfica, é um histórico de vida, é toda uma trajetória de vida do candidato que não pode estar imersa numa ambiência de nebulosidade no plano ético, menos ainda numa ambiência, digamos assim – os pilotos de avião temem muito uma nuvem chamada cumulus nimbus, que é capaz de derrubar um avião em pleno voo, evidentemente – uma pessoa que desfila pela passarela quase inteira do Código Penal ou da Lei de Improbidade Administrativa pode-se apresentar como candidato?

Candidato vem de cãndido, que significa – o étimo da palavra explica bem – cãndido é puro, é limpo, é depurado eticamente. E candidatura significa limpeza, pureza ética.

E nós sabemos dos costumes romanos, de os senadores vestirem-se com aquelas túnicas brancas para sinalizar a sua pureza de propósitos de intenções no trato da coisa pública [grifos acrescentados].

A “tese da candura”, poeticamente desenvolvida pelo Ministro Carlos Ayres Britto em seu voto, embora escorada em premissa segundo

a qual não concordamos⁸, sintetiza, pelo menos, uma das facetas por trás da chamada integridade eleitoral: não basta que os pleitos eleitorais sejam legais ou observantes da lei; é necessário que os seus participantes, os candidatos, sejam reconhecidos como legítimos postulantes dos relevantes postos que pretendam ocupar. As ideias de pureza, limpeza e depuração, traduzem bem aquilo que se busca numa eleição: a integridade eleitoral.

O principal reparo que propomos à tese esposada pelo ex-Ministro Carlos Ayres Britto, além da discordância explicitada por meio da nota de rodapé explicativa nº 10, é que “pureza”, “limpeza” e “candura” não devem ser características a pesar apenas sobre a pessoa dos candidatos, mas, sobretudo, são pressupostos que permeiam o processo eleitoral como um todo.

Na verdade, quando se pensa em “integridade eleitoral”, é muito mais relevante focar no processo eleitoral, em si, do que no candidato, pois o potencial lesivo de um pleito distorcido é muito maior do que o impacto da eleição de um candidato “ficha suja”. Isso porque, no pleito distorcido, provavelmente o eleitor foi enganado (como, por exemplo, no caso de disseminação de *fake news*), enquanto que, na eleição bem-sucedida de um candidato “ficha suja”, o eleitor provavelmente ponderou a vida pregressa do candidato de maneira menos rígida do que a Justiça Eleitoral.

3 O papel dos meios de comunicação no processo eleitoral à luz do ordenamento jurídico pátrio

A propaganda sempre ocupou o seu espaço no campo político. Já na Antiguidade era utilizada para persuadir, influenciar opiniões ou incutir impressões, a fim de provocar nas pessoas o sentimento de empatia ou de rejeição acerca de uma determinada ideia⁹. No jogo eleitoral brasileiro, a realidade não é diversa.

⁸ Entendemos que a Constituição Federal de 1988 não alberga, explícita ou implicitamente, a tese de que a vida pregressa do candidato deva necessariamente pesar contra ele em sua possível candidatura. Menos ainda quando se pretender alijar um candidato do pleito eleitoral sem que haja uma decisão condenatória transitada em julgado. Nesse sentido, comungamos do entendimento de Ruy Samuel Espíndola, para quem a decisão do STF deixou de considerar o princípio da presunção de inocência, bem como “a regra do artigo 15, III, da Constituição, que garante que a suspensão dos direitos políticos só se dá com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. (ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Direito Eleitoral**: a efetividade dos direitos políticos fundamentais de voto e de candidatura. Florianópolis: Habitus, 2018, p. 28)

⁹ GOMES. José Jairo. **Direito Eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

No recente período eleitoral democrático, inaugurado pelas eleições gerais diretas de 1986, a propaganda passou a integrar as eleições. Desde então, os meios de comunicação sofreram profundas mudanças, o que exigiu a adequação das regras jurídicas à realidade social¹⁰, de modo que a atual redação da Lei Federal nº 9.504/1997 dispôs sobre nuances que não poderiam nem sequer ser imaginadas pelo legislador e/ou pelo exegeta quando da promulgação da Lei Federal nº 7.493/1986.

Os meios de comunicação são peça chave no processo eleitoral, pois são o canal para a veiculação das propagandas eleitorais e proporcionam ao cidadão o conhecimento dos candidatos. Não à toa que, dentre os cinco maiores tipos de despesa na eleição de 2018¹¹, três deles estão relacionados à propaganda eleitoral¹².

Classicamente, o veículo com maior destaque na difusão de propagandas eleitorais é a televisão, inclusive com cessão do chamado “horário nobre” para a veiculação das propagandas. No novo milênio, entretanto, com a consolidação da internet e de suas respectivas redes sociais, tem-se operado uma revolução no processo eleitoral, uma vez que as redes sociais passaram a ocupar um lugar de destaque¹³. A popularização das redes

¹⁰ Desde 1986, a legislação eleitoral foi alterada incontáveis vezes. Excluindo as alterações legislativas da Lei Federal nº 9.504/1997 e as resoluções do TSE, contamos ainda com outras 4 leis que estabelecem normas para as eleições, a saber: Lei Federal nº 7.493/1986, Lei Federal nº 7.773/1989, Lei Federal nº 8.214/1991 e Lei Federal nº 9.100/1995.

¹¹ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Tipo de despesas. Disponível em: www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais. Acesso em: 07 set. 2019.

¹² O TSE elaborou estatística sobre as contas de campanha prestadas à justiça eleitoral referentes ao pleito de 2018. O tipo de despesa que mais movimentou recursos financeiros foi “despesas com pessoal”, seguida de “publicidade por materiais impressos”, “energia elétrica”, “eventos de promoção da candidatura” e “produção de programas de rádio, televisão ou vídeo”.

¹³ A respeito do assunto, José Jairo Gomes afirma: “No campo político-eleitoral, as mudanças também já se fazem sentir. Deter informações relevantes e controlar instrumentos e meios de comunicação sempre significou gozar de importante influência no processo político-decisório. Ao promover a descentralização de tais instrumentos, as novas tecnologias de comunicação subverteram a lógica da velha ordem. Por isso, um debate recorrente na atualidade diz respeito às relações entre a política e o papel social dessas novas tecnologias”. E, ainda: “Nesse contexto, preocupa o fato de o controle das grandes redes comunicacionais estar nas mãos de poucos grupos empresariais. Não há dúvida de que as instâncias do poder político-econômico podem se valer desse poderio em seu próprio benefício, para, e. g., influenciar os eleitores em benefício ou prejuízo de determinado candidato. Daí a necessidade de se estabelecer rígido controle nesse setor.” (GOMES. José Jairo. **Direito Eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 556 e 558)

sociais, pois, acelerou a necessidade dos ajustes legais, principalmente em razão da sua consequente influência no resultado dos pleitos.

Em 2018, além das normas previstas na Lei Federal nº 9.504/1997, já com as alterações impostas pela Lei Federal nº 13.488/2017, a propaganda eleitoral foi regida pelas resoluções publicadas pelo Tribunal Superior Eleitoral: Resolução TSE nº 23.551/2017 (propaganda eleitoral e horário eleitoral gratuito); Resolução TSE nº 23.547/2017 (dispõe sobre representações, reclamações e pedidos de resposta previstos na Lei nº 9.504/1997); Resolução TSE nº 23.592/2018 (plano de mídia – segundo turno – eleições presidenciais); Resolução TSE nº 23.590/2018 (plano de mídia – eleições presidenciais), sem contar com os planos de mídia elaborados por cada Tribunal Regional Eleitoral. Todas essas normas estabelecem regras sobre o uso dos meios de comunicação no período eleitoral.

À primeira vista, o volume de normas que regulam a propaganda eleitoral pode parecer exagerado. No entanto, a experiência do último pleito demonstrou que, mais do que nunca, é necessário que o ordenamento jurídico estabeleça as balizas dentro das quais os meios de comunicação serão utilizados no processo eleitoral.

Em tempos em que a propaganda eleitoral segue a (equivocada) lógica da polarização entre “esquerda” e “direita” e lança mão, de forma extremada e abusiva, da política de identidade¹⁴, em que o debate sobre a

¹⁴ Política de identidade é parte do fenômeno da psicologia social pela qual grupos que se identificam socialmente buscam conquistar, ou manter, a hegemonia, enquanto outros lutam por emancipação, ou ao menos visibilidade. Na campanha de 2018, diversos candidatos adotaram estratégias relacionadas à política de identidade para criar legiões de fãs cujo ponto convergente era o ódio contra certos grupos de pessoas que apresentavam características políticas, sociais, afetivas, e até mesmo raciais diversas das suas, ao invés de se identificarem por suas propostas ou ideias. Essa realidade é lastimável e torna-se ainda pior quando inflamada por notícias falsas e (des)informações mentirosas. (RONSINI, Veneza Mayora; OLIVEIRA, Vanessa de. Política de identidade e mídia. **E-compós**, [s.l.], v. 10, 1 jan. 1970. Disponível em: www.e-compos.org.br/e-compos/article/view/188/189. Acesso em: 08 set. 2019. ALVES, Cecília Pescatore. Políticas de identidade e políticas de educação: estudo sobre identidade. **Psicologia & Sociedade**, [s.l.], v. 29, 18 dez. 2017. Disponível em: www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-71822017000100414&script=s-ci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 08 set. 2019. BODZIAK JUNIOR, Paulo Eduardo. A construção política da identidade: um desafio feminista à distinção entre político e social. **Revista da Usp: Cadernos de Filosofia Alemã: crítica e modernidade**, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 85-104, 1 jun. 2014. Disponível em: www.revistas.usp.br/filosofiaalema/article/view/85598. Acesso em: 08 set. 2019).

candura dos candidatos parece ser mais importante que os rumos do país ou que as políticas socioeconômicas que serão adotadas na próxima legislatura, o cuidado normativo com os excessos deve ser igualmente robusto; e o compromisso com a verdade, essencial para garantir a efetiva liberdade de voto dos eleitores.

4 O crescente fenômeno das *fake news* e a sua relação com as redes sociais

Sob o ponto de vista positivo, como visto no item anterior, a propaganda eleitoral ocupa lugar de destaque no processo eleitoral. Entretanto, nos últimos anos, é lá que as chamadas *fake news* têm sido mais divulgadas. Hoje em dia, a divulgação de notícias não tem sido feita apenas por jornalistas, mas também por todos aqueles que operam as redes sociais.

Nos últimos anos, observou-se o grande potencial que têm as *fake news* para influenciar os pleitos. Isso porque a escolha do eleitor não decorre exclusivamente de elementos racionais, o que abre espaço para os apelos psicológicos, emotivos, apaixonados e, infelizmente, inverídicos¹⁵.

Na campanha de 2018 não foi diferente. Inclusive, essa foi uma das conclusões a que chegou a Missão de Observação Eleitoral (MOE), enviada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), após observar as eleições gerais de 7 de outubro de 2018 e o segundo turno, de 28 de outubro de 2018:

Um dos mais complexos desafios criados pela campanha eleitoral é a disseminação de notícias falsas, atribuídas a seguidores de diferentes setores políticos, por meio das redes sociais e serviços de mensagens na Internet. Embora este fenômeno já tenha sido visto nos processos eleitorais de outros países, as eleições do Brasil apresentaram novos desafios, tais como a utilização de sistemas criptografados para difusão massiva de desinformação.

Apesar dos esforços feitos no Brasil para combater a desinformação, a Missão notou que a proliferação de informação falsa observada por ocasião das eleições do dia 7 de outubro passado intensificou-se no segundo turno das eleições, alastrando-se para outras plataformas digitais, como o *Whatsapp*. A natureza desta ferramenta, um serviço

¹⁵ Cf. GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

criptografado de mensagens privadas, dificulta o já complexo combate à propagação de notícias falsas¹⁶.

Não à toa, em 07 de dezembro de 2017, o Tribunal Superior Eleitoral instituiu o Conselho Consultivo sobre Internet e Eleições, cujas atribuições são desenvolver pesquisas e estudos sobre as regras eleitorais e a influência da internet nas eleições, em especial o risco das *fake news* e o uso de robôs na disseminação das informações; opinar sobre as matérias que lhe sejam submetidas pela Presidência do TSE; e propor ações e metas voltadas ao aperfeiçoamento das normas¹⁷.

Isso não significa, como já visto, que as notícias falsas tenham surgido com as redes sociais, mas estas, certamente, aumentaram o seu potencial de alcance e, sobretudo, de lesividade. As tecnologias aplicadas nas redes sociais se aliam às paixões exacerbadas dos períodos eleitorais.

Hoje existem sofisticadas ferramentas de manipulação das redes sociais, que desestabilizam os esforços de combate às *fake news*. A disseminação das notícias falsas pode ser feita através da utilização de *bots* e de técnicas de inteligência artificial aplicadas à análise das reações da rede, por exemplo. Não bastasse, a utilização de VPNs, com mascaramento do endereço digital (IP – “*Internet Protocol*”) do usuário, dificulta a identificação da origem das notícias.

Robôs, *fake news*, *junk news*, *big data*, são algumas das ferramentas que podem ser utilizadas na propagação da propaganda eleitoral digital fora das regras e do controle da Justiça Eleitoral. A utilização de forma indevida destas ferramentas são prejudiciais ao sistema democrático de disputas eleitorais porque potencializam a divulgação de perfis tanto verdadeiros dos candidatos quanto falsos dos adversários¹⁸.

¹⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Relatório Final**: Missão de observação eleitoral, eleições gerais, Brasil. OEA, 2018, p. 17. Disponível em: www.oas.org/documents/por/press/MOE-Brasil-2018-Relatorio-Final-POR.pdf. Acesso em: 07 set. 2019.

¹⁷ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Conselho Consultivo sobre Internet e Eleições discute impacto das fake news**. Disponível em: www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Outubro/conselho-consultivo-sobre-internet-e-eleicoes-discute-impacto-das-fake-news. Acesso em: 08 set. 2019.

¹⁸ BLASZAK, José Luís. Propaganda eleitoral: novos tempos, novos desafios. **Revista do TRE-RS**, Porto Alegre, Ano. 23, nº 44, p. 143-166, jun. 2018. Semestral. Disponível em: ava.tre-rs.jus.br/ejers/pluginfile.php/2792/mod_resource/content/1/852_Revista_do_TRE-RS_-_44.pdf. Acesso em: 08 set. 2019.

Por outro lado, o engajamento de simpatizantes (por vezes cientes da mentira, mas, na maioria, alheios à prática), que veiculam e “compartilham organicamente” essas mensagens, proliferam as notícias e emprestam a elas aparência de legitimidade. A realidade é agravada quando a divulgação provém dos chamados “formadores de opinião”, de “pessoas famosas”, que nem sempre são imparciais nas suas opiniões.

As redes sociais, pois, possibilitam a divulgação – de forma ampla, rápida e gratuita – de propaganda eleitoral. Ocorre que, na hipótese de disseminação de *fake news*, as suas consequências são imensuráveis:

Frise-se, o poder de fogo destas ferramentas, ou seja, a capacidade delas em disparar uma notícia avassaladora e em um segundo de tempo alcançar milhões de eleitores que possuam uma das plataformas de acesso é fator de desequilíbrio certo numa eleição. Como já dito, são manobras digitais capazes de manipular a marcha eleitoral, ferindo o processo democrático de paridade de armas nas disputas entre candidatos¹⁹.

Assim, em que pese não ser monopólio das redes sociais, a divulgação de *fake news* está intimamente ligada a elas. Por outro lado, não cabe condenar as redes sociais por isso, ou mesmo vedá-las no âmbito dos processos eleitorais. Ao contrário, o mais desejável seria que as próprias redes sociais fossem utilizadas como ferramenta de combate à proliferação de *fake news*.

5 A Justiça Eleitoral no combate à influência das *fake news* nos processos eleitorais no Brasil

Atenta a esse cenário, a Justiça Eleitoral inaugurou uma verdadeira batalha contra as *fake news*. No âmbito das eleições de 2018, o apoio do Ministro Luiz Fux, do STF e então presidente do TSE, foi indispensável.

No exercício da presidência do órgão de cúpula da Justiça Eleitoral, ele assinou parcerias, concedeu entrevistas e proferiu palestras, com o intuito de minorar os efeitos da divulgação das *fake news* no processo eleitoral então em curso.

¹⁹ BLASZAK, José Luís. Propaganda eleitoral: novos tempos, novos desafios. **Revista do TRE-RS**, Porto Alegre, Ano. 23, nº 44, p. 143-166, jun. 2018. Semestral. Disponível em: ava.tre-rs.jus.br/ejers/pluginfile.php/2792/mod_resource/content/1/852_Revista_do_TRE-RS_-_44.pdf. Acesso em: 08 set. 2019.

Em 06 de agosto de 2018, o Ministro Fux assinou parceria com a Abratel (Associação Brasileira de Rádio e Televisão) visando ao combate à divulgação de notícias falsas ao longo do período eleitoral²⁰. No dia seguinte, 07 de agosto de 2018, proferiu a palestra de abertura no “Seminário Academia da Democracia: Eleições 2018 – Desafios e Perspectivas”, exaltando os resultados que a Corte Eleitoral por ele presidida conseguiu no combate às *fake news*²¹. Finalmente, em 22 de agosto de 2018, durante participação no painel “Sociedade da informação e os desafios da informação”, promovido pelo 28º Congresso Brasileiro de Radiodifusão, em Brasília, o Ministro Fux afirmou que até mesmo uma candidatura poderia ser anulada, desde que calcada em conteúdo falso²².

Mas, se realmente é assim, então quais seriam as ferramentas à disposição da Justiça Eleitoral para o enfrentamento da questão das *fake news*? Como poderia a Justiça Eleitoral combater as notícias falsas que influenciam nas eleições e em que hipóteses seria possível “anular” uma candidatura “calcada” em conteúdo falso?

Pois bem. Como visto, há tempos a Justiça Eleitoral preocupa-se com a disseminação de notícias falsas durante os pleitos eleitorais. No campo jurisdicional, contudo, sua atuação é regida pelo princípio da tipicidade das ações eleitorais e limitada à iniciativa das partes interessadas²³.

Justamente por reconhecer os riscos à democracia decorrentes do monopólio dos meios de comunicação social (as concessões de rádio e TV e os jornais e revistas impressos), é que a legislação, desde longa data, previu

²⁰ Cf. LONDRES, Mariana. **Fux assina parceria com Abratel para combate às fake news**. Disponível em: noticias.r7.com/brasil/fux-assina-parceria-com-abratel-para-combate-as-fake-news-26042019. Acesso em: 10 set. 2019.

²¹ RODRIGUES, Fabio. **Fux fala em resultados possíveis no combate às ‘fake news’**. Disponível em: noticias.r7.com/brasil/fux-fala-em-resultados-possiveis-no-combate-as-fake-news-07082018. Acesso em: 10 set. 2019.

²² BARBIÉRI, Luiz Felipe. **Fux diz que candidaturas podem ser anuladas se ‘calçadas’ em conteúdo falso**. Disponível em: g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/08/22/fux-diz-que-candidaturas-podem-ser-anuladas-se-forem-calçadas-em-conteudo-falso.ghtml. Acesso em: 10 set. 2019.

²³ ALVIM, Frederico Franco; CARVALHO, Volgane Oliveira. Da cruz aos códigos: Novas formas de abuso de poder e os mecanismos de proteção da integridade eleitoral no arquetipo brasileiro. Revista do TRE-RE, Porto Alegre, ano. 23, nº 44, p. 167-203, jun. 2018. Semestral. Disponível em: ava.tre-rs.jus.br/ejers/pluginfile.php/2792/mod_resource/content/1/852_Revista_do_TRE-RS_-_44.pdf. Acesso em: 08 set. 2019.

a hipótese de apuração de uso indevido dos meios de comunicação social como uma forma de atuar corretivamente em situações em que a sua captura pelos poderes econômico e político contribuem para o falseamento da realidade.

Dentre as ações cíveis eleitorais previstas no ordenamento jurídico, três podem ser usadas para combater a disseminação de *fake news* no âmbito da campanha eleitoral²⁴:

- Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) – prevista no artigo 14, § 9º da Constituição Federal e no artigo 22 da Lei Complementar Federal nº 64/1990;
- Representação – prevista nos artigos 45, § 4º e § 5º, 53, § 1º e § 2º, 57-I e 57-J da Lei Federal nº 9.504/1997, assim como nos artigos 242 e 243 do Código Eleitoral; e
- Representação com Direito de Resposta – prevista nos artigos 57-D, 58 e 58-A da Lei Federal nº 9.504/1997, assim como no artigo 243, § 3º do Código Eleitoral.

Por meio de tais remédios processuais, a Justiça Eleitoral poderá tomar providências para coibir a influência das *fake news* nos pleitos eleitorais que já ocorreram e naqueles que ainda estão por vir. A tendência, como se nota na fala do Ministro Luiz Fux, e de todas as providências tomadas pelo Tribunal Superior Eleitoral nos últimos anos, é que o Poder Judiciário radicalize e anule eleições quando ficar demonstrado o impacto das *fake news* no resultado final das eleições.

6 Considerações finais

Alçadas à condição de protagonistas nas últimas eleições, em virtude de seu elevado potencial lesivo, as *fake news* se tornaram motivo de preocupação para eleitores, candidatos e para a Justiça Eleitoral.

Partindo-se da “tese da candura”, desenvolvida pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto, no bojo das ações declaratórias de constitucionalidade nº 29 e nº 30, mas aplicando-a não somente aos candidatos, como também ao processo eleitoral, em si, tem-se

²⁴ A relação apresentada levou em conta as normas legais atinentes ao conteúdo da propaganda divulgada, não abrangendo medidas fundadas em irregularidades formais das propagandas como, por exemplo, anonimato, uso irregular de impulsionamento de conteúdo ou não observação dos padrões exigidos.

que a integridade eleitoral, de fato, não se compatibiliza com pleitos maculados pela difusão de *fake news*, sendo plenamente concebível o movimento da Justiça Eleitoral no sentido de combatê-las.

Quando se analisa o ordenamento jurídico pátrio, fica claro o relevante e histórico papel dos meios de comunicação no processo eleitoral. Sem eles (rádio, televisão, jornais, internet), os eleitores dificilmente teriam condições de avaliar e escolher conscientemente os seus candidatos favoritos, o que comprometeria sensivelmente o caráter democrático das eleições brasileiras. Ou seja, os meios de comunicação são instrumento essencial para o exercício da democracia no Brasil.

Entretanto, a prevalecer a influência das *fake news* nos meios de comunicação, tal instrumento democrático perde consideravelmente a sua força. Ora, de nada adiantaria a existência de tantas previsões legais e suas respectivas regulamentações sobre propaganda eleitoral nos meios de comunicação se tais propagandas fossem recheadas de notícias falsas. Quando se tem em mente que o escopo das propagandas eleitorais é justamente a divulgação de candidatos e de suas respectivas ideias, percebe-se que a difusão de *fake news* tem o enorme potencial de destruir o próprio pleito eleitoral. É que, no momento em que há contaminação por meio da divulgação de notícias falsas, então o próprio propósito da propaganda eleitoral se perde. No lugar da informação, exsurge a desinformação. No lugar da propaganda, exsurge a leviandade. Tanto assim que, para um candidato, muitas vezes, é melhor que não se divulgue nada sobre ele, do que se divulguem notícias falsas, diante do seu potencial perverso.

Para evitar o exemplo brasileiro, pode-se mencionar que, nas últimas eleições presidenciais ocorridas nos Estados Unidos da América, no ano de 2016, provavelmente a difusão de *fake news* modificou os rumos das eleições, uma vez que o candidato vencedor tinha pouquíssimas chances de ser eleito antes da divulgação de uma enxurrada de notícias falsas sobre a sua principal adversária²⁵.

Nos últimos anos, a Justiça Eleitoral brasileira tem se equipado para o combate às *fake news*. Nesse sentido, muitos de seus representantes já deram a entender que não hesitariam em anular um pleito eleitoral que fos-

²⁵ VENTURINI, Lilian. **Qual o impacto das fake news sobre o eleitor dos EUA, segundo este estudo.** Disponível em: www.nexojornal.com.br/expresso/2018/01/14/Qual-o-impacto-das-fake-news-sobre-o-eleitor-dos-EUA-segundo-este-estudo. Acesso em: 16 set. 2019.

se comprovadamente influenciado pela divulgação de notícias falsas contra um ou mais candidatos. O Ministro Luiz Fux, que atualmente não mais figura nos quadros de Ministros do TSE, deu início a um forte movimento de combate judicial às *fake news*. Resta saber se, com a sua saída da Justiça Eleitoral, a atual composição da mais elevada Corte de Justiça Eleitoral do país dará continuidade à empreitada contra a divulgação de notícias falsas ou se o combate anunciado no ano de 2018 perderá fôlego.

Não se pretendeu adentrar, ao longo do texto, no quão democrático seria um movimento da Justiça Eleitoral no sentido de liderar o combate contra a divulgação de notícias falsas pelas redes sociais. Mas o ponto é que se está diante de uma questão de difícil solução. O que seria pior: o “terceiro turno” das eleições nos tribunais, com discussões sobre o que seria “notícia falsa” e o que seria “notícia verdadeira”, ou a prevalência das *fake news* sobre os fatos, a influenciar no processo eleitoral?

De toda sorte, há que ter muito cuidado na definição do âmbito de atuação da Justiça Eleitoral na hipótese de divulgação de *fake news* por meio das redes sociais, sob pena de trocar-se o potencial “mau uso” das redes sociais pelo “arbítrio” de um órgão julgador, o que, no fundo, também seria ilegítimo e antidemocrático.

Referências

ALVES, Cecília Pescatore. Políticas de Identidade e Políticas de Educação: estudo sobre identidade. **Psicologia & Sociedade**, [s.l.], v. 29, 18 dez. 2017. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/1807-0310/2017v29172186>. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-71822017000100414&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 08 set. 2019.

ALVIM, Frederico Franco; CARVALHO, Volgane Oliveira. Da cruz aos códigos: Novas formas de abuso de poder e os mecanismos de proteção da integridade eleitoral no arquétipo brasileiro. **Revista do TRE-RE**, Porto Alegre, ano. 23, nº 44, p. 167-203, jun. 2018. Semestral. Disponível em: ava.tre-rs.jus.br/ejers/pluginfile.php/2792/mod_resource/content/1/852_Revista_do_TRE-RS_-_44.pdf>. Acesso em: 08 set. 2019.

BARBIÉRI, Luiz Felipe. **Fux diz que candidaturas podem ser anuladas se ‘calcadas’ em conteúdo falso**. Disponível em: g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/08/22/fux-diz-que-candidaturas-podem-ser-anuladas-se-forem-calcadas-em-conteudo-falso.ghtml. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 set. 2019.

_____. **Lei Federal nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Código Eleitoral**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm>. Acesso em: 08 set. 2019.

_____. **Lei Federal nº 7.493, de 17 de junho de 1986**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7493.htm>. Acesso em: 08 set. 2019.

_____. **Lei Federal nº 7.773, de 08 de junho de 1989**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17773.htm>. Acesso em: 08 set. 2019.

_____. **Lei Federal nº 8.214, de 24 de julho de 1991**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18214.htm>. Acesso em: 08 set. 2019.

_____. **Lei Federal nº 9.100, de 29 de setembro de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9100.htm>. Acesso em: 08 set. 2019.

_____. **Lei Federal nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm>. Acesso em: 08 set. 2019.

_____. **Lei Federal nº 13.488, de 06 de outubro de 2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13488.htm>. Acesso em: 08 set. 2019.

_____. **Lei Complementar Federal nº 64, de 18 de maio de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp64.htm>. Acesso em: 08 set. 2019.

BLASZAK, José Luís. Propaganda eleitoral: novos tempos, novos desafios. **Revista do TRE-RS**, Porto Alegre, Ano. 23, nº 44, p. 143-166, jun. 2018. Semestral. Disponível em: ava.tre-rs.jus.br/ejers/pluginfile.php/2792/mod_resource/content/1/852_Revista_do_TRE-RS_-_44.pdf. Acesso em: 08 set. 2019.

BODZIAK JUNIOR, Paulo Eduardo. A construção política da identidade: um desafio feminista à distinção entre político e social. **Revista da Usp: CADERNOS DE FILOSOFIA ALEMÃ: CRÍTICA E MODERNIDADE**, São Paulo, v. 19, n. 1, p.85-104, 1 jun. 2014. Semestral. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/filosofiaalema/article/view/85598>>. Acesso em: 08 set. 2019.

DAQUINO, Fernando. A história das redes sociais: como tudo começou. Disponível em: www.tecmundo.com.br/redes-sociais/33036-a-historia-das-redes-sociais-como-tudo-comecou.htm. Acesso em: 03 set. 2019.

DIAS, Marina. **Papel das redes sociais na eleição de Bolsonaro é tema de debate nos EUA**. Disponível em: www1.folha.uol.com.br/poder/2019/04/papel-das-redes-sociais-na-eleicao-de-bolsonaro-e-tema-de-debate-nos-eua.shtml. Acesso em 03 set. 2019.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Direito Eleitoral**: a efetividade dos direitos políticos fundamentais de voto e de candidatura. Florianópolis: Habitus, 2018.

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

LELLIS, Leonardo. **Luiz Fux**: Eleições podem até ser anuladas por causa de 'fake news'. Disponível em: veja.abril.com.br/brasil/luiz-fux-eleicoes-podem-ser-anuladas-por-cao-de-fake-news. Acesso em: 03 set. 2019.

LONDRES, Mariana. **Fux assina parceria com Abratel para combate às fake news**. Disponível em: noticias.r7.com/brasil/fux-assina-parceria-com-abratel-para-combate-as-fake-news-26042019. Acesso em: 10 set. 2019.

OLIVEIRA, Silvio Luiz de. **Tratado de Metodologia Científica**. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1999.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Relatório Final**: Missão de observação eleitoral, eleições gerais, Brasil. OEA, 2018. Disponível em: www.oas.org/documents/por/press/MOE-Brasil-2018-Relatorio-Final-POR.pdf. Acesso em: 07 set. 2019.

RODRIGUES, Fabio. **Fux fala em resultados possíveis no combate às 'fake news'**. Disponível em: noticias.r7.com/brasil/fux-fala-em-resultados-possiveis-no-combate-as-fake-news-07082018. Acesso em: 10 set. 2019.

RONSINI, Veneza Mayora; OLIVEIRA, Vanessa de. Política de identidade e mídia. **E-compós**, [s.l.], v. 10, 1 jan. 1970. E-compos. <http://dx.doi.org/10.30962/ec.188>. Disponível em: <<https://www.e-compos.org.br/e-compos/article/view/188/189>>. Acesso em: 08 set. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação declaratória de constitucionalidade nº 29. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 16 fev. 2012. **DJE** 29 jun. 2012.

_____. Ação declaratória de constitucionalidade nº 30. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 16 fev. 2012. **DJE** 29 jun. 2012.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Conselho Consultivo sobre Internet e Eleições discute impacto das fake news.** Disponível em: www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Outubro/conselho-consultivo-sobre-internet-e-eleicoes-discute-impacto-das-fake-news. Acesso em: 08 set. 2019.

_____. **Fake news:** TSE lança página para esclarecer eleitores. Disponível em: www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Outubro/fake-news-tse-lanca-pagina-para-esclarecer-eleitores-sobre-a-verdade/view. Acesso em: 07 set. 2019.

_____. **Tipo de despesas.** Disponível em: www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais. Acesso em: 07 set. 2019.

_____. **Resolução nº 23.551, de 18 de dezembro de 2017.** Dispõe sobre propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral nas eleições. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2017/RES235512017.html>. Acesso em: 08 set. 2019.

_____. **Resolução nº 23.547, de 18 de dezembro de 2017.** Dispõe sobre representações, reclamações e pedidos de resposta previstos na Lei nº 9.504/1997 para as eleições. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2017/RES235472017.html>. Acesso em: 08 set. 2019.

_____. **Resolução nº 23.590, de 28 de agosto de 2018.** Dispõe sobre o plano de mídia do horário eleitoral gratuito relativo ao cargo de Presidente da República nas eleições de 2018. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2018/RES235902018.html>. Acesso em: 08 set. 2019.

_____. **Resolução nº 23.592, de 11 de outubro de 2018.** Dispõe sobre o plano de mídia do horário eleitoral gratuito relativo ao cargo de Presidente da República no segundo turno das Eleições 2018. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2018/RES235922018.html>. Acesso em: 08 set. 2019.

_____. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 10.104. Relator Ministro Arnaldo Versiani. Julgado em 19 ago. 2010. **DJE** 29 set. 2010.

_____. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 10.105. Relator Ministro Arnaldo Versiani. Julgado em 19 ago. 2010. **DJE** 29 set. 2010.

_____. Recurso Especial Eleitoral nº 7.464. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado em 12 set. 2013. **DJE** 15 out. 2013, p. 30.

VENTURINI, Lilian. **Qual o impacto das fake news sobre o eleitor dos EUA, segundo este estudo.** Disponível em: www.nexojornal.com.br/expresso/2018/01/14/Qual-o-impacto-das-fake-news-sobre-o-eleitor-dos-EUA-segundo-este-estudo. Acesso em: 16 set. 2019.

Eduardo de Carvalho Rêgo - Doutor em Direito, Política e Sociedade, e Mestre em Teoria, História e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). E-mail: eduardorego@gmail.com.

Luíza Cesar Portella - Especialista em Direito Processual Civil pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e em Administração Empresarial pela Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC/ESAG). E-mail: luizaportella@gmail.com



SEGUNDA SEÇÃO

**RESENHAS DA
RESENHA**

RESENHA ELEITORAL

Segunda Seção

Resenhas da Resenha

Revisão de resenhas

Monique Pítsica Tambosi (TRESC)

Sheila Brito de Los Santos (TRESC)

REGULAÇÃO DA PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA: A POSIÇÃO DO TSE QUANTO AO USO DE *OUTDOOR* NO RESPE Nº 0600227-31

Ráisa Schaeffer¹

Resumo: Este artigo analisa a posição firmada pelo Tribunal Superior Eleitoral no REspe nº 0600227-31.2018.6.17.0000, no sentido de serem extensíveis, ao período de pré-campanha, as vedações previstas para o período regular de campanha eleitoral, especialmente quanto ao uso de meios de propaganda proibidos. No caso, foi considerada ilícita e punível com multa a divulgação da imagem e de características pessoais de pré-candidato em *outdoors*, meio de propaganda de uso expressamente vedado pela Lei Geral das Eleições durante o período de campanha.

Palavras-chave: Propaganda Eleitoral. Pré-campanha. *Outdoor*.

¹ Técnica Judiciária lotada na 94ª Zona Eleitoral de Chapecó. Graduada em Direito.

ELEIÇÕES 2018. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ATOS DE PRÉ-CAMPANHA. DIVULGAÇÃO DE MENSAGEM DE APOIO A CANDIDATO. AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPLÍCITO DE VOTO. UTILIZAÇÃO DE OUTDOORS MEIO INIDÔNEO. INTERPRETAÇÃO LÓGICA DO SISTEMA ELEITORAL. APLICABILIDADE DAS RESTRIÇÕES IMPOSTAS À PROPAGANDA ELEITORAL AOS ATOS DE PRÉ-CAMPANHA. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS QUE APONTAM PARA A CIÊNCIA DO CANDIDATO SOBRE AS PROPAGANDAS. RECURSO PROVIDO.

1. A realização de propaganda, quando desacompanhada de pedido explícito e direto de votos, não enseja irregularidade per se.

2. A interpretação do sistema de propaganda eleitoral aponta ser incompatível a realização de atos de pré-campanha que extrapolem os limites de forma e meio impostos aos atos de campanha eleitoral, sob pena de se permitir desequilíbrio entre os competidores em razão do início precoce da campanha ou em virtude de majorada exposição em razão do uso desmedido de meios de comunicação vedados no período crítico.

3. A despeito da licitude da exaltação de qualidades próprias para o exercício de mandato ou a divulgação de plataformas de campanha ou planos de governo, resta caracterizado o ilícito eleitoral quando o veículo de manifestação se dá pela utilização de formas proscritas durante o período oficial de propaganda

4. As circunstâncias fáticas, do caso ora examinado, de maciço uso de *outdoors* em diversos Municípios e de expressa menção ao nome do candidato permitem concluir a sua ciência dos atos de pré-campanha, conforme exigência do art. 36, § 3º da Lei das Eleições.

5. A realização de atos de pré-campanha por meio de *outdoors* importa em ofensa ao art. 39, § 8º da Lei nº 9.504/97 e desafia a imposição da multa, independentemente da existência de pedido explícito de voto.

6. Recurso especial eleitoral provido.

(Recurso Especial Eleitoral nº 0600227-31.2018.6.17.0000, Acórdão, Relator Min. Edson Fachin, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Número 123, Data 01/07/2019, Página 214)

O julgamento desse Recurso Especial Eleitoral analisa essencialmente se as vedações aplicadas à propaganda eleitoral no período legal de campanha podem ser estendidas também ao período de pré-campanha. Analisa-se o caso de um Defensor Público do Estado de Pernambuco que, nos meses anteriores ao início da campanha eleitoral, teve sua imagem di-

vulgada em 23 *outdoors*, ao lado dos dizeres: “O defensor do povo! Seus amigos se orgulham por sua luta contra os invisíveis”.

Inicialmente, discute-se o enquadramento da manifestação descrita como propaganda eleitoral. Superado isso, e tendo em vista a proibição do uso de *outdoors* durante a campanha eleitoral, analisa-se a legitimidade ou não da extensão dessa proibição também ao período de pré-campanha.

A liberdade de expressão e de comunicação são valores caros à democracia, previstos inclusive na Constituição Federal. Esses princípios regem, também, a propaganda política, na medida em que a livre circulação de ideias e a ampla divulgação dos ideais, projetos e posturas de um candidato fortalecem uma escolha bem pensada por parte do eleitor.

No entanto, essas liberdades não são plenas, e encontram limitação nos princípios da veracidade e da isonomia, que igualmente norteiam a dinâmica da propaganda política (GOMES, 2016, p. 472). Portanto, na campanha eleitoral, não se pode dizer tudo quanto se queira, pois o que é dito deve condizer com a realidade; por outro lado, o meio pelo qual a propaganda eleitoral será divulgada deve, em princípio, ater-se a modalidades que garantam aos demais concorrentes igual oportunidade de alcance a eleitores.

É na ponderação entre essas liberdades e esses deveres que se localiza a discussão proposta. O tema da propaganda eleitoral é vastamente regulado em lei, a fim de bem delimitar esses direitos e deveres. Em casos limítrofes, a jurisprudência é chamada a analisar e elucidar normas conflitantes ou omissões legislativas. Assim, será analisada a dimensão legal da propaganda política antecipada, e, por fim, será trazido o posicionamento predominante do TSE quanto ao caso sob análise.

Por considerável período, a propaganda eleitoral, quanto à época de sua veiculação, dividiu-se em propaganda eleitoral regular e propaganda eleitoral antecipada, esta última vedada de forma absoluta na redação original da Lei nº 9.504/1997. Assim, aqueles atos que objetivavam de alguma forma promover um candidato, caso ocorressem dentro do período de campanha eleitoral, que se iniciava no dia 5 de julho do ano da eleição, eram em princípio legítimos, observadas outras restrições. Por outro lado, todo e qualquer ato que ocorresse antes da data limite era tido como ilícito.

A situação mudou quando, em 2009, foi sancionada a Lei nº 12.034, que acrescentou à Lei nº 9.504/1997 o art. 36-A. O artigo previa que “não seria considerada propaganda eleitoral antecipada” a participação

de pré-candidatos em entrevistas, programas e debates na mídia e na internet, desde que não houvesse pedido de votos. Da mesma forma, não estaria sujeita à multa a realização de encontros em ambientes fechados com viés intrapartidário, para tratar da organização do processo eleitoral, bem como a realização de prévias partidárias e sua respectiva divulgação. Por fim, não poderia ser entendida como ilícita a divulgação de atos de parlamentares, desde que não se mencionasse futura candidatura ou se pedisse votos.

Com isso, criou-se a improvável figura da propaganda eleitoral antecipada que, por imposição legal, “não seria considerada propaganda eleitoral antecipada”. Como se verá no desenvolvimento dos argumentos jurídicos utilizados na decisão analisada, tratou-se de impropriedade legislativa, pois o que a lei objetivou, primordialmente, foi tornar lícitas algumas modalidades de propaganda eleitoral antecipada que eram antes consideradas ilícitas – e não determinar que essas modalidades não mais seriam consideradas propaganda eleitoral antecipada, a contrário do que se fez parecer. Uma melhor forma de colocar essa mudança seria através da divisão da propaganda eleitoral antecipada entre regular e irregular. As hipóteses elencadas no art. 36-A são propagandas antecipadas regulares, desde que não incluam pedido expresso de voto, ao passo que quaisquer outros atos de propaganda antecipadas seriam ilícitas, sujeitas à multa.

A Lei nº 12.891/2013 ampliou o rol de atos que não seriam considerados propaganda eleitoral antecipada e incluiu permissão expressa de que esses atos poderiam ser divulgados nos meios de comunicação social, inclusive pela internet. A justificativa para a alteração era tornar as campanhas mais baratas, por meio da permissão expressa de realização de campanha eleitoral antecipada na internet, que é de alto alcance e baixo custo.

Em 2015, foi promulgada a Lei nº 13.165, configuração vigente até hoje. Ao passo em que o período de campanha estreitou-se, tendo seu início postergado para o dia 15 de agosto do ano eleitoral, alargaram-se ainda mais as possibilidades do que pode se chamar de propaganda eleitoral antecipada regular: passou-se a admitir a menção à pretensa candidatura, a exaltação de qualidades pessoais dos pré-candidatos, a divulgação de posicionamento pessoal sobre questões políticas e a realização de reuniões para divulgar ideias e propostas, desde que os custos fossem cobertos pelo próprio partido. Foi ainda adicionado ao art. 36-A o § 2º, que dispõe que, nas hipóteses de campanha antecipada regular, são permitidos o pedido de apoio político e a divulgação da pré-candidatura, das ações políticas desenvolvidas e das que se pretende desenvolver.

Manteve-se a proibição ao pedido explícito de voto, valendo em relação a todas as hipóteses autorizadas de propaganda eleitoral antecipada. O Min. Edson Fachin afirma, no relatório do REspe analisado, que, afóra a essa proibição de pedido explícito de votos, já não mais se distingue sensivelmente a propaganda eleitoral antecipada da propaganda eleitoral realizada no período legal.

Com tantas exceções previstas em lei, fato é que resultou abrangida a proibição da propaganda eleitoral extemporânea. Assim, cabe à jurisprudência analisar, nos casos concretos, eventuais ocorrências de abuso, conferindo aos fatos da vida real uma interpretação que se adeque a todo o ordenamento jurídico referente a eleições (GOMES, 2016, p. 494).

Além da distinção quanto à época de veiculação, a propaganda eleitoral pode ser dividida entre permitida e vedada, a depender da forma como é divulgada. O uso de *outdoors* é um meio de propaganda eleitoral que hoje é expressamente vedado pela lei. A proibição encontra razão em seu grande alcance e alto custo, o que pode desorganizar a igualdade de condições de alcance de eleitores a que a lei eleitoral objetiva.

Até 2006, o uso de *outdoors* para propaganda eleitoral era permitido e regulamentado no art. 42 da Lei nº 9.504/1997. Em 2006, com a Lei nº 11.300, revogou-se o referido artigo, retirando-se de forma absoluta a possibilidade do uso de *outdoors*, com a finalidade de reduzir os gastos eleitorais. Restringiu-se, assim, eventual margem de influência do poder econômico nas eleições. Atualmente essa proibição é prevista no art. 39, § 8º, da Lei nº 9.504/1997.

Feito esse breve apanhado histórico da legislação, passa-se aos fundamentos jurídicos utilizados na decisão. Para fins de aplicação da lei eleitoral, o TSE consolidou a seguinte definição para “propaganda eleitoral”:

[ato] que leva ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, mesmo que apenas postulada, a ação política que se pretende desenvolver ou razões que induzam a concluir que o beneficiário é o mais apto ao exercício de função pública. Sem tais características, poderá haver mera promoção pessoal - apta, em determinadas circunstâncias, a configurar abuso de poder econômico - mas não propaganda eleitoral. (Recurso Especial Eleitoral nº 161-83, Relator Ministro Eduardo Alckmin, DJ de 31.3.2000, p. 126)

Como já afirmado, a ampliação da possibilidade de adiantar a discussão eleitoral trazida a partir da inclusão do art. 36-A – já que muitos atos caracterizados como propaganda eleitoral agora podem ser realizados desde antes do início do período de campanha – implica na construção de limites de alguma outra forma, especialmente a fim de garantir a observância ao princípio da isonomia.

Para tanto, o Ministro Relator desenvolve algumas regras para o período de pré-campanha, através da técnica da interpretação sistemática. Ainda que o art. 36-A não traga nenhuma regra expressa quanto à observância das vedações relativas à propaganda eleitoral do período de campanha propriamente dito, voltando-se para a Lei das Eleições como um todo, verifica-se a preocupação do legislador com a igualdade na disputa pela preferência do eleitor.

Dessa forma, caso no período de pré-campanha fossem toleradas as proibições relativas ao período eleitoral, a campanha eleitoral já seria iniciada num contexto de desequilíbrio entre os concorrentes. Essa disparidade poderia ser originada a partir do uso desigual dos meios de veiculação de propaganda, a exemplo do *outdoor*, que é expressamente vedado no período crítico de campanha.

O Relator retoma, então, um julgado anterior do TSE, o AgR-AI nº 9-24/SP, de junho de 2018, no qual foram fixados critérios para identificar, na Eleição de 2018, se os limites legais para a propaganda do período pré-eleitoral estavam sendo observados ou não (Agravo de Instrumento nº 924, Acórdão, Relator Min. Tarcísio Vieira De Carvalho Neto, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 22/08/2018). Eram eles:

- O pedido explícito de votos torna a propaganda antecipada irregular, haja vista sua expressa proibição;
- Atos de propaganda não eleitorais, indiferentes à disputa eleitoral, ficam de fora da jurisdição da Justiça Eleitoral;
- O uso de elementos típicos de propaganda não enseja necessariamente irregularidade; e
- A opção pela realização de pré-campanha, nas hipóteses autorizadas pelo art. 36-A, acarreta a necessidade de se observar as seguintes exigências: impossibilidade de utilização de formas proscritas durante o período oficial de campanha e respeito ao alcance das possibilidades do pré-candidato médio.

Assim, reposicionando esses critérios, teríamos os seguintes passos para verificar se a propaganda eleitoral adiantada é regular ou não: primeiro, averiguar se a propaganda tem finalidade eleitoral, a fim de constatar a possibilidade de a Justiça Eleitoral exercer seu controle; depois, analisar a existência de pedido explícito de votos, o que torna o ato irregular; por fim, averiguar se o ato de propaganda não incorreu em algumas das proibições do período oficial de campanha.

No caso sob julgamento, o Defensor Público de Pernambuco que teve sua imagem divulgada em 23 *outdoors* era sabidamente pré-candidato, pois havia realizado consultas no TRE e se filiado a Partido Político em ato com a presença do Governador do Estado. Ademais, noticiários locais já haviam informado que o cidadão iria disputar cargo de deputado estadual. Assim, à época da veiculação do *outdoor*, estava clara sua conexão com o período eleitoral.

Especialmente se considerados os dizeres que acompanhavam a imagem e o nome do Defensor, que o colocavam como “o defensor do povo” graças a sua “luta pelos invisíveis”, vê-se a intenção da referida propaganda de influenciar os eleitores locais, mediante a exaltação de características do pré-candidato em período próximo ao eleitoral, a ser iniciado em aproximadamente 4 meses.

Os *outdoors* foram, ainda, confeccionados em larga escala, sendo 23 espalhados em 3 municípios. O potencial de divulgação de 23 *outdoors* supera o argumento da defesa do candidato de que teriam sido elaborados por amigos, com a finalidade única de homenagear o Defensor por seu trabalho realizado enquanto servidor público.

Elucida-se que, no caso, o conteúdo da propaganda em si não incorre em nenhuma vedação relativa à propaganda eleitoral extemporânea. Isso porque o art. 36-A deixa claro ser lícito o ato de propaganda antecipada que leve a conhecimento e exalte características pessoais dos pré-candidatos. Ademais, não houve pedido explícito de votos, o que tornaria a propaganda irregular. A discussão centra-se, então, no meio utilizado para sua veiculação: os *outdoors*.

Assim, é considerada a orientação anterior do TSE para a Eleição de 2018, de que é ilícito na pré-campanha o uso de veículo de manifestação de propaganda eleitoral vedado no período de campanha oficial. O Pleno, então, firma entendimento no sentido de ser incompatível com uma interpretação integral do sistema eleitoral a realização de atos de pré-campanha que não observem os limites impostos à propaganda eleitoral do período oficial.

O prejuízo, caso não se entendesse nesse sentido, seria uma situação de concorrência assimétrica entre os candidatos, em razão de uma disputa iniciada de forma prematura e sem a observância de regras essenciais ao andamento justo da campanha eleitoral.

Vale dizer que, na hipótese, a Justiça Eleitoral não está tolhendo o debate de ideias ou reprimindo a divulgação de informações sobre pré-candidatos, pois existem outros meios de realizar essa apresentação. A Justiça Eleitoral intervém porque a divulgação de nome e imagem de pré-candidato em 23 *outdoors* não está ao alcance do pré-candidato médio. Trata-se de propaganda de alto custo, que pode dar margem ao abuso de poder econômico na corrida eleitoral. A título ilustrativo expõe-se que se a mesma mensagem tivesse sido divulgada nas redes sociais, seria lícita.

Além disso, o Min. Og Fernandes aponta em seu voto que os gastos realizados durante o período oficial de campanha devem ser rigorosamente declarados, mediante prestação de contas que deve comprovar inclusive a origem lícita dos recursos. Não faria sentido imprimir tamanha rigidez ao período eleitoral regular e, por outro lado, permitir a produção de propaganda de maneira ilimitada durante a pré-campanha.

Por todos fundamentos expostos, nesse julgado o Plenário do TSE firma o entendimento de que as vedações previstas na Lei de Eleições para o período oficial de campanha são extensíveis às modalidades de propaganda eleitoral antecipada autorizadas pelo art. 36-A. É uma posição inédita assumida pelo Tribunal, que, anteriormente, julgava que a propaganda antecipada seria irregular apenas na hipótese de haver o pedido explícito de votos. Trata-se de um grande passo em direção à isonomia e uma boa sinalização acerca da importância de se perquirir uma corrida eleitoral mais justa, desde seu início e até mesmo antes do período oficial.

Assim, por maioria, os Ministros entendem caracterizado o ilícito eleitoral. Por haver uso de meio inidôneo para veiculação de propaganda eleitoral antecipada, é configurada a infração ao art. 39, § 8º, da Lei nº 9.504/1997, com a imposição de multa de R\$ 5.000,00 ao pré-candidato.

Referências

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

REPRESENTAÇÃO Nº 0600546-70.2018.6.00.0000: A QUALIDADE DO DEBATE PÚBLICO ENQUANTO FUNDAMENTO PARA O CONTROLE JUDICIAL DAS *FAKE NEWS*

Adriana Martins Ferreira Festugatto¹

“[...] uma sociedade que não está bem informada não é uma sociedade plenamente livre.” (CIDH, 1985, p. 18)²

Resumo: O presente texto tem por escopo analisar o posicionamento do Tribunal Superior Eleitoral sobre *fake news* e sua afetação na qualidade do debate público e no exercício do voto, como embasamento para o controle judicial e diretriz para que o cidadão exerça sua liberdade de expressão de forma consciente e responsável. Através do exame das decisões proferidas na Representação n. 0600546-70.2018.6.00.0000, objetiva-se conhecer os contornos da atuação judicial no caso em tela e evidenciar o seu potencial para impactar o comportamento dos atores políticos envolvidos no pleito 2020.

Palavras-chave: Debate público. Controle judicial. *Fake news*.

¹ Especialista em Direito pela FIE. Mestranda em Direito pela UNOESC. Técnica Judiciária lotada na 94ª Zona Eleitoral de Chapecó. adriana@tre-sc.jus.br.

² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva OC-N.5, de 1985. § 70 Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/5a3794bc4994e81fd534219e2d57e3aa.pdf> Acesso em: 14 jul. 2019.

1 Introdução

Para a construção de um processo eleitoral livre, justo e democrático faz-se imprescindível, entre outros fatores, a livre circulação de informação e ideias, tornando-se esse um valor indissociável da democracia. A internet está consolidada como o principal meio de comunicação e informação da atualidade, sendo palco aberto do debate político, haja vista que para o cidadão comum, a regra geral é a liberdade de expressão, situação diferente daquela desenhada para os candidatos, que possuem uma série de restrições previstas na Lei n. 9.504/1997.

Entretanto, a pulverização de *fake news* através da web, principalmente por meio de redes sociais e aplicativos que permitem a divulgação de mensagens em massa, tem causado grande preocupação quanto à garantia de legitimidade do processo eleitoral.

Nesse sentido, o objetivo deste texto é analisar as decisões proferidas pelos Ministros Sérgio Silveira Banhos e Luis Felipe Salomão, em 7/6/2018 e 1º/9/2018 - na Representação n. 0600546-70.2018.6.00.0000 que tramitou perante o Tribunal Superior Eleitoral - as quais acolheram o pedido de exclusão de conteúdos inverídicos publicados na plataforma digital, ao entendimento de que seu conteúdo poderia distorcer o resultado das eleições presidenciais, além de refletir sobre os impactos dessas decisões para os agentes envolvidos no pleito 2020.

2 Aspectos fáticos e fundamentos jurídicos das decisões proferidas na Representação n.0600546-70.2018.6.00.0000

Trata-se de Representação que tramitou originariamente perante o Tribunal Superior Eleitoral, interposta pelo diretório nacional do partido Rede Sustentabilidade e pela pré-candidata Maria Osmarina Marina da Silva Vaz de Lima em face de Facebook Serviços Online do Brasil Ltda, em virtude da divulgação de cinco notícias falsas por meio de página denominada “Partido Anti-PT”, mantida na rede social Facebook.

A ação foi proposta objetivando a intervenção da Justiça Eleitoral para retirar do domínio público as postagens contendo afirmações inverídicas sobre a pré-candidata representante, antes de iniciado o período eleitoral, e identificar os responsáveis pela veiculação do conteúdo, havendo requerimento subsidiário para a desativação do perfil junto àquela rede social.

Em sede de liminar, foi proferida decisão pelo Ministro Sérgio Silveira Banhos, determinando a exclusão de referidas publicações da plataforma digital, além do fornecimento dos dados do criador e dos administradores da página pela empresa representada.

Essa, em defesa, alegou que cumpriu integralmente a decisão liminar, mas no que concerne aos demais dados pessoais de identificação requeridos pelos representantes (*logs* de acesso, mensagens privadas trocadas pelo perfil e IPs específicos dos responsáveis pelas publicações), não poderiam ser exigidos, em razão do que dispõe o Marco Civil na Internet (Decreto n. 8.771/2016).

Sobreveio decisão definitiva à causa, proferida agora pelo Ministro Luis Felipe Salomão, ante a declaração de suspeição do antecessor, confirmando a decisão liminar e julgando parcialmente procedente os pedidos: foram acolhidas as pretensões relacionadas à exclusão definitiva das URLs referentes às postagens indicadas, bem como disponibilizados ao Ministério Público Eleitoral os dados de IP utilizado para o cadastro inicial da página, com vistas a eventual responsabilização civil e criminal, tudo fundamentado no artigo 33, § 1º, da Resolução TSE n. 23.551/2017. Entretanto, entendeu-se pela improcedência do pedido que pleiteava a exclusão do perfil da rede social.

Como bem lembrado na decisão acima referida, somente a partir das Eleições 2010 é que passou a ser regulamentado o uso da internet no processo eleitoral, embora não se possa ignorar que o debate eleitoral já se fazia presente fortemente no ambiente virtual antes disso, manifestando-se a Justiça Eleitoral a medida que os casos lhe eram apresentados. Essa incorporação das novas tecnologias ao processo eleitoral é uma situação inafastável da Sociedade de Informação que vivemos atualmente.

A decisão liminar proferida em 7 de junho de 2018 possui caráter histórico e cultural, ao ser a primeira decisão do TSE, no aludido ano, a abordar o tema *fake news*, tão em voga desde as eleições de Donald Trump à presidência dos Estados Unidos em 2016.

Apesar de mentiras não serem nenhuma novidade na história da humanidade, especialmente no meio político, o tema tem sido objeto de inúmeros debates pelo mundo, a partir da potencialização do seu alcance pelo uso da internet, que permitiu a difusão de enorme quantidade de informação em tempo real e com conexão interplanetária.

No caso em apreço, foram submetidas à análise as seguintes postagens 1) “Marina Silva, Lula e Dias Toffoli foram delatados por Leo Pinheiro. Executivo tem muito o que contar ainda”; 2) “Marina se financia com caixa 2 – Marina não serve. O Brasil não precisa de alguém que se omite em questões importantes e se financia de caixa 2”; 3) “Caetano Veloso chamou Lula de analfabeto. O que vai dizer agora sobre Marina Silva recebedora de propina”; 4) “Marina Silva também recebeu propina de R\$ 1,25 milhões da Odebrecht, confirma executivo do grupo”; 5) “Marina Silva também se beneficiou de propinas da Odebrecht e ainda fica aborrecida quando a chamam de ex-petista”. A primeira grande observação feita pelo relator que proferiu a decisão liminar é a garantia de anonimato de que gozam as manifestações, já que o perfil “Partido Anti-PT” não traz a declaração de suas autorias. Isso, por si só, no entender do relator, contraria dispositivo da Constituição Federal (art. 5º, IV, CF-88) e justificaria a remoção das publicações.

O relator vai além, destacando que mesmo que não fosse essa a situação, as afirmações publicadas não trazem qualquer referência quanto à fonte ou outro meio comprobatório quanto a sua veracidade, e que fica evidente o intuito de causar reação negativa a respeito da pré-candidata, podendo sua veiculação causar graves prejuízos à disputa eleitoral.

Entretanto, esse controle judicial das *fake news* visando conter os danos da desinformação no cenário eleitoral, ao não encontrar previsão legislativa específica, esbarra diretamente nas liberdades de expressão e informação (art. 5º, IV, IX, XIV, e art. 220 da CF-88). O fundamento utilizado na decisão para relativizar tais liberdades parte da relação instrumental que a liberdade de expressão tem com a democracia, devendo a qualidade do debate público ser o principal foco de proteção. As falsidades não gozam, por essa corrente de entendimento, de proteção.

O principal referencial teórico utilizado parte, assim, da relação entre cidadania, direito à informação e voto consciente: para o exercício da cidadania dentro do Estado Democrático de Direito, faz-se necessário o acesso à informação clara e real, de forma a viabilizar boas escolhas ao cidadão na sua determinação política. Nessa lógica, o vício na informação, a partir da manipulação dos fatos, comprometeria o debate público e a consequente formação da vontade do eleitor.

Todavia, merece especial atenção a atuação dos magistrados frente às situações análogas que por ventura venham a se apresentar no pleito vin-

douro, inclusive com vistas a atuação não configurar censura (art. 5º, IX e 220, § 2º, ambos da CF-88) ou mesmo promover o efeito reverso de esfriamento do debate por autocensura, que é quando os cidadãos, com receio das reprimendas, deixam de se manifestar (conhecido como *chilling effect*).

Nesse aspecto, o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral já se firmou no sentido de que a mera aposição de críticas não estaria contemplada por esse tipo de controle (Representação n. 0601646-60.2018.6.00.0000. Coligação O Povo Feliz de Novo, Twitter Brasil Rede de Informação Ltda., Google Brasil Internet Ltda, Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. Relator: Ministro Carlos Horbach. 10 de outubro 2018) e que a intervenção da Justiça Eleitoral no debate eleitoral travado na internet deve ser mínima, dada a importância de se contar com múltiplas fontes e alternativas de informação (Recurso Especial Eleitoral n. 29-49.2012.6.19.0145. Sandro Matos Pereira e Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro Henrique Neves da Silva. 05 de agosto de 2014).

3 Considerações finais

A partir dos avanços das tecnologias de comunicação, percebe-se uma completa alteração na relação da sociedade com a informação, sendo a migração do embate político para as plataformas digitais um efeito natural desse novo cenário. A internet tornou-se o principal palco onde a disputa eleitoral acontece, sendo que a sua conjugação com as *fake news* trouxe efeitos nocivos à democracia, a partir da ampliação do alcance e rapidez com que a (des)informação circula.

Nesse sentido, a atuação do Judiciário na Representação n. 0600546-70.2018.6.00.0000 pautou-se na garantia do direito fundamental à informação como um meio para a efetivação do processo democrático ou até mesmo para a garantia do desenvolvimento da sociedade, ao formar cidadãos conscientes politicamente e aptos a exercer sua cidadania.

Esse controle de conteúdos potencialmente ilícitos pelo Judiciário deve se dar com o menor sacrifício possível da liberdade de expressão, como observado no caso em tela, em que a determinação se referiu apenas às exclusões das postagens impugnadas, haja vista o dano social em potencial que detinham. O perfil responsável pela veiculação, entretanto, foi mantido ativo. A precisão cirúrgica da decisão focou apenas em conter o abuso do direito da liberdade de expressão evidenciado no caso.

A partir dessa preocupação sobre os efeitos que as falsidades acarretam ao voto e sobre a situação de vulnerabilidade a que fica exposto o processo eleitoral, o precedente firmado representa um dos primeiros passos da jurisdição eleitoral brasileira na atuação frente à disseminação intencional de notícias fraudulentas. O Tribunal Superior Eleitoral atuou enquanto guardião da cidadania e dos valores que devem nortear o debate público plural, tomando-se a liberdade de expressão como instrumento à concretização da democracia. É sabido que a eficácia penal não chegaria a tempo de conter os efeitos dessa distorção do debate público, o que se agrava ainda mais pelo tempo diminuto previsto para as campanhas eleitorais.

Para o cidadão comum e demais envolvidos na disputa eleitoral, as decisões analisadas ensinam que o direito de dizer o que bem entender encontra limite nos efeitos maléficos que se pode produzir para o conjunto da sociedade, e que o exercício abusivo da liberdade de expressão nas plataformas digitais pode vir a ser objeto de controle, inclusive responsabilização civil (indenização) e criminal (Código Penal – art. 140 a 143 e Código Eleitoral – art. 323).

QRTOTH – TRANSMISSÃO DO RESULTADO DA SEÇÃO ELEITORAL PELO PRÓPRIO MESÁRIO

Álvaro Sampaio Corrêa Neto¹

Resumo: O presente artigo apresenta modelo complementar e alternativo à transmissão do resultado da seção eleitoral por meio da leitura do QR Code impresso ao final do boletim de urna. Também são apresentados os resultados obtidos com projeto piloto realizado nas Eleições Municipais de 2019.

Palavras-chave: Transparência. Inovação. Celeridade.

¹ Técnico Judiciário. Secretário de Tecnologia da Informação do TRES. Mestre em Engenharia de Produção.

1 Desenvolvimento

A disponibilização complementar das informações do Boletim de Urna¹ no formato QR Code², em conjunto com o aplicativo “Boletim na Mão”³, agregou mais transparência e confiabilidade ao processo eleitoral brasileiro. Considerando que, após o encerramento da seção, as informações constantes no Boletim de Urna (BU) são públicas, que o QR Code impresso no BU contém os resultados necessários à totalização e que os mecanismos de segurança utilizados são suficientes para assegurar a integridade e autenticidade de seu conteúdo, a proposta do projeto foi utilizar o poder da coletividade para transmitir os resultados de forma descentralizada a partir de um aplicativo móvel disponibilizado pela Justiça Eleitoral aos mesários, delegados de prédio ou qualquer cidadão que desejar participar desse processo.

Nesse cenário, o TRE-SC aplicou projeto experimental, no segundo turno das Eleições 2016, para que os próprios mesários, ou qualquer cidadão, transmitissem o resultado da seção eleitoral, de forma complementar e sem prejuízo aos procedimentos oficiais, em três cidades de Santa Catarina: Blumenau, Florianópolis e Joinville. Para tanto, foi desenvolvido e idealizado o projeto QRToth, com objetivo de ler e transmitir os dados constantes do QR Code impresso no BU para a Justiça Eleitoral. O objetivo desta iniciativa experimental foi avaliar a viabilidade de aplicação do método de transmissão com a utilização de celular de qualquer pessoa.

O dia mais importante para a Justiça Eleitoral é o dia do pleito. A tensão existente nessa data aumenta ainda mais a partir das 17h – momento a partir do qual os diversos procedimentos para encerramento das seções começam a ser executados. Um deles consiste na afixação de cópia do BU em local visível para dar publicidade do resultado da seção; outro, em retirar da urna a mídia de resultados (MR) para que os dados possam ser transmitidos à Justiça Eleitoral.

¹ NETO, Á. S. C. Transparência no processo eleitoral. *Resenha Eleitoral - Revista Técnica*, v. 1, n. 6, 2014.

² Vazquez-Briseno, M. , Hirata, F. I. , de Dios Sanchez-Lopez, J. , Jimenez-Garcia, E. , Navarro-Cota, C. , & Nieto-Hipolito, J. I. (2012). Using RFID/NFC and QR-Code in Mobile Phones to Link the Physical and the Digital World. *Interactive Multimedia*, 219–242. <http://doi.org/10.1080/14626269109408287>

³ Boletim na mão: http://sticonhecimento.tse.jus.br/csele/informativos/eleicoes-2016/Folder_Boletim_na_Mao.pdf/at_download/file

Um dos modelos de transmissão dos dados baseia-se no transporte das mídias de resultados (MRs) do local de votação para o local onde serão lidas e totalizadas. Santa Catarina comumente utiliza diversas rotas de recolhimento com veículos rápidos para recolher apenas as MRs. Esta estratégia busca trazer mais celeridade ao processo de totalização, visto que a urna eletrônica e demais materiais são recolhidos posteriormente por veículos maiores e mais lentos.

Outro, alternativo e complementar ao modelo de recolhimento e transporte da MR, consiste em transmitir o resultado diretamente do local de votação. Para isso, normalmente utiliza-se a solução JEConnect⁴ que utilizando computadores de escolas e centros comunitários, estabelece um ambiente e conexão seguros com a Justiça Eleitoral para que a MR possa ser lida e transmitida, podendo, desta forma, evitar a utilização de moto-boys para o recolhimento das MR. Este procedimento traz mais celeridade, porém aumenta a necessidade de recrutamento e seleção de pessoas aptas a operarem solução tecnológica.

Santa Catarina utiliza um pouco de cada modelo, de modo a trazer celeridade associada a custo e complexidade razoáveis, visto que existem vantagens e desvantagens em cada um deles. Assim, o objetivo deste artigo é apresentar um novo modelo de transmissão do resultado da seção pelo próprio mesário de modo a ser mais uma alternativa para um país de dimensões continentais, porque uma comparação entre os modelos de transmissão está além do objetivo deste artigo.

Este novo modelo, objeto deste artigo, consiste em transmitir diretamente da seção eleitoral a informação constante no QR Code impresso no BU, utilizando aparelhos celulares dos próprios mesários, considerando que, após o encerramento, a informação já é pública e os demais critérios de segurança para transmissão podem ser garantidos com os elementos constantes no QR Code e com características utilizadas no desenvolvimento do aplicativo.

Assim, dos três principais critérios de segurança da informação: confidencialidade, integridade e disponibilidade⁵; há necessidade de se garantir apenas os dois últimos pois a informação já se tornou pública. Par-

⁴ JEConnect: <http://sticonhecimento.tse.jus.br/grupos/je-connect/tutoriais-e-guias-operacionais/mapa-documental-da-jeconnect>

⁵ GOODRICH, M. T.; TAMASSIA, R. Introdução à Segurança de Computadores. [s.l.] Bookman, 2013.

tindo deste princípio, os dados do BU podem ser transmitidos por qualquer pessoa, pois não há informação confidencial, sendo necessário utilizar mecanismos para preservar a integridade e a disponibilidade.

Visto que os resultados são transmitidos a partir da própria seção eleitoral, imediatamente após o encerramento e impressão do BU, este novo modelo traz mais celeridade à apuração e pode desonerar consideravelmente os custos de logística do recolhimento das MRs. A proposta possui uma série de vantagens, dentre as quais pode-se destacar:

- Celeridade: com a transmissão diretamente da seção eleitoral cada mesário transmite os votos apurados em sua seção eleitoral. Assim, quase que simultaneamente todas as seções podem transmitir o resultado à Justiça Eleitoral.
- Redução de custos: pode-se eliminar ou reduzir, significativamente, o uso de *motoboys* para recolhimento das mídias. Desta forma a urna poderia até ser recolhida no dia útil seguinte, diminuindo também o valor gasto na contratação de recolhimento das urnas, pois seria executada em dia útil.
- Mais confiabilidade: quanto mais pessoas transmitirem um mesmo BU maior o grau de confiança na transmissão daquela informação.
- Sem recrutamento e seleção de pessoas adicionais: como a transmissão é realizada pelos próprios mesários, não há necessidade de convocação adicional de pessoas especializadas.
- Desnecessidade de equipamentos adicionais: em função de a transmissão ser realizada com celulares dos próprios mesários, não é necessário a aquisição de equipamentos.

A segurança das informações a serem transmitidas pode ser garantida utilizando-se recursos utilizados nas demais etapas do processo eleitoral, ou seja, por meio da assinatura digital utilizada na geração do QR Code do BU, pode-se assegurar sua autenticidade, garantir que determinadas informações foram geradas por uma urna oficial e que seus dados não foram adulterados (integridade).

2 A solução desenvolvida

A solução desenvolvida no projeto é composta por duas partes principais: o *front-end* e o *back-end*. Para a primeira parte, foi desenvolvido um aplicativo mobile para que os mesários que faziam a leitura do QR Code impresso ao final do BU, validassem e transmitissem os dados ao TRE-SC. Para a segunda parte, foi desenvolvido um serviço que consumia e validava novamente todos os BU transmitidos, armazenando-os em uma tabela para posterior análise. Por se tratar de um projeto experimental, sem regulamentação para totalização, os dados recebidos ficaram com acesso restrito até o término da apuração oficial e serviram apenas para estudo posterior.

Em função do pouco tempo disponível, o aplicativo QRToth foi desenvolvido apenas para a plataforma Android, a partir da versão 4.3, sendo utilizado o Android Studio⁶, ferramenta oficial e gratuita disponibilizada pelo Google. Para realizar a leitura do QR Code, foi utilizada a biblioteca Zebra Crossing: ZXing – BarcodeScanner⁷. Todas as transmissões de dados foram realizadas por meio de uma conexão criptografada entre o aplicativo e o TRE-SC, com a utilização de um certificado auto-assinado criado especificamente para este projeto. Além disso, foi utilizado o conceito de Material Design, de acordo com os modelos de padronização disponíveis no mercado.

As figuras 1 e 2 apresentam a tela principal do aplicativo mobile e o momento de leitura de um QR Code, respectivamente. Por se tratar de um aplicativo para uso por muitas pessoas, a usabilidade foi uma das premissas aplicadas ao desenvolvimento. Como o perfil dos potenciais usuários pode variar muito, a automatização de procedimentos de leitura e envio foi adotada de maneira que o uso do aplicativo seja intuitivo e com pouca interação. A utilização do aplicativo consiste basicamente em posicionar o QR Code dentro da área indicada na tela de leitura e aguardar seu reconhecimento automático. Após a leitura do QR Code, os dados são transmitidos automaticamente, em segundo plano, para o TRE-SC. A transmissão pode ocorrer tanto pela rede de dados celular como pelo Wi-Fi, por este motivo, é imprescindível que haja conexão com a Internet.

⁶ Android Studio - <https://developer.android.com/studio>.

⁷ ZXing - BarcodeScanner - <https://github.com/dm77/barcodescanner>.



Figura 1: Tela Inicial sem leituras realizadas



Figura 2: Realizando a leitura do QR Code

O aplicativo também está preparado para a leitura de BU com mais de um QR Code, conforme apresenta a figura 3, na qual solicita-se ao usuário o posicionamento da câmera no segundo código. No entanto, deve-se garantir que os dados estão íntegros antes da transmissão. Para isso são realizadas validações de Hash e Assinatura Digital conforme o manual de instruções do TSE, no qual a assinatura digital é verificada com a chave pública disponibilizada, neste caso, para o Estado de Santa Catarina. Assim que validados, os dados são enviados para um servidor nas dependências do TRE-SC, onde são validados novamente pela parte *back-end* do projeto.

Em função de ser um projeto experimental, todo e qualquer BU transmitido e válido é aceito, ou seja, um determinado celular pode ler tantos BU quantos desejar e também um mesmo BU pode ser lido uma ou mais vezes por celulares diferentes. A figura 4 apresenta a tela contendo a lista de BU que um determinado celular leu e transmitiu ao TRE-SC.

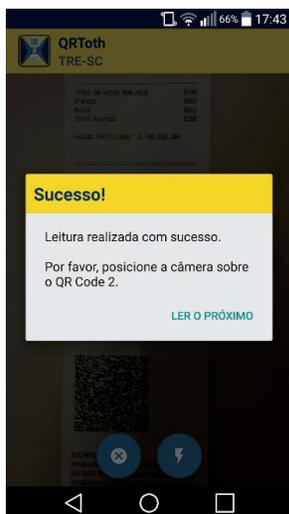


Figura 3: Leitura realizada com sucesso

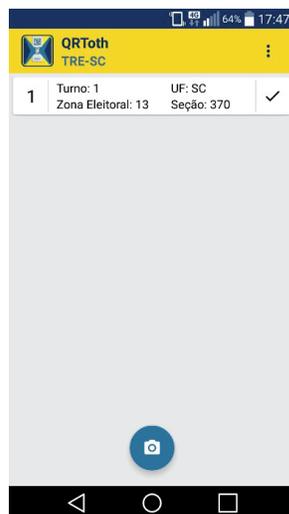


Figura 4: Leitura enviada para o TRE-SC

A parte de *back-end* é composta por diversas tecnologias e linguagens. Um serviço Web desenvolvido em Java, rodando em servidor Jboss, recebe as conexões dos celulares, valida novamente o BU transmitido e grava o resultado em disco em formato JSON. Este arquivo é posteriormente transmitido a outro computador por meio do comando rsync, para ser importado em um banco de dados por um script escrito em linguagem Ruby, conforme apresenta a figura 5.

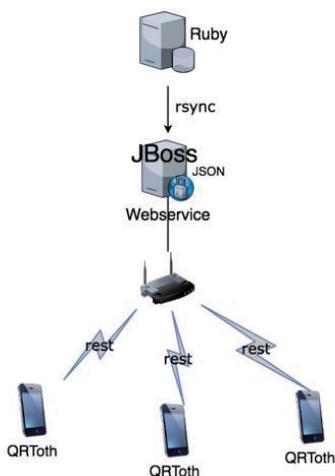


Figura 5: Arquitetura da parte *back-end*

3 Resultados obtidos

O QRToth foi aplicado de forma experimental e não obrigatória no segundo turno das Eleições 2016 em três cidades de Santa Catarina: Blumenau, Florianópolis e Joinville. Por não estar previsto nenhuma atividade de treinamento dos mesários entre o primeiro e segundo turno, a estratégia para divulgação do aplicativo foi a comunicação do projeto aos chefes de cartórios das zonas envolvidas e a produção de um folder explicativo que foi colocado na pasta dos mesários. Apenas com estas atividades de divulgação o projeto teve um total de 431 pessoas que utilizaram o aplicativo no dia do pleito, conforme distribuição ilustrada pelo gráfico 1.



Gráfico 1: Número de participantes por município

Mesmo sendo opcional e com poucas ações de divulgação, foram transmitidas 42,46% das seções esperadas por meio do QRToth, com destaque para o município de Blumenau que transmitiu 98% das seções, conforme ilustra o gráfico 2. Este destaque deve-se ao empenho dos chefes de cartórios que utilizaram estratégias adicionais como a utilização de um grupo de Whatsapp dos mesários para divulgar e fomentar o uso do aplicativo.

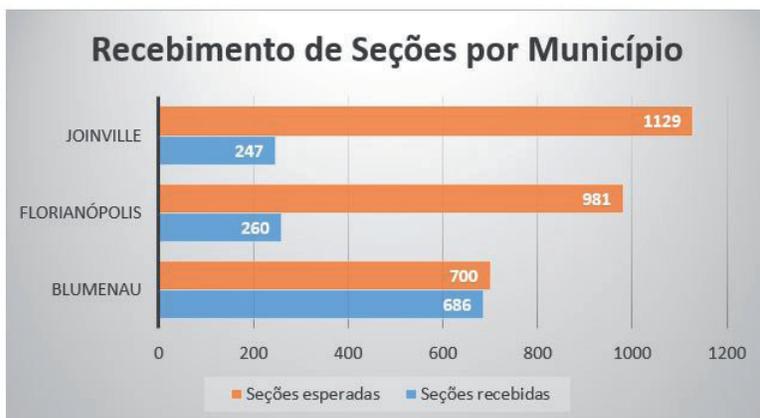


Gráfico 2: Recebimento de Seções por Município

O gráfico 3 apresenta a comparação entre o recebimento que empregou o QRToth e o recebimento da apuração oficial, no município de Blumenau, que utilizou recolhimento de mídia com motoboy e contou também com 4 pontos de transmissão com JEConnect. Vale destacar que o primeiro BU foi recebido no QRToth às 17:01h, enquanto o primeiro da apuração oficial foi recebido às 17:09h. Além disso, cabe destacar que 50% das seções do município já estavam transmitidas em 12 minutos; e 90% das seções em que se utilizou o aplicativo foram transmitidas em 40 minutos.



Gráfico 3: Comparação entre QRToth e Apuração Oficial

4 Conclusão

O QRToth demonstrou-se viável como alternativa complementar aos modelos de transmissão de boletins de urna existentes e com excelente aplicabilidade à Justiça Eleitoral, conforme os resultados obtidos no projeto experimental. Além de utilizar o poder da coletividade, não exige novas convocações e pode reduzir os custos com logística. Assim, é recomendável que, em um país com dimensões continentais, se possa aplicar o modelo de transmissão de boletins de urna mais adequado à realidade de cada local de votação.

O caráter experimental e o tempo disponível para o projeto não permitiram explorar uma série de questões que devem ser abordadas antes de qualquer adoção oficial. Alguns locais de votação não possuem cobertura de sinal de celular e precisariam ser mapeados previamente, de modo a prover alguma forma de comunicação com a Internet ou utilização de outro modelo de transmissão do BU. Além disso, alguns mesários não possuem plano de dados no celular. Portanto, faz-se necessário que o endereço para onde serão transmitidos os boletins de urna estejam isentos de cobrança de quem os acessa, assim como alguns bancos e outras instituições já o fazem.

As questões de segurança e ataque de negação de serviço também devem ser mais bem exploradas. A exibição de um QR Code na tela da urna contendo o endereço para onde o aplicativo transmitirá o BU é uma alternativa que poderia ser utilizada para minimizar possibilidade de ataque de negação de serviço. Também poderia ser exibido na tela o QR Code, que é impresso ao final do BU, de modo que a leitura dos dados do BU possa ocorrer mesmo que haja qualquer problema com a impressora da urna.

Por fim, cabe ressaltar que este trabalho e artigo só foram viáveis pelo empenho e competência de toda a equipe da Secretaria de Tecnologia da Informação e do apoio e incentivo da Direção-Geral e corpo diretivo. Além disso, o sucesso da aplicação do projeto em Blumenau se deve à dedicação dos chefes de cartório que, por conta própria, apoiaram incondicionalmente a ideia.



TERCEIRA SEÇÃO

**JURISPRUDÊNCIA
SELECIONADA**

ACÓRDÃO N. 33596

RECURSO CRIMINAL N. 487-23.2016.6.24.0069 - CLASSE 31 - AÇÃO PENAL - CRIMES CONTRA O SERVIÇO DA JUSTIÇA ELEITORAL – DESCUMPRIMENTO DA PROIBIÇÃO DE FORNECIMENTO DE TRANSPORTE OU REFEIÇÕES A ELEITORES - ART. 50 C/C ART. 11, III, DA LEI N. 6.091/1974 – 69ª ZONA ELEITORAL - CAMPO ERÊ

Relator: Juiz Vitoraldo Bridi

Revisor: Juiz Jaime Pedro Bunn

Recorrentes: Cleosi Derussi; Robson Ramos

Recorrido: Ministério Público Eleitoral

- RECURSO CRIMINAL - PRELIMINAR DE NULIDADE DA PROVA, COM VIÉS DE CERCEAMENTO DE DEFESA - MATÉRIA EMINENTEMENTE PROBATÓRIA, QUE INTEGRA A ANÁLISE DO MÉRITO - REJEIÇÃO.

- MÉRITO - CRIME DE TRANSPORTE ILEGAL DE ELEITORES (ART. 11, III, C/C ART. 5º, DA LEI N. 6.091/1974) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - DOLO ESPECÍFICO - ALICIAMENTO DE ELEITORES - EXIGÊNCIA - NÃO COMPROVAÇÃO - DÚVIDA ACERCA DA VERDADEIRA FINALIDADE DA CONDUTA - ABSOLVIÇÃO - PROVIMENTO.

“Diante de versões antagônicas da acusação e da defesa sobre o mesmo fato criminoso imputado na denúncia, sem que o acervo probatório permita concluir, com segurança, pela veracidade de uma ou de outra, não há como impor a condenação penal, em virtude do princípio *in dubio pro reo*” [TRESC. Ac. n. 33.093, de 26.4.2018, Relator Juiz Cid José Goulart Júnior].

ACÓRDÃO N 33555**PRESTAÇÃO DE CONTAS (11531) N. 0601746-46.2018.6.24.0000 – FLORIANÓPOLIS**

Relator Designado: Juiz Celso Kipper

Requerente: Eleição 2018 - Ana Paula de Souza Lima - Deputado Federal

- ELEIÇÕES 2018 - PRESTAÇÃO DE CONTAS DE CANDIDATO - DEPUTADO FEDERAL.

- DOAÇÕES DIRETAS REALIZADAS POR OUTRO CANDIDATO, MAS NÃO DECLARADAS NA PRESTAÇÃO DE CONTAS EM EXAME - DOAÇÃO ESTIMÁVEL EM DINHEIRO - RECONHECIMENTO DO RECEBIMENTO PELO PRESTANTE - CONTABILIZAÇÃO POSTERIOR, EM PRESTAÇÃO DE CONTAS RETIFICADORA - CASO CONCRETO, INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE OMISSÃO PROPOSITAL - DOAÇÕES AMPARADAS EM DOCUMENTOS FISCAIS PRESENTES NA PRESTAÇÃO DE CONTAS DO DOADOR - IDENTIFICAÇÃO DA ORIGEM DOS RECURSOS - DADO CONFIRMADO PELAS INFORMAÇÕES DISPONÍVEIS NA BASE DE DADOS DA JUSTIÇA ELEITORAL - AUSÊNCIA DE GRAVIDADE - IRREGULARIDADE DE PEQUENO VALOR, QUE REPRESENTA 0,11% DAS DESPESAS CONTRATADAS PELA CAMPANHA - ANOTAÇÃO DE RESSALVA.

- DIVERGÊNCIAS ENTRE A ESCRITURAÇÃO DE DIVERSOS REPASSES DE RECURSOS REALIZADOS PELO REQUERENTE PARA OUTROS CANDIDATOS E AS INFORMAÇÕES LANÇADAS NAS PRESTAÇÕES DE CONTAS DOS BENEFICIÁRIOS - CASO CONCRETO - DOAÇÕES ESTIMÁVEIS EM DINHEIRO DE PROPAGANDA “CASADA” - NOTAS FISCAIS A AMPARAR A OPERAÇÃO NO CASO DE TRÊS DOAÇÕES - INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE MÁ-FÉ - ELEMENTOS A INDICAR A OCORRÊNCIA DAS DOAÇÕES, SEM, CONTUDO, COMPROVAR OS CRITÉRIOS DE RATEIO DAS PUBLICIDADES CONJUNTAS PAGAS PELO PRESTANTE - IRREGULARIDADES QUE, SOMADAS, PERFAZEM O ÍNFIMO PERCENTUAL DE 1,04% DAS DESPESAS EFETUADAS EM CAMPANHA - ANOTAÇÃO DE RESSALVAS.

- DIFERENÇA ENTRE O VALOR DE UMA DESPESA CONSTANTE DA PRESTAÇÃO DE CONTAS EM EXAME E AS INFORMAÇÕES QUE INTEGRAM A BASE DE DADOS DA JUSTIÇA ELEITORAL - APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS COMPLEMENTARES QUE ATESTAM A REALIZAÇÃO DA DESPESA E SEU RESPECTIVO VALOR, COMPOSTO POR JUROS E MULTA DECORRENTES DO PAGAMENTO A DESTEMPO - IRREGULARIDADE SANADA.

- DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES PAGOS COM RECURSOS DO FUNDO PARTIDÁRIO E DO FUNDO ESPECIAL DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHA (FEFC) A PRESTADORES DE SERVIÇOS EM RELAÇÃO AOS PREVISTOS NOS RESPECTIVOS CONTRATOS - DIFERENÇAS CONSIDERADAS NÃO ESCLARECIDAS QUANTO A OITO CONTRATADOS - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS PAGAMENTOS EFETUADOS COM RECURSOS PÚBLICOS PARA SETE COLABORADORES - DETERMINAÇÃO DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES NÃO COMPROVADOS AO TESOIRO NACIONAL - COMPROVAÇÃO DA LICITUDE DOS DEMAIS PAGAMENTOS - IRREGULARIDADES QUE ENVOLVEM PERCENTUAIS INSIGNIFICANTES DOS RECURSOS DESPENDIDOS (0,42%) E DAS VERBAS PÚBLICAS GASTAS EM CAMPANHA (0,74%) - ANOTAÇÃO DE RESSALVAS.

Tratando-se da análise da prestação de contas de candidatos em pleito eleitoral, a constatação de determinadas irregularidades pode deixar de ensejar a desaprovação das contas, por aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, desde que (a) as inconsistências encontradas correspondam a percentuais ínfimos do total de recursos recebidos e das despesas realizadas e (b) não sejam graves a ponto de comprometer a confiabilidade das contas e impedir seu efetivo controle pela Justiça Eleitoral. Em casos tais, suficiente a determinação de anotação de ressalvas e, conforme a hipótese, o recolhimento de valores ao Tesouro Nacional.

- CONTAS APROVADAS COM RESSALVAS.

ACÓRDÃO N. 33586**PRESTAÇÃO DE CONTAS (11531) N. 0601663-30.2018.6.24.0000 - FLORIANÓPOLIS**

Relator: Juiz Celso Kipper

Requerente: Eleição 2018 - Silvio Dreveck - Deputado Estadual

- ELEIÇÕES 2018 - PRESTAÇÃO DE CONTAS - CANDIDATO A DEPUTADO ESTADUAL.

- OMISSÃO DE DESPESAS ENCONTRADAS NA BASE DE DADOS DA JUSTIÇA ELEITORAL - A) NOTAS FISCAIS SUPOSTAMENTE EMITIDAS EM DUPLICIDADE - COMPROVAÇÃO DE QUE APENAS UMA DELAS FOI CANCELADA - OMISSÃO NÃO AFASTADA QUANTO ÀS DEMAIS - IRREGULARIDADE DE VALOR ÍNFIIMO, QUE CORRESPONDE A 0,05% DO TOTAL DE DESPESAS FINANCEIRAS - ANOTAÇÃO DE RESSALVA - B) IMPULSIONAMENTO DE CONTEÚDOS CONTRATADOS COM O FACEBOOK - DESPESAS LANÇADAS NA PRESTAÇÃO DE CONTAS COM O REGISTRO DE VALORES E DOCUMENTOS DIVERSOS - INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO - NOTAS FISCAIS EMITIDAS PELO FACEBOOK, RESPALDANDO A QUASE TOTALIDADE DAS DESPESAS - PEQUENA PARTE DOS DISPÊNDIOS DECLARADOS NÃO AMPARADA EM DOCUMENTOS FISCAIS - IRREGULARIDADE DE PEQUENA MONTA, QUE REPRESENTA MENOS DE 0,01% DO TOTAL DE DESPESAS FINANCEIRAS DE CAMPANHA - ANOTAÇÃO DE RESSALVA - DEVOLUÇÃO DO VALOR NÃO COMPROVADO MEDIANTE DOCUMENTO FISCAL AO TESOUREIRO NACIONAL - VALOR IRRISÓRIO - DESNECESSIDADE - C) DOCUMENTO FISCAL EMITIDO POR POSTO DE COMBUSTÍVEL CONTRATADO PARA A CAMPANHA - ALEGAÇÃO DE DESCONHECIMENTO DA DESPESA E DE QUE A NOTA FISCAL NÃO TERIA SIDO APRESENTADA PELO FORNECEDOR ATÉ A ENTREGA DA PRESTAÇÃO DE CONTAS - RESPONSABILIDADE PELOS GASTOS DE CAMPANHA ATRI-

BUÍDAS PELA LEGISLAÇÃO AO CANDIDATO - OMISÃO NÃO AFASTADA - GASTO QUE REPRESENTA 0,12% DAS DESPESAS FINANCEIRAS DE CAMPANHA - APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE - ANOTAÇÃO DE RESSALVAS.

- PAGAMENTO, COM RECURSOS DO FUNDO PARTIDÁRIO, DE DESPESA QUE NÃO SE ENQUADRA NAS HIPÓTESES DE GASTOS COM VERBA DESSA NATUREZA - DECORAÇÃO COM BALÕES - GASTO COM EVENTO DESTINADO À PROMOÇÃO DE CANDIDATURA - POSSIBILIDADE PREVISTA NO ART. 37, IX, DA RESOLUÇÃO TSE N. 23.553/2017 - REGULARIDADE DO DISPÊNDIO RECONHECIDA PELO ÓRGÃO TÉCNICO - IRREGULARIDADE AFASTADA.

- INCONSISTÊNCIAS NAS DESPESAS PAGAS COM RECURSOS DO FUNDO ESPECIAL DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHA (FEFC) - A) DESPESA DESCRITA COMO “PALESTRA GERENCIAL SOBRE MOBILIZAÇÃO E USO DE REDES SOCIAIS EM CAMPANHAS” - INEXISTÊNCIA, NA LEGISLAÇÃO, DE PREVISÃO DE DESPESAS QUE PODEM OU NÃO SER REALIZADAS COM RECURSOS DO FEFC OU COM RECURSOS PÚBLICOS, SALVO RARAS EXCEÇÕES REFERENTES ÀS VERBAS DO FUNDO PARTIDÁRIO, QUE NÃO GUARDAM RELAÇÃO COM O GASTO QUESTIONADO - APLICAÇÃO DAS NORMAS QUE ELENCAM OS GASTOS QUE SE CARACTERIZAM COMO ELEITORAIS - CASO CONCRETO - CONTRATAÇÃO DE PALESTRA COM TEMA PERTINENTE À PROPAGANDA ELEITORAL MEDIANTE IMPULSIONAMENTO DE CONTEÚDOS NAS REDES SOCIAIS - FORMA DE PROPAGANDA DECORRENTE DE INOVAÇÃO LEGISLATIVA - VEDAÇÃO À CONTRATAÇÃO DE INTERMEDIÁRIO PARA A REALIZAÇÃO DO IMPULSIONAMENTO - ART. 26, XV, DA LEI N. 9.504/1997 E ART. 37, XII, DA RESOLUÇÃO TSE N. 23.553/2017 - POSSIBILIDADE DE REMUNERAÇÃO OU GRATIFICAÇÃO DE QUALQUER

ESPÉCIE A PESSOAL QUE PRESTE SERVIÇOS A CANDIDATOS E A PARTIDOS POLÍTICOS - ART. 26, VII, DA LEI N. 9.504/1997 E ART. 37, VII, DA RESOLUÇÃO TSE N. 23.553/2017 - DESPESA ELEITORAL CARACTERIZADA - POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO COM RECURSOS DO FUNDO ESPECIAL DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHA - IRREGULARIDADE AFASTADA - B) NÃO APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO FISCAL PARA COMPROVAR A REALIZAÇÃO DE DESPESA COM IMPULSIONAMENTO DE CONTEÚDOS - APRESENTAÇÃO DAS NOTAS FISCAIS CORRESPONDENTES AOS GASTOS INICIALMENTE CONTABILIZADOS COM REFERÊNCIA A BOLETOS BANCÁRIOS - IRREGULARIDADE SANADA.

- CONTAS APROVADAS COM RESSALVAS.

.....

ACÓRDÃO N. 33766

RECURSO CRIMINAL (1343) N. 0602111-03.2018.6.24.0000 – GUARACIABA

Relator: Juiz Jaime Pedro Bunn

Recorrentes: Irineu Antonio Arndt, Ivanir Stoll

Recorrido: Ministério Público Eleitoral

RECURSO CRIMINAL – DENÚNCIA – CRIME ELEITORAL – CORRUPÇÃO (CÓDIGO ELEITORAL, ART. 299) – CANDIDATO A VEREADOR – CABO ELEITORAL – COMUNIDADE CARENTE – OFERTA DE VALES-COMBUSTÍVEL A ELEITORES EM CONTRAPRESTAÇÃO DO VOTO – OBTIVA JUDICIAL DE ELEITORES CODENUNCIADOS À CONDIÇÃO DE INFORMANTES – IMPROPRIEDADE JURÍDICA – ELEMENTOS DE EVIDÊNCIA CONGREGADOS E COESOS A DESVELAREM A AMPLITUDE DA PRÁTICA ANTIJURÍDICA E SUA RESPONSABILIDADE. DESPROVIMENTO.

EFEITO SECUNDÁRIO DA CONDENAÇÃO – PERDA DO MANDATO ELETIVO (CP, ART. 92, I, “A”) – COMINAÇÃO RESTRITA A CRIMES PRATICADOS COM VILIMENTO DE FUNÇÃO PÚBLICA – HIPÓTESE NÃO CARACTERIZADA – AFASTAMENTO DE OFÍCIO. OBRIGAÇÃO AO PAGAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS – INEXIGIBILIDADE NAS CAUSAS QUE TRAMITAM PERANTE A JUSTIÇA ELEITORAL – EXCLUSÃO DE OFÍCIO – PRECEDENTE.



EJESC

Escola Judiciária Eleitoral
de Santa Catarina

ISSN 0104-6152