ISSN 0104-6152

RESENHA ELEITORAL

EJESC UNIVALI ACALEJ

TRE-SC Resenha Eleitoral Florianópolis vol. 21, n. 1 novembro 2017

Resenha Eleitoral: Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina
Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. v. 21, n. 1 (2017) -.
Florianópolis: TRE, 2017.

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)

Ficha catalográfica: Jociane Gonçalves (CRB 14-827)

ISSN 0104-6152

RESENHA ELEITORAL

Resenha Eleitoral Florianópolis vol. 21, n. 1 p. 1-180 nov. 2017

RESENHA ELEITORAL
ISSN 0104-6152

Missão: Democratizar a divulgação do conhecimento científico na área eleitoral, por meio da 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) - CEP 88015-130
Fone: (48) 3251-3892
Contato: resenha@tre-sc.jus.br

Presidente
Desembargador Antonio do Rêgo Monteiro Rocha

Vice-Presidente e Corregedor Regional Eleitoral
Desembargador Cesar Augusto Mimoso Ruiz Abreu

Diretor da Escola Judiciária Eleitoral (EJESC)
Desembargador Jaime Ramos

Vice-Diretora da Escola Judiciária Eleitoral (EJESC)
Renata Beatriz de Fávere

Diretor-Geral da Secretaria do TRESC
Sérgio Manoel Martins

Secretaria Executiva da EJESC
Sylvia Leandro Marinho

Titular da Divisão de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da EJESC
Juiz de Direito Helio David Vieira Figueira dos Santos

Titular da Divisão de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores da EJESC
Vera Lúcia Dias Lopes

Editor da revista
Isabella Bertoncini

Editores executivos
Renata Beatriz de Fávere
Daniel Schaeffer Sell
Edmar Sá
Ayrton Belarmino de Mendonça Moraes Teixeira
Monique Pitsica

Identidade visual e comunicação
Ana Patrícia Tancredo Gonçalves Petrelli
Jairo Ângelo Grisa
Anderson Cardoso Rubin
Luiza Cunha Marques Vieira

Revisão
Clarissa Mont'Alvão Fialho

Projeto gráfico e diagramação
Rodrigo Camargo Piva
Silvana Helena Vasconcellos Garcia Deitos

Apoio
Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI)
Academia Catarinense de Letras Jurídicas (ACALEJ)

Conselho Editorial
Alexandre Morais da Rosa (UFSC/UNIVALI)
Ana Claudia Santano (UNIBRASIL)
Ángel Ricardo Oquendo (University of Connecticut/EUA)
Cesar Luiz Pasold (UNIVALI)
Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva (ESMESC)
Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis (USP/IDP)
Eduardo de Avelar Lamy (UFSC)
Elaine Hazrheim Macedo (PUC-RS)
Elizete Alves Lanzoni (AJ e ENA/Brasil)
Eneida Desiree Salgado (UFPR)
Flávio Cheim Jorge (UFES)
Flávio Pansieri (PUC-PR)
Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto (UFSC/UNIVALI)
João Batista Lazzari (ESMAFE-PR/ESMAFE-RS)
José Isaac Pilati (UFSC)
Juliana Rodrigues Freitas (UFPA)
Lédio Rosa de Andrade (UFSC)
Luiz Fernando Casagrande Pereira (UNICURITIBA)
Luiz Guilherme Arcaro Conci (PUC-SP)
Luiz Magno Pinto Bastos Junior (UNIVALI)
Marilda de Paula Silveira (IDP)
Orlando Luiz Zanon Junior (UNIVALI)
Paulo Márcio da Cruz (UNIVALI)
Paulo de Tarso Brandão (UNIVALI)
Pedro Manoel Abreu (UNIVALI)
Pedro Miranda de Oliveira (UFSC)
Rodolfo Viana Pereira (UFMG)
Sérgio Roberto Baasch Luz (UNIVALI)
Tarcísio Vieira de Carvalho Neto (UnB)
Vania Aieta (PUC-Rio e UFRJ)
Walber Moura Agra (UFPE)

Sumário

ARTIGOS

9 **A Montanha-Russa do Financiamento de Campanhas Eleitorais no Brasil: algumas considerações sobre o Relatório Parcial nº 3 da Comissão Especial para Análise, Estudo e Formulação de Proposições Relacionadas à Reforma Política (CEPOLITI)**
Ana Claudia Santano

29 **Conduta Vedada e Abuso de Poder: como lidar com o nexo de causalidade em ato praticado por terceiro**
Marilda de Paula Silveira

43 **A Máquina Propagandística Oficial: a gravidade *a priori* da conduta vedada (art. 73, VII, da Lei nº 9.504/97) atinente aos gastos elevados com publicidade institucional no ano eleitoral**
Rodrigo Cyrineu

69 **Mutações Legais no Direito Eleitoral: repercussões no sistema das invalidades eleitorais e na renovação das eleições**
João Andrade Neto

95 **O STF e a Cláusula de Barreira: entre as experiências e suas projeções**
Diogo Rais e Pedro Henrique Espagnol de Farias

119 **Notas Críticas do Direito Processual ao Artigo 23 da Lei Complementar nº 64, de 1990**
Rodolfo Viana Pereira e Lucas Tavares Mourão

143 **Notas sobre Sistemas Electorales Comparados, con Especial Referencia a la Elección de Senadores Nacionales en Argentina**
Nicolás Egües

159 **O Direito à Participação Política das Pessoas com Deficiência**
Joelson Dias e Ana Luísa Cellular Junqueira

Apresentação

Apresentamos o número 1 da edição 21 da revista *Resenha Eleitoral – Direito do Estado e Representação Política*, composta por artigos científicos, todos sobre Direito Eleitoral.

A Montanha-Russa do Financiamento de Campanhas Eleitorais no Brasil: algumas considerações sobre o Relatório Parcial nº 3 da Comissão Especial para Análise, Estudo e Formulação de Proposições Relacionadas à Reforma Política (CEPOLITI) discorre sobre a alteração do sistema eleitoral, a partir da adoção do sistema eleitoral distrital misto, e sobre a possibilidade de tornar o sistema de financiamento de campanhas inteiramente público, por meio da criação de um Fundo Especial para o Financiamento da Democracia (FFD).

Conduta Vedada e Abuso de Poder: como lidar com o nexo de causalidade em ato praticado por terceiro discute se o Tribunal Superior Eleitoral poderia dispensar o nexo de causalidade, ao considerar desnecessária qualquer participação ou ciência do beneficiário para cassação de seu mandato, em casos de abuso e condutas vedadas graves. Também avalia a adoção, pela Justiça Eleitoral brasileira, das teorias do risco para cassar os mandatos dos beneficiários.

A Máquina Propagandística Oficial: a gravidade a priori da conduta vedada (art. 73, VII, Lei 9.504/97) atinente aos gastos elevados com publicidade institucional no ano eleitoral realiza uma incursão sobre doutrina e jurisprudência atinentes à aplicação do art. 73 da Lei nº 9.504/1997, que versa sobre as condutas vedadas dos agentes públicos, que afetam a igualdade de oportunidades entre os candidatos nos pleitos eleitorais, em especial no que concerne às despesas com publicidade dos órgãos públicos.

Mutações Legais no Direito Eleitoral: repercussões no sistema das invalidades eleitorais e na renovação das eleições trata do sistema de invalidades e de defesa da autenticidade das eleições, a partir do estudo de dois casos de mutação legal relativos à interpretação e aplicação do art. 224 do Código Eleitoral, quanto à invalidação da votação e a convocação de novas eleições pela Justiça Eleitoral.

O STF e a Cláusula de Barreira: entre as experiências e suas projeções descreve os debates sobre cláusulas de barreira e de desempenho partidário sob a ótica do que vem sendo discutido tanto no Congresso Nacional quanto no Supremo Tribunal Federal.

Notas Críticas do Direito Processual ao Artigo 23 da Lei Complementar nº 64, de 1990, realiza um levantamento de como o Novo Código de Processo Civil disciplina a garantia do contraditório substancial na instrução pro-

cessual, bem como o papel do juiz na condução dos trabalhos, primando pela isonomia das partes e contrapondo-se à interpretação que é conferida ao art. 23 da Lei das Inelegibilidades, a qual permite que sejam proferidas decisões a partir da livre apreciação de fatos notórios, indícios e presunções trazidos de ofício pelo magistrado, sem que possibilite a manifestação das partes sobre eles.

Notas sobre Sistemas Electorales Comparados, con Especial Referencia a la Elección de Senadores Nacionales en Argentina, contribuição de aporte internacional, é de Nicolás Egües – da Universidad Nacional de Cuyo, que aborda a importância da composição do Senado, dando destaque ao caso da Argentina.

O Direito à Participação Política das Pessoas com Deficiência discorre sobre a possibilidade de inclusão dos grupos mais vulneráveis à participação política.

Expressamos especial gratidão aos colaboradores desta edição, pesquisadores do Direito Eleitoral, por suas importantes contribuições e, mais uma vez, aos nossos parceiros, Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) e Academia Catarinense de Letras Jurídicas (ACALEJ), pelo apoio acadêmico oferecido para a concretização desta edição. Também agradecemos ao Presidente da Comissão Editorial deste periódico, o Professor Doutor Luiz Magno Pinto Bastos Junior, pelos ensinamentos transmitidos aos servidores deste Tribunal, decorrente de sua expertise em periódicos científicos, em especial pelo valioso auxílio na captação de artigos científicos da área do Direito Eleitoral, bem como na cooperação em compor o cadastro de pareceristas, especializados na linha editorial da *Resenha Eleitoral*.

Esperamos que os artigos científicos trazidos nesta edição fomentem o debate jurídico e enriqueçam a pesquisa científica do Direito Eleitoral, estimulando cada vez mais a produção de estudos neste ramo do direito.

Boa leitura!

Desembargador Jaime Ramos
Diretor da EJESC

A Montanha-Russa do Financiamento de Campanhas Eleitorais no Brasil: algumas considerações sobre o Relatório Parcial nº 3 da Comissão Especial para Análise, Estudo e Formulação de Proposições Relacionadas à Reforma Política (CEPOLITI)

The Roller Coaster of Financing of Electoral Campaigns in Brazil: some considerations about the 3º rd progress report of the special Commission for Analysis, Studies and Formulation of Propositions Related to Political Reform (CEPOLITI)

Ana Claudia Santano

Resumo: A Comissão Especial para Análise, Estudo e Formulação de Proposições Relacionadas à Reforma Política já vem atuando a alguns meses, elaborando uma proposta de modificação da legislação eleitoral que, caso aprovada, irá alterar em profundidade todo o sistema vigente. É partindo destas sugestões que o trabalho aborda a questão do financiamento de campanhas eleitorais, considerando o modelo que está sendo aplicado e comparando-o com as mudanças sugeridas pela Comissão. Expõem-se as linhas gerais de cada uma das medidas trazidas no relatório parcial nº 3, trazendo também algumas consequências que podem vir com esse forte giro para o modelo público de financiamento. Ao final, são citadas algumas conclusões desta análise.

Palavras-chave: Financiamento; Campanhas Eleitorais; Partidos Políticos; Reforma Política; Democracia.

Abstract: The Special Commission for analysis, studies and formulation of propositions related to political reform is working for some months, elaborating one huge modification in the electoral legislation currently in force. In case of approval of these proposals, it will change deeply the current system applied. Going from this point, this paper aims to expose what are these new proposals, comparing them to the measures now applied. It is exposed also the general view of the 3rd progress report suggested by the Commission, bringing some lights on what the consequences of these project, after its approval. In the end, are being underlined some conclusions of this analysis.

Keywords: Financing; Electoral Campaigns; Political Parties; Political Reform; Democracy.

Artigo recebido em 23 jun. 2017 e aprovado em 27 set. 2017.

1 Reforma Política… de novo?

Contra fatos, não há argumentos. O Brasil possui, como se uma tradição fosse, uma reforma política intermitente, com efeitos temporários e eventualmente dispositivos com perfil transitório. Há pelo menos duas décadas foi aprovada uma lei alterando a legislação eleitoral em ano ímpar, [1] fato esse que é possível constatar ao observar a movimentação do Congresso Nacional sempre passado o período eleitoral propriamente dito, realizados em ano par.

Isso se repete em 2017. Nem bem a Lei nº 13.165/2015, responsável pela última reforma em profundidade, foi aplicada às eleições municipais de 2016, já se desenha uma mudança ainda maior de todo o arcabouço jurídico eleitoral, alcançando as Leis nº 9.096/95, nº 9.504/97, nº 4.767/65 (Código Eleitoral), bem como a nº 13.165/15. Para essa tarefa, foi instituída a Comissão Especial para Análise, Estudo e Formulação de Proposições Relacionadas à Reforma Política (CEPOLITI), composta por 34 Deputados Federais.

O objetivo deste trabalho é analisar as propostas sobre financiamento de campanhas eleitorais constantes no Relatório Parcial nº 3, da CEPOLITI, documento esse oriundo de processo de debate das sugestões trazidas, e produzido em meio a uma grave crise política que assola tanto a Presidência da República como uma parte expressiva de Deputados e Senadores [2]. Ou seja, o contexto de abalo dos Poderes Legislativo e Executivo, devido aos frequentes e muito preocupantes casos de corrupção, é um fator a se considerar nessa reforma que, ao contrário das anteriores, visa, ainda que indiretamente, a sobrevivência das forças políticas em um momento de notório descrédito na política pela população brasileira [3].

[1] Isso já ocorreu em ano par. No entanto, isso vem de encontro com o disposto no art. 16, da Constituição Federal, que estabelece o princípio da anualidade, podendo afetar as disposições aprovadas, como ocorreu com a Lei nº 11.300/2006, chamada, como tantas outras, de "minirreforma" eleitoral. Eis o teor do art. 16 da Constituição: "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."

[2] Refere-se aqui às investigações conhecidas como "Lava jato", que revelam, durante a sua atuação, um esquema de corrupção que alcança muitos Deputados Federais e Senadores, havendo suspeitas também sobre o Presidente da República e seus antecessores.

[3] Muitas reformas no mundo todo são fruto de momentos de pouca reflexão, sendo, muitas vezes, somente uma reação para a revelação de escândalos de corrupção, sem a devida análise sobre possíveis consequências. Isso possibilita a criação de outros problemas além dos

Os eixos principais das propostas unem dois objetivos da CEPOLITI. Um deles, o de alterar o sistema eleitoral a partir da adoção do sistema eleitoral distrital misto, tendo como sistema sugerido de modo transitório o de listas preordenadas, a ser aplicado, caso aprovado, tão somente às eleições de 2018 e 2020. O outro objetivo é tornar o sistema de financiamento de campanhas inteiramente público, através da criação de um Fundo Especial para o Financiamento da Democracia (FFD), o que torna ambas as medidas uma o encaixe da outra. É essa a razão principal delas virem juntas nessa reforma que se pretende, dando azo a uma profunda modificação no modelo aplicado até hoje [4].

Vale ressaltar que o surgimento da pressão pela presença marcante do financiamento público para as campanhas eleitorais vem na esteira da escassez de recursos já verificada nas eleições de 2016, primeira realizada sob a proibição de doações de pessoas jurídicas para esse fim [5], além do baixo nível de participação por meio de aportes de pessoas físicas [6].

já existentes antes das reformas. Sobre o tema, MILYO (1999), PINTO-DUSCHINSKY (2002) e SANTANO (2016).

[4] Há muitas outras sugestões de alteração de regras, como no que se refere a registro de candidatos; federação de partidos; proibição de coligações para eleições proporcionais; estabelecimento da competência da Justiça Eleitoral para julgar disputas intrapartidárias; etc. No entanto, é clara a concentração dos esforços em torno ao financiamento de campanhas e ao sistema eleitoral.

[5] Vide ADI 4.650, STF. Rel. Min. Luiz Fux. Isso se extrai, inclusive, da justificativa dada pelo relator da CEPOLITI, Dep. Fed. Vicente Cândido (PT/SP), ao rejeitar a sugestão nº 12 ao PL do Relatório, dos Deputados Chico Alencar e Luiza Erundina (PSOL), que propunha a supressão do art. 17-B, da Lei nº 9.504/97, o qual institui o FFD: "Com a proibição do financiamento empresarial de campanhas eleitorais, o financiamento público se apresenta como a alternativa mais viável e consentânea com o interesse público e a criação de um Fundo Público com regras específicas que garantam uma distribuição equilibrada dos recursos públicos entre os partidos e as diversas campanhas eleitorais legislativas e executivas, majoritárias e proporcionais, mostra-se, ao nosso ver, como a solução mais adequada para o atual momento da política nacional." (Vide relatório parcial n. 3/17 da CEPOLITI, disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/reforma-politica/proposicao/pareceres-e-relatorios>. Acesso em: 23 jun. 2017.

[6] Essa pressão, de fato, surgiu já na apresentação do Projeto de Lei nº 6368/2016, Câmara dos Deputados, de autoria do Dep. Marcus Pestana (PSDB-MG). Esse PL visa a adoção de um sistema exclusivamente público de financiamento de campanhas eleitorais e de partidos políticos, a partir da criação de um Fundo Especial para o Financiamento da Democracia (daqui a ideia de criação desse fundo), composto por recursos oriundos da arrecadação do imposto de renda de pessoa física, com critérios de acesso a partir da representação

Assim, expor-se-ão as sugestões segundo o diploma legal alterado, na ordem constante no relatório, a fim de sistematizar bem as informações sobre o objeto em questão.

2 Modificações na Lei nº 9.096/95

No que se refere à Lei de Partidos, não há muitas alterações, embora as existentes já possam causar, caso sejam aprovadas, impacto sobre a legislação vigente. As sugestões alcançam o rol de fontes vedadas e a destinação de recursos do Fundo Partidário.

No que se refere à lista de impedidos de realizar doações, foram incluídas no art. 31 as pessoas jurídicas, harmonizando o texto legal com a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, acrescentando, ainda, os entes públicos de qualquer natureza, bem como pessoas físicas que exerçam função ou cargo público de livre nomeação e exoneração, cargo ou emprego público temporário, ressalvados os filiados a partidos políticos, estando estes autorizados a realizar aportes de até 10% (dez por cento) dos rendimentos brutos relacionados com o exercício de suas atividades públicas auferidos no ano anterior ao da doação.

Por outro lado, no que tange à destinação dos recursos do Fundo Partidário, há a inserção do inciso V-A, que direciona o mínimo de 2% (dois por cento) do total endereçado às fundações e institutos partidários para a criação e a manutenção de programas de fomento à participação de jovens na atividade política. Caberá à direção do Órgão Nacional determinar o montante a ser utilizado para esse fim. Caso se descumpra essa regra, o partido deverá, no exercício seguinte, aplicar 2,5 vezes o percentual anteriormente devido, segundo o novo §5º-A. Por outro lado, caso o instituto ou a fundação não despenda todos os valores, poderá reverter o saldo para outras atividades do partido, conforme o texto do §6º.

Há também alterações no §5º, o qual antes previa o acréscimo de 12,5% (doze e meio por cento) do valor destinado à promoção da participação política das mulheres, sendo agora esse percentual calculado sobre o total do montante do Fundo Partidário recebido pelo partido. Há, nesse

partidária no Congresso Nacional, e de distribuição dos recursos que se assemelham aos utilizados para o vigente Fundo Partidário. Para um estudo completo sobre este PL, vide SANTANO (2017).

sentido, uma reafirmação das ações que fomentam a participação das mulheres na política dentro do sistema do Fundo Partidário, que se destina ao financiamento ordinário dos partidos. Vale destacar aqui que há diversas medidas que visam esse fim, o que se celebra, considerando o desempenho muito criticável das cotas de gênero na apresentação de candidaturas [7].

3 Modificações na Lei nº 9.504/97

Indubitavelmente, as principais alterações trazidas pelo Relatório incidem sobre a Lei das Eleições, estando por todo o texto da norma em vigor. A fim de sistematizar melhor o volume das sugestões, separar-se-á por temas relacionados com o financiamento de campanhas, ressaltando que há muitas outras modificações que aqui não serão abordadas.

3.1 A Instituição das Primárias Partidárias

Uma das novidades que o Relatório traz é a adoção do sistema de primárias para a seleção de candidatos, uma vez que o mesmo documento aporta o modelo de votação em listas preordenadas para se seguir ao distrital misto após duas eleições (2018 e 2020).

Assim, foram acrescentados os arts. 8-A, B e C, com parágrafos e incisos, estabelecendo um teto para os gastos do partido na realização de primárias no valor de R$ 18.000.000,00 (dezoito milhões de reais), para o custeio da propaganda intrapartidária e da organização das votações, bem como a possibilidade de se realizar doações como pessoa física, limitadas até dois salários mínimos, tendo como destinatário final um pré-candidato indicado pelo doador. Estes aportes serão feitos para a conta de recursos próprios do partido e, logo, encaminhados ao pré-candidato previamente nomeado. Junto a isso, resta vedado o autofinanciamento de pré-candidatos.

Ainda que se possa olhar com bons olhos a adoção de primárias, as regras referentes ao financiamento desse processo são lacunosas em aspectos importantes. Não há disposições sobre a prestação de contas desses valores, sobre eventual controle de gastos pelos pré-candidatos, bem como outros detalhes que se fazem, aqui, muito relevantes. Pode-se supor que tudo será feito na ocasião da prestação de contas dos partidos, já que a conta utilizada será a de "recursos próprios", mas essa condição deveria estar clara, não ser fruto de suposição.

[7] Sobre o tema, FREITAS apud PEREIRA, 2016, p. 119-138.

Do mesmo modo, não constam disposições sobre a efetiva entrega dos recursos doados ao pré-candidato determinado pelo doador, nem em medidas a se recorrer, caso isso não seja providenciado pela agremiação. As disputas intrapartidárias podem ser acirradas, o que faz com que essa lacuna possibilite a violação de direitos dos pré-candidatos não alinhados com a elite partidária. Vale lembrar que não há nenhuma remissão ao tema das primárias e seu financiamento na Lei nº 9.096/95, gerando ainda mais insegurança no momento de aplicação das regras.

3.2 O Financiamento Público de Campanhas – o fundo especial de financiamento da democracia

Um ponto central da proposta da CEPOLITI se traduz em uma mudança muito expressiva das medidas vigentes de financiamento público de campanhas, estabelecendo o sistema público exclusivo para eleições proporcionais (art. 17, parágrafo único), e um misto – muito tendente ao público -, para os pleitos majoritários (art. 20).

Os recursos públicos serão destinados às campanhas por meio da criação do Fundo Especial de Financiamento da Democracia (FFD – art. 17-B), com a finalidade de prover recursos financeiros para o custeio das atividades eleitorais e da realização dos plebiscitos e referendos, aquele constituído por recursos do orçamento da União. As dotações do Fundo, identificada a correspondente fonte de custeio, serão incluídas na lei orçamentária correspondente ao ano eleitoral ou, quando houver plebiscito ou referendo, em rubricas próprias e alocadas em unidade orçamentária no âmbito do Poder Executivo. Logo, caberá ao Tribunal Superior Eleitoral a fiscalização da distribuição e da utilização dos valores destinados a cada partido ou frente suprapartidária.

Esse Fundo Especial de Financiamento da Democracia já constava no PL nº 6368/2016, já citado neste trabalho. A diferença de ambos os modelos é a sua configuração, que naquele PL já se julgava inadequada. Nesse sentido, o FFD trazido pelo Projeto de Lei nº 6388/2016 tinha os seguintes percentuais para a sua aplicação:

- 7% para Presidente da República;
- 3% para Senador da República;
- 10% para Deputado Federal;
- 10% para Deputado Estadual;

- 15% para Governador;
- 25% para Prefeito;
- 15% para Vereador;
- 15% dos recursos para custeio das atividades partidárias e seu funcionamento regular (aqui, o Fundo substituía o Fundo Partidário por completo).

Já os critérios daquele modelo eram semelhantes para o acesso e o reparto dos recursos públicos já existentes para o Fundo Partidário:

- 5% (cinco por cento) a todos os partidos, em partes iguais, com representação no Congresso Nacional;
- 95% (noventa e cinco por cento) serão distribuídos aos partidos na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.

No PL proposto pelo Relatório ora analisado, o FFD é muito mais detalhado e mais restrito em seu acesso e distribuição. Pior: as disposições que tratam sobre a composição do FFD e suas vicissitudes foram elaboradas exclusivamente para as eleições gerais de 2018, o que deixa evidenciado o seu caráter transitório (já exigindo eventual modificação em um curto prazo de tempo).

Ainda, essas medidas não serão inseridas nas normas eleitorais já existentes, em caso de aprovação do PL constante no Relatório Parcial, nem mesmo na Lei nº 9.504/97, fazendo com que a norma que se aprove seja mais uma a formar o arcabouço legislativo eleitoral do Brasil, colaborando ainda mais com a fragmentação legislativa sobre a matéria.

Para a aplicação dos recursos do FFD – que se faz sem extinguir o Fundo Partidário –, é destinado o valor total de R$ 1.900.000.000,00 (um bilhão e novecentos milhões de reais) para as campanhas das eleições de 2018 para Senador da República, listas preordenadas para Deputado Federal, Estadual e Distrital, bem como para o 1º turno para o Governo dos Estados e a Presidência da República.

Ainda há R$ 285.000.000,00 (duzentos e oitenta e cinco milhões de reais) destinados para o 2º turno para o Governo dos Estados e a Presidência da República (art. 7º, do PL proposto pelo Relatório) [8].

[8] O responsável pelo cálculo correspondente a cada partido que tenha direito a esses recursos será o Tribunal Superior Eleitoral.

A distribuição desses valores (art. 8º) será feita em duas etapas: (i) definição do valor global correspondente a todas as campanhas; (ii) definição de valores para cada partido. Considerando o valor total para todas as campanhas, haverá a divisão de 70% (setenta por cento) para cargos no Poder Executivo, sendo 40% (quarenta por cento) para o cargo de presidente e 60% (sessenta por cento) para governador; e os restantes 30% (trinta por cento) para cargos no Poder Legislativo, ou seja, as listas preordenadas.

No que tange à distribuição dos recursos entre os partidos, serão: (i) 2% (dois por cento) em partes iguais entre todos os partidos com estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral; (ii) 98% (noventa e oito por cento), divididos entre os partidos, na proporção do percentual de votos obtido na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.

Nesse ponto, o problema não está na divisão de recursos entre as campanhas, mas na desigual proporção adotada nos critérios de acesso e reparto dos montantes entre as forças políticas. Destinar somente 2% a todos os partidos registrados no TSE é restringir em demasia o acesso a esses recursos, sem fundamento constitucional para isso. Há uma inegável desproporção entre os 2% e os 98%, o que provoca ainda mais desigualdade entre as oportunidades das organizações partidárias, premiando também de forma desproporcional os partidos majoritários.

Com isso, organizações partidárias majoritárias sempre serão beneficiárias de recursos públicos, petrificando o *status quo*. Os partidos majoritários já contam com a visibilidade de sua presença no Estado e já possuem uma forte estrutura partidária. Colocá-los em uma posição hegemônica não parece uma alternativa adequada diante do princípio da igualdade e do princípio democrático, muito menos se isso for uma resposta à grave crise política que se presencia, como aparenta ser [9].

Cabe acrescentar que o requisito dos "votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados" produz dois efeitos que se julgam negativos: exclui as novas agremiações (que não participaram ainda de nenhuma eleição geral), e favorece injustificadamente os candidatos eleitos na Câmara, em detrimento dos votos dos eleitos no Senado, sendo que eleger um senador é muito mais difícil do que um deputado federal [10].

[9] A mesma crítica foi feita ao PL nº 6368/2016. No entanto, no Relatório da CEPOLITI nota-se o agravamento da desproporcionalidade já indicada.

[10] A mesma crítica foi feita ao PL nº 6368/2016.

3.3 Do Plano de Aplicação de Recursos (PAR)

Para que tais recursos sejam recebidos pelos partidos, é necessário que a agremiação previamente aprove o Plano de Aplicação de Recursos (PAR), pela maioria absoluta de seus membros (parágrafo único do art. 7º do PL proposto pelo Relatório). Essa medida já constava no PL nº 6368/2016, da mesma forma lacunosa. Naquele projeto de lei, fazia-se uma mera menção ao PAR no art. 43, §3º, a ser inserido na Lei nº 9.096/95, exigindo também a sua aprovação pela maioria absoluta dos membros da agremiação, sem outros detalhes importantes, como a eventual não aprovação do PAR.

Permanece aqui a dúvida sobre o que ocorre com os recursos públicos na ausência do PAR, bem como se é possível que esse quórum qualificado possa ser estabelecido por lei externa e não pelo estatuto dos partidos.

Além disso, da mesma maneira que o projeto de lei anterior, esse silencia sobre o conteúdo do PAR, sendo ainda mais vago do que o PL nº 6368/2016, já que este ao menos fixava, em seu art. 2º, parágrafo único, que os partidos deverão considerar, ao realizarem a aplicação dos recursos, os ideais, princípios e valores partidários, o peso populacional das unidades da federação, políticas de redução de desigualdade, bem como a democratização de oportunidades.

A única menção ao PAR no PL constante no Relatório da CEPOLITI é que ele deve ser aprovado pela maioria absoluta dos membros do partido, sob pena do não recebimento dos recursos públicos para o financiamento das campanhas.

3.4 Da Distribuição dos Recursos do FFD aos Partidos a partir dos Cargos Disputados

Como os valores a serem destinados às organizações partidárias serão globais, o PL apresentado pelo Relatório traz a forma de divisão desse montante entre as diversas campanhas a se realizar. Aqui se verifica a necessidade de aperfeiçoamento da redação dos dispositivos para uma melhor técnica legislativa.

Para o cargo de Presidente da República, a divisão será:

- o partido que solicitar o registro da candidatura receberá a integralidade de sua cota;
- o partido integrante de uma coligação, sem que os candidatos ao cargo de titular ou de vice sejam a ele filiados, receberá a integralidade de sua cota, devendo destinar pelo menos 60% (sessenta por cento) para o candidato da coligação, podendo redistribuir até 40% (quarenta por cento) dos recursos recebidos, entre suas candidaturas próprias a governador;
- o partido que não solicitar registro de candidato e não fizer parte de coligação receberá 60% (sessenta por cento) de sua cota para redistribuição entre suas candidaturas a governador, e os demais 40% (quarenta por cento) retornarão ao Tesouro Nacional.

Já para o cargo de Governador de Estado, a divisão atenderá à seguinte fórmula:

- o partido que solicitar registro de candidato receberá a integralidade de sua cota;
- o partido que fizer parte de pelo menos uma coligação, sem ter nenhum candidato próprio, receberá 60% (sessenta por cento) de sua cota para destinar aos candidatos da coligação e os demais 40% (quarenta por cento) retornarão ao Tesouro Nacional;
- o partido que não solicitar registro de candidato e não fizer parte de coligação não receberá sua cota.

Por último, para as campanhas de segundo turno, a divisão dos recursos públicos será:

- para campanha de Presidente 35% (trinta e cinco por cento) do total;
- para campanha de Governadores 65% (sessenta e cinco por cento) do total, distribuídos entre as circunscrições nas quais houver segundo turno, na proporção dos limites de gastos para o primeiro turno (art. 15, § 1º, a seguir abordado).

Nenhuma campanha de Presidente ou de Governador poderá receber mais de 70% (setenta por cento) do limite estabelecido para gastos com segundo turno na respectiva circunscrição.

Ainda, os recursos destinados às campanhas eleitorais no segundo turno serão distribuídos igualitariamente entre os concorrentes. Em caso de não haver eleição de segundo turno para Presidente, o montante reservado retornará ao Tesouro Nacional,

Trata-se de uma fórmula complexa de divisão dos recursos públicos, com o objetivo de ser o mais equânime possível entre todas as candidaturas.

Uma indagação que se pode extrair desse ponto é a percepção de que há, indiretamente, certo fomento à apresentação de candidaturas próprias, uma vez que partidos que apresentem seus próprios candidatos recebem a cota integral a que têm direito. Visto sob esse ponto de vista, a medida é benéfica e favorece o cumprimento de uma das principais funções dos partidos: a de selecionar candidatos e lançá-los. Isso os fortalece, contribui para maior "oferta" de opções políticas, e amplia a variedade ideológica que pode haver em uma campanha [11].

Por outro lado, aparenta também que está se criando uma espécie de "categorias" de partido, como principais (os que apresentam candidaturas) e os acessórios (que se coligam para as eleições majoritárias). Se isso não passar de mera impressão, não parece haver problemas na fórmula adotada.

3.5 O Regime de Doações Privadas

Voltando às alterações da Lei nº 9.504/97, há algumas alterações referentes às fontes permitidas de financiamento, bem como a administração financeira da campanha e doações privadas de pessoas físicas.

O art. 20 dispõe que o candidato (nesse caso, subentende-se que é o majoritário, tendo em vista que o PL do Relatório não especifica) ou pessoa por ele designada fará a administração financeira de sua campanha, usando as seguintes fontes de financiamento: (i) recursos do FFD; (ii) cota do Fundo Partidário; (iii) recursos próprios; (iv) doações de pessoas físicas. Além disso, a obrigatoriedade da abertura de uma conta bancária específica também é estabelecida para cada lista preordenada de candidatos para as eleições proporcionais, cabendo ao partido essa providência.

O limite de doação para as pessoas físicas sofre alterações segundo o PL ora em comento (art. 23, §1º). Somadas todas as realizadas pelo mesmo doador, será o menor valor entre os 10% dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior às eleições e 10 (dez) salários mínimos.

[11] Nesse sentido, SANTANO, 2016.

Outro limite que foi reduzido foi o da utilização de recursos próprios, o qual também atende à formula acima mencionada. Tais modificações deixam clara a intenção da CEPOLITI na inclinação para o modelo público de financiamento de campanhas.

Outra novidade vem na alteração do §4º do art. 23 da Lei nº 9.504/97, modificado por esse PL, introduzindo ferramentas de financiamento coletivo de campanhas:

- por meio de plataforma eletrônica disponibilizada pelo Tribunal Superior Eleitoral para esse fim;
- por meio de aplicativos eletrônicos, sítios da internet e técnicas e serviços de financiamento coletivo, desde que: (i) exista o seu cadastro prévio na Justiça Eleitoral, que estabelecerá regulamentação para a prestação de contas e fiscalização instantânea das doações e repasses ao candidato; (ii) identificação obrigatória de cada um dos doadores e das respectivas quantias doadas; (iii) disponibilização da lista de doadores e valores doados, com atualização simultânea; (iv) emissão obrigatória de recibo eleitoral para o doador, sob responsabilidade da entidade arrecadadora, com envio imediato das informações à Justiça Eleitoral e ao candidato; (v) ampla ciência aos candidatos e eleitores sobre as taxas administrativas cobradas pelo serviço de arrecadação de doações; (vi) os recursos não podem incidir em nenhuma das fontes vedadas constante no art. 24 da Lei 9.504/97; (vii) observância do calendário eleitoral, notadamente do período de arrecadação de recursos; (viii) obediência às regras de propaganda na internet.

Essas medidas alinham a proposta aos instrumentos mais modernos de arrecadação de recursos de campanha, demonstrando que não há como escapar dos avanços tecnológicos que já estão sendo amplamente usados para tal fim em outros países [12]. Contudo, os seus benefícios serão bastante reduzidos se o formato constante no PL do Relatório realmente for aprovado, uma vez que somente as campanhas majoritárias poderão desfrutar dessa alternativa, desconsiderando todas as vantagens dessas ferramentas no financiamento de campanhas proporcionais, as quais têm o seu custeio pago integralmente com recursos públicos oriundos do FFD.

[12] Sobre o tema, SANTANO, 2016, p. 29-68.

Importante alertar que essa pode ser a conclusão decorrente de mera dedução, a partir do art. 17, parágrafo único, da Lei nº 9.504/97, alterado pelo PL do Relatório ora comentado. O dispositivo diz que os gastos de campanha com as listas preordenadas de candidatos para as eleições proporcionais serão de responsabilidade exclusiva dos partidos, excetuando os de natureza pessoal dos candidatos. Se o sistema de votação deixará de ser nominal, devendo os eleitores votar em uma lista definida e bloqueada pelos partidos proponentes, *a priori* não há outra opção senão deduzir que não haverá possibilidade de doação para a pessoa do candidato, ainda mais porque o PL nada diz a respeito. Assim, o financiamento coletivo – a partir dessa conclusão – alcançará somente as candidaturas majoritárias, o que limita seus benefícios ao sistema como um todo.

Ainda sobre limites de doações, também é objeto de redução o teto das doações estimáveis, o qual havia passado de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), mas agora é de R$ 40.000,00 (quarenta mil reais), restringindo mais a participação nas campanhas por meio de aportes privados.

Por outro lado, no que se refere às providências que se viram necessárias às eleições de 2016, foi a regulação – ainda que breve –, sobre a utilização de cartões de crédito para a realização de doações privadas pela internet, com a vedação de recusa, por parte das instituições financeiras, da utilização dos cartões de crédito para esses fins.

Isso provavelmente diminui os transtornos causados por essas instituições durante a campanha realizada, sendo uma medida bem-vinda para uma maior exploração das fontes permitidas de arrecadação. No entanto, junto com isso há o estabelecimento da responsabilidade pela verificação da origem e da licitude dos recursos transferidos por meio de cartão de crédito para o candidato e, caso designado, o administrador financeiro, presidentes e tesoureiros de partidos políticos, algo que se julga bastante polêmico e de difícil aplicação.

Conhece-se o problema da infiltração de recursos ilícitos nas campanhas, mas o ônus dessa fiscalização e do saneamento do sistema não deveria passar pelos agentes listados. Durante uma campanha, com o movimento intenso de recursos, entende-se ser muito difícil, senão impossível, realizar a contento essa obrigação, o que poderá gerar transtornos caso a medida seja aprovada.

3.6 Limite de Gastos

Outro tema que não é inserido nas alterações de leis já existentes, mas que virá a compor o arcabouço jurídico eleitoral através da eventual aprovação do PL, constante no Relatório que ora se comenta, é referente ao limite de gastos nas campanhas. Aqui também há a clara transitoriedade da fórmula, tendo em vista que as regras dispostas nos arts. 14, e seguintes, do PL se restringem às eleições de 2018, pairando dúvidas sobre sua continuidade.

Para o cargo de Presidente da República, o limite de gastos será de R$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais). Caso haja 2º turno, o valor será 50% (cinquenta por cento) do indicado (art. 14).

Já o art. 15 traz uma fórmula de cálculo do limite de gastos para as campanhas para Governador, Senador e Deputado Federal, Estadual e Distrital, com base no número de eleitores por Unidade da Federação.

Nas eleições para Governador, considerando a população nas Unidades da Federação:

- com até um milhão de eleitores, R$ 4.000.000 (quatro milhões de reais);
- com mais de um milhão de eleitores e até dois milhões de eleitores, R$ 7.000.000,00 (sete milhões de reais);
- com mais de dois milhões de eleitores e até quatro milhões de eleitores, R$ 8.000.000,00 (oito milhões de reais);
- com mais de quatro milhões de eleitores e até oito milhões de eleitores, R$ 13.000.000,00 (treze milhões de reais);
- com mais de oito milhões de eleitores e até vinte milhões de eleitores, R$ 16.000.000,00 (dezesseis milhões de reais);
- com mais de vinte milhões de eleitores, R$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

Já para as eleições para Senador, os limites referentes à população em cada Unidade da Federação são:

- com até um milhão de eleitores, R$ 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil reais);
- com mais de um milhão de eleitores e até dois milhões de eleitores, R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais);

- com mais de dois milhões de eleitores e até quatro milhões de eleitores, R$ 2.500.000 (dois milhões e quinhentos mil reais);
- com mais de quatro milhões de eleitores e até oito milhões de eleitores, R$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil reais);
- com mais de oito milhões de eleitores e até vinte milhões de eleitores, R$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais);
- com mais de vinte milhões de eleitores R$ 8.000.000,00 (oito milhões de reais).

Nas eleições para Deputado Federal, Distrital e Estadual, os limites populacionais nas Unidades da Federação para cada lista de candidatos são:

- com até um milhão de eleitores, R$ 2.000.000 (dois milhões de reais);
- com mais de um milhão de eleitores e até dois milhões de eleitores, R$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil reais);
- com mais de dois milhões de eleitores e até quatro milhões de eleitores, R$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais);
- com mais de quatro milhões de eleitores e até oito milhões de eleitores, R$ 6.500.000,00 (seis milhões e quinhentos mil reais);
- com mais de oito milhões de eleitores e até vinte milhões de eleitores, R$ 8.000.000,00 (oito milhões de reais);
- com mais de vinte milhões de eleitores, R$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais).

Em comparação com a fórmula de cálculo do limite de gastos trazida com a aprovação da Lei nº 13.165/2015, há muito mais vantagem nessa, sendo também a sistemática de outros países, como a Espanha. No entanto, não há explicação que se possa deduzir sobre a progressão aritmética dos valores, o que prejudica a opção aportada pelo PL do Relatório. Ou seja: no caso do cargo de Governador, pode-se gastar até quatro milhões de reais em Estados de até um milhão de eleitores, de um a dois milhões de eleitores, pode-se gastar quase a metade, e de dois a quatro milhões de eleitores, pode-se gastar oito milhões de reais? Não há lógica no estabelecimento desses valores, podendo (se bem analisado) gerar desigualdades entre os Estados da Federação, aumentando os conflitos internos já existentes e muito afetados pelo sistema eleitoral vigente.

Outra novidade que traz o PL é que os recursos públicos destinados às campanhas somente podem custear até 70% (setenta por cento) do limite de gastos à ela referente (art. 16, do PL do Relatório). Se ultrapassam esse percentual, os recursos excedentes podem ser destinados pelo partido ou federação de partidos para outras candidaturas, bem como podem retornar ao Tesouro Nacional. Isso se soma à disposição que estabelece que os recursos do FFD que não forem utilizados também regressem ao Tesouro Nacional.

Para finalizar as alterações no sistema de financiamento de campanhas sugeridas pelo PL, há o art. 17, o qual determina que, se doações de pessoas físicas a candidatos ou a listas – sendo essa a primeira remissão a doações privadas a listas, o que se entende que são doações para os partidos – excederem o limite de gastos para a respectiva campanha, a sobra poderá ser transferida para o partido ou a federação de partidos do candidato ou da lista. Volta-se ao problema da lacuna havida sobre doações privadas para listas preordenadas.

3.7 Prestação de Contas

Há alterações pontuais no procedimento de prestação de contas, não modificando substancialmente ao que já se aplica. Isso é muito criticável, uma vez que o tema da fiscalização e da verificação das contas é central no combate à corrupção e à lavagem de dinheiro por meio das campanhas eleitorais. Não se percebe movimentações a respeito desses tópicos a fim de fortalecer os mecanismos de controle, muito menos no reforço do sistema sancionatório, muito carecedor de efetividade, o que o faz uma letra normativa pouco dissuasória diante dos problemas do financiamento de campanhas [13].

A prestação de contas das listas partidárias preordenadas para as eleições proporcionais será feita pelos partidos, sem qualquer outra menção sobre eventuais consequências no caso de não apresentação (art. 28, §2º, da Lei nº 9.504/97, alterado pelo PL trazido pelo Relatório). Essa lacuna abre a oportunidade para que os candidatos constantes na lista possam ser penalizados injustamente com a negação de sua quitação eleitoral caso o partido seja negligente e não cumpra o seu dever de apresentação das contas.

[13] Sobre o tema, GELAPE; VIDAL, 2017.

Tal preocupação aumenta ainda mais com a leitura do art. 29, também modificado pelo Relatório, pelo qual se determina que os partidos encaminhem à Justiça Eleitoral o conjunto das prestações de contas das listas preordenadas e dos candidatos majoritários, consolidando as informações, mantendo-se o prazo de 30 dias após a realização das eleições, havendo somente a previsão de intimação do partido e pessoalmente do respectivo candidato cujas contas não tenham sido apresentadas para que as apresente no prazo de 48 (quarenta e oito) horas sob pena de serem consideradas como não prestadas, não havendo previsão de qualquer outra sanção e sem tratar sobre o caso das prestações de contas das listas (essa omissão deve ser sanada caso se aprove o PL, uma vez que é cediço que a única sanção referente à prestação de contas é a não quitação eleitoral para os casos de não apresentação).

Em não havendo a quitação eleitoral, os candidatos incluídos na lista tida como inadimplente diante da Justiça Eleitoral poderão ter seus direitos políticos afetados devido à inércia ou desídia do partido, o que, em definitiva, não se pode coadunar.

No que tange às outras modalidades de prestação de contas, mantêm-se a de 72 (setenta e duas) horas, alterando-se somente o início da contagem do prazo, sendo deslocado do recebimento para a ocorrência da doação ou do gasto, bem como a prestação de contas parcial, modificando-se a data de apresentação, que passa do dia 15 de setembro para o dia 31 de agosto.

Como medidas de desburocratização do procedimento, há: (i) a dispensa de comprovação na prestação de contas na cessão de automóvel próprio do candidato; do cônjuge e de parentes de até terceiro grau, quando destinado para o uso pessoal durante a campanha; (ii) tanto nas eleições majoritárias quanto as em lista, a dispensa de menção na prestação de contas do combustível e manutenção do automóvel próprio usado pelo candidato na campanha; da remuneração do motorista particular; da alimentação e hospedagem própria e do motorista; bem como o uso de linhas telefônicas registradas em nome de pessoa física próprio do candidato, até o limite de 3. Ainda que medidas tímidas, elas alcançam principalmente campanhas municipais de pequeno porte, o que se agradece, considerando a alta formalidade que sempre se fez muito presente diante de providências básicas dessas campanhas.

4 Modificações na Lei nº 13.165/2015

O único dispositivo alterado pela "minirreforma" anterior foi o art. 9º, que determina que, nas três eleições que se seguissem à sua aprovação, os partidos reservarão, em contas bancárias específicas para esse fim, no mínimo 5% (cinco por cento) do montante do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais para aplicação nas campanhas de suas candidatas, incluídos nesse valor os recursos a que se refere o inciso V do art. 44 da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995.

Ocorre que na redação original desse dispositivo, há um máximo estabelecido de 15% (quinze por cento), que foi objeto de contestação pelo Ministério Público Federal por meio da ADI 5617. O MPF alega que, se a cota de gênero para candidaturas é de, no mínimo, 30% (trinta por cento) das listas, o mínimo a ser reservado pelos partidos também deve ser na mesma proporção, sob pena de violar o princípio da igualdade [14]. Parece que a inconstitucionalidade alegada permanece mesmo após o PL.

5 Expectativas sobre o Projeto de Lei

Ainda que o projeto de lei busque uma alternativa viável para o problema do financiamento de partidos e de campanhas eleitorais, não se recomenda medida tão drástica como a adoção de modelo que tende tanto ao público. Entende-se que outros canais poderiam ser mais adequados para o fomento não só da arrecadação de valores, mas que pudesse resgatar valores democráticos, como o incentivo à participação política popular por meio de pequenas doações. Isso poderia ser feito também através de imposto, porém, de deduções fiscais, algo que foi rejeitado pelo relator designado na CEPOLITI [15]. Não se concorda com essa rejeição à medida, porquanto comprovadamente é uma ferramenta que aumenta a arrecadação de doações de pequeno valor. Os que comprovassem doações até um determinado limite poderiam ter valores fiscais abatidos. É um mecanismo presente na Alemanha e que funciona há muitos anos.

[14] Decisão monocrática proferida no feito pelo Min. Relator, Edson Fachin, em 26 de outubro de 2016: "Tendo em vista a relevância da matéria debatida nos presentes autos e sua importância para a ordem social e segurança jurídica, adoto o rito positivado no artigo 12 da Lei nº 9.868/1999, a fim de possibilitar ao Supremo Tribunal Federal a análise definitiva da questão.".

[15] Sugestão do Dep. Hildo Rocha (PMDB/MA), que foi rejeitada sob o argumento de que o FFD já faria o papel do financiamento público pretendido pelo PL.

Aperfeiçoar as regras que permitam o uso de mecanismos do financiamento coletivo também é muito recomendável, encontrando uma forma de alcançar também os candidatos constantes nas listas preordenadas. Isso pode renovar os valores democráticos na sociedade e aumentar a participação popular nesse processo, trazendo legitimidade ao resultado e robustez à democracia.

Faltou preocupação também com maior transparência do financiamento. O mais indicado é tornar tudo o mais claro possível, é informar o eleitorado quem está financiando as campanhas e os partidos, e aperfeiçoar cada vez mais o sistema de fiscalização, sem o ânimo punitivo, mas sim dissuasório. Dessa forma, o eleitor é mais munido de informações para decidir o seu voto, transmitindo a ideia de que não vale tudo e que as leis devem ser cumpridas, garantindo, assim, o equilíbrio entre os candidatos mais e menos abastados. Combate-se a ideia de que só os mais abastados têm condições de serem eleitos.

Não se julga adequado fechar ainda mais o sistema político brasileiro. As regras limitativas e proibitivas abundam, estando em descompasso com os valores constitucionais de 1988, e com a atual situação da política brasileira, ainda mais destinando enorme quantia de recursos públicos diante de todas as carências do Estado brasileiro. Será uma tarefa muito difícil convencer os cidadãos de que isso é legítimo, quando o que há é um nítido contexto de demonização e criminalização da política.

Referências

FREITAS, Juliana Rodrigues. O sistema de cotas de gênero e o óbice ao desenvolvimento no Brasil: reflexões iniciais acerca da reduzida participação feminina na política brasileira. In: PEREIRA, Rodolfo Viana; SANTANO, Ana Claudia (Orgs.). **Conexões Eleitoralistas**. Belo Horizonte: Abradep, 2016. p. 119-138.

GELAPE, Lucas de Oliveira; VIDAL, Luísa Ferreira. **Prestação de contas de campanhas eleitorais**: (in) diferenças práticas entre a aprovação, aprovação com ressalvas, rejeição e não prestação de contas eleitorais. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b060700f0a542a14>. Acesso em: 23 jun. 2017.

MILYO, Jeffrey. The Political Economics of Campaign Finance. **The Independent Review**. v. III. nº 4, [s.l.] 1999. p. 541-545.

PINTO-DUSCHINSKY, Michael. Financing Politics: A Global View. **Journal of Democracy**. nº 4, vol. 13, p. 69-86, oct.. John Hopkins University Press, Washington, 2002.

SANTANO, Ana Claudia. e-Leitor: Vamos discutir os deveres dos partidos na democracia brasileira?. **JOTA**, 01 mar. 2016. Disponível em: <https://jota.info/colunas/e-leitor/e-leitor-vamos-discutir-os-deveres-dos-partidos-na-democracia-brasileira-01032016>. Acesso em: 29 maio 2017.

_____. **La financiación de los partidos políticos en España**. Madrid: CEPC, 2016.

_____. O financiamento coletivo de campanhas eleitorais como medida econômica de democratização das eleições. **Estudos Eleitorais**, v. 11, p. 29-68, 2016.

_____. Parecer jurídico - Projeto de Lei 6368/2016, Câmara dos Deputados. **Revista eletrônica Direito e Política**, v. 12, p. 462-481, 2017.

Ana Claudia Santano - Professora do programa de Mestrado 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. Pesquisadora do Observatório de Financiamento Eleitoral, do Instituto Brasiliense de Direito Público, IDP. Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/6241908411721255.

Conduta Vedada e Abuso de Poder: como lidar com o nexo de causalidade em ato praticado por terceiro

Sealed Conduct and Abuse of Power: how to deal with the causal link in a third party act

Marilda de Paula Silveira

Resumo: Investiga-se se o Tribunal Superior Eleitoral pode dispensar o nexo de causalidade ao entender desnecessária qualquer participação ou ciência do beneficiário para cassação de seu mandato, em casos de abuso e condutas vedadas graves. E, estendendo a análise, busca-se avaliar em que medida a Justiça Eleitoral tem adotado alguma das teorias do risco para cassar os mandatos dos beneficiários, e se esse caminho seria adequado ao sistema eleitoral de proteção da legitimidade do pleito.

Palavras-chave: Ilícito Eleitoral. Conduta Vedada. Abuso. Responsável. Beneficiário. Nexo de causalidade. Elemento subjetivo. Teoria do risco integral.

Abstract: It is investigated whether the Higher Electoral Court can dispense with the causal nexus by understanding that any participation or knowledge of the beneficiary is not necessary to repeal of his mandate, in cases of abuse and serious forbidden conduct. And, extending the analysis, it seeks to assess to what extent the Electoral Justice has adopted some of the theories of risk to repeal the mandates of the beneficiaries and if this path would be appropriate to the electoral system to protect the legitimacy of the lawsuit.

Keywords: Electoral Illicit. Conducted Forbidden. Abuse. Responsible. Recipient. Causal link. Subjective element. Theory of integral risk.

Artigo recebido em 1º set. 2017 e aprovado em 21 set. 2017.

1 Introdução: o contexto e a posição do TSE

Há algum tempo escrevi (SILVEIRA, 2013) sobre condenações que levam à cassação de mandato em razão de condutas vedadas (arts. 73 a 78, da Lei nº 9.504/97) e/ou abuso de poder (art. 22, da LC nº 64/90) praticados por terceiros. Trata-se da hipótese em que cabos eleitorais, filiados, amigos, parentes ou simpatizantes são os responsáveis pela prática de um ilícito que não era do conhecimento do candidato, o qual acaba qualificado como beneficiário e sofre as consequências dessa imputação (§§4º e 5º do art. 73 da Lei nº 9.504/97, e art. 22, XIV, da Lei Complementar nº 64/90) [1]. Naquela oportunidade, apontava que o Tribunal Superior Eleitoral havia se posicionado [2] entendendo que, independentemente da participação, anuência ou prévio conhecimento dos candidatos, estes deveriam perder seus mandatos, caso houvesse gravidade suficiente na prática do abuso de poder e/ou das condutas vedadas para macular a legitimidade do pleito.

Para formar esse posicionamento, a Justiça Eleitoral fundamentou-se no pressuposto de que muito embora o candidato não participe do ato ilícito e não atue com culpa, dolo ou prévio conhecimento, a supressão do mandato seria a única forma de restabelecer a legitimidade do pleito viciado pelo ato de terceiro.

[1] Conforme estabelece o §4º do art. 73 da Lei nº 9.504/97, aqueles que forem considerados responsáveis pela prática de conduta vedada ficam sujeitos à multa no valor de 5 a 100 mil UFIR, fixada conforme a proporcionalidade. Já o candidato beneficiado, nos termos do art. 73, §5º, da Lei nº 9.504/97, está sujeito à cassação do registro ou do diploma, sem prejuízo da multa prevista no §4º. No caso daquele que se identifica como responsável pela prática da conduta vedada, a ciência ou prévio conhecimento são inerentes à sua condição, afinal, só pode ser considerado responsável aquele que está vinculado à prática do ato. Sendo ele unicamente responsável, incidirá o §4º do art. 73 da Lei nº 9.504/97, além da cassação.
Situação semelhante ocorre quando se identifica a prática do abuso de poder. Nos termos do art. 22, XIV, da Lei Complementar nº 64/90 "julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação". Nota-se que definição do beneficiário não se relaciona aos mesmos elementos daquele que se qualifica como responsável. É comum se deparar com hipóteses em que o beneficiário, embora aufira vantagens decorrentes da prática do ilícito, não possui ciência/prévio conhecimento da conduta vedada ou do abuso praticados.

[2] Min. Joaquim Barbosa, AG nº 7209 - Filadélfia/BA, DJe 17.9.2008, em que cita, no mesmo sentido, decisão proferida pelo Min. Sepúlveda Pertence (Ac. nº 1.230), pelo Min. Barros Monteiro (Ac. nº 21.308) e pelo Min. Fernando Neves (Ac. nº 2.987).

A partir dessa constatação, a análise de duas questões foi proposta no artigo (SILVEIRA, 2013): i) cassar o mandato do beneficiário de conduta(s) vedada(s) ou abuso de poder praticado por terceiro, independentemente de sua participação, prévio conhecimento, dolo ou culpa seria compatível com o regime jurídico de responsabilidade?; ii) mesmo nos casos nos quais não há perda de mandato, o beneficiário que não teve qualquer participação, prévio conhecimento, dolo ou culpa deve sofrer a imposição de uma multa e/ou a incidência de uma hipótese de inelegibilidade?

Analisando a doutrina a respeito do nexo de causalidade, conclui que para impor penalidades ou "consequências" aos candidatos beneficiários de condutas vedadas ou abuso de poder, não se poderia ter em conta apenas suposta objetivação da responsabilidade eleitoral que afastaria o elemento subjetivo (dolo ou culpa). Seria indispensável considerar que nem mesmo a responsabilidade objetiva afasta a necessidade de se apontar o nexo de causalidade existente entre o indivíduo sancionado e a conduta ilícita.

Assim, defendi que o regime jurídico eleitoral não alberga a teoria do risco integral, de modo que os candidatos que não se relacionam, em nenhuma medida, com a prática do ato ilícito não podem sofrer sanções ou "consequências" em virtude de sua apuração. Além disso, nos casos nos quais a conduta vedada ou abuso de poder não acarretam a perda de mandato, não falta apenas o elemento subjetivo (dolo ou culpa) para imposição de "consequências" ao candidato beneficiário, mas falta a mínima razão jurídica que justifique a adoção da teoria do risco integral, com a dispensa do nexo de causalidade; assim porque não há sequer legitimidade do pleito a ser restabelecida (SILVEIRA, 2013).

Passados mais de quatro anos, duas posições importantes relacionadas aos beneficiários de atos ilícitos praticados por terceiros foram sedimentadas na Corte: i) o art. 73, §§4º e 8º, da Lei nº 9.504/97 prevê responsabilização subjetiva (exige dolo ou culpa), no que se refere às multas [3]; e, ii) a declaração de inelegibilidade que decorre da condenação pela prática de conduta vedada ou abuso (art. 1º, I, alíneas "d", "h" e "j", da LC nº 64/90) está restrita apenas àqueles que forem considerados responsáveis e, portanto, não atinge aos beneficiários (art. 22, XIV, da LC nº 64/90).

Diga-se que nada mudou, no entanto, com relação à cassação do mandato em hipótese de abuso ou conduta vedada, praticados por terceiros, reafirmando o Tribunal em suas decisões que, nos termos do art. 22, XIV,

[3] TSE, RP 81770 - BRASÍLIA – DF, Acórdão de 01/10/2014, Relator(a) Min. Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin.

da LC nº 64/90, "a condenação do candidato pela prática de abuso de poder prescinde da demonstração de sua responsabilidade ou anuência em relação à conduta abusiva, sendo suficiente a comprovação de que ele tenha auferido benefícios em razão da prática do ilícito" [4]. E insiste no mesmo pressuposto, sem analisar a doutrina crítica que se formou a respeito do tema.

Interessante notar que quando se pretende impor a cassação de mandato em razão de captação ilícita de sufrágio praticada por quem não seja o próprio candidato (art. 41-A, da Lei nº 9.504/97), o Tribunal adota posição diametralmente oposta: "na hipótese de captação ilícita realizada por terceiro, é essencial a demonstração do vínculo do terceiro com o candidato e a anuência deste com a prática" [5]. Para tanto, afirma que haveria diferença no bem jurídico tutelado: "enquanto a ação de investigação judicial eleitoral visa a proteger a lisura do pleito, a representação para apurar a conduta prevista no art. 41-A tem o objetivo de resguardar um bem jurídico específico: a vontade do eleitor" [6].

Diante da relevância do tema e da evolução jurisprudencial no que toca à imposição de multa e de inelegibilidade (casos nos quais se passou a exigir dolo, culpa, anuência ou prévio conhecimento), parece-nos que a matéria merece atenção renovada, especialmente no que se refere ao nexo de causalidade e à teoria do risco quando a consequência imposta é de cassação de mandato.

2 A Responsabilidade por Ato de Terceiro, Nexo de Causalidade e Teoria do Risco

Como tive a oportunidade de expor [7] (SILVEIRA, 2013), a sistemática adotada pela jurisprudência na cassação de mandatos que decorre

[4] TSE. RESPE nº 958 - SABINO – SP, DJe 2.12.2016, Relator(a) Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio. No mesmo sentido: "Conquanto o mero benefício seja suficiente para cassar o registro ou o diploma do candidato beneficiário do abuso de poder econômico, nos termos do art. 22, inciso XIV, da LC nº 64/90 […]"

[5] TSE. RESPE nº 53152 - BELTERRA – PA, Acórdão de 07/04/2016, Relator(a) Min. Henrique Neves Da Silva.

[6] ADI 3592-4, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 26.10.2016.

[7] Contudo, diferentemente do Código Penal e do Código Civil, no âmbito da responsabilidade eleitoral, não há nenhuma regra expressa sobre o nexo causal. Não há, portanto, norma jurídica que estabeleça parâmetros para definir causalidade, assim como também não há regra que exclua preventivamente sua investigação.
Equivocadamente, como forma de solucionar a questão, tem-se afirmado que as "consequências" imputadas ao candidato beneficiário de um ato ilícito encontra fundamento na responsabilidade objetiva. Ora, é preciso estar claro que a responsabilidade objetiva não pres-

de ato praticado por terceiro e que caracteriza conduta vedada ou abuso de poder, não tem sido cautelosa ao analisar o nexo de causalidade.

A jurisprudência tem tratado a cassação de mandato como consequência inerente à prática do ilícito eleitoral, sem discutir a posição de cada parte afetada. Como visto, o único requisito que o Tribunal Superior Eleitoral tem exigido do beneficiário para impor a cassação de seu mandato por ato de terceiro é ter se lançado candidato. E assim o faz, ao argumento de que essa seria a única forma de resgatar a "legitimidade da eleição por vícios de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude" [8]. O mandatário beneficiário sofreria uma espécie de *efeito colateral* imposto pela exigência de se restabelecer a legitimidade do pleito.

Ao assim proceder, os tribunais não têm enfrentado as críticas que apontam o problema da causalidade, desconsideram que essa discussão não é nova na doutrina, e que ostenta complexidade que não é nada irrelevante.

Propõe-se, assim, a confirmar se, de fato, ao entender desnecessária qualquer participação ou ciência do beneficiário para cassação de seu mandato em casos de abuso e condutas vedadas graves, o Tribunal acaba por dispensar o nexo de causalidade. E, estendendo a análise, busca-se ava-

---

cinde do nexo de causalidade, mas apenas do animus (dolo ou culpa) que direciona a atuação do responsável.

No caso sempre citado da responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, §4º, da CR/88), note-se que estamos diante de um ente abstrato, "pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos", cujos "agentes, nessa qualidade", mantém vínculo que se sustenta na teoria do órgão. Dessa forma, é inegável o nexo de causalidade que se estabelece entre o ato ilícito e o Estado quando este é praticado por um agente público que "presenta" a pessoa jurídica estatal.

Essa hipótese não se equipara, em nenhuma medida, com a condição do candidato beneficiário, pessoa natural, que sem qualquer participação acaba beneficiado por um ato ilícito praticado por terceiro.

Por outro lado, a figura da culpa *in eligendo* também não fundamenta a dispensa do nexo de causalidade como requisito da responsabilidade. Como o próprio nome denota, essa figura que encontrava previsão no Código Civil de 1916 albergava a culpa presumida nos casos em que caracterizada a "má escolha do preposto". Embora flexibilize a culpa com a presunção da má escolha, não dispensa o nexo de causalidade. Significa dizer que a prova de que o responsável pela prática do ato ilícito foi escolhido pelo candidato, de alguma forma, é indispensável. Nesses termos, o candidato deixa de ocupar a posição de mero beneficiário e passa a ocupar a posição de responsável que elegeu aquele que praticou o ato ilícito.

[8] Min. Joaquim Barbosa, AG nº 7209 - Filadélfia/BA, DJe 17.9.2008, em que cita, no mesmo sentido, decisão proferida pelo Min. Sepúlveda Pertence (Ac. nº 1.230), pelo Min. Barros Monteiro (Ac. nº 21.308) e pelo Min. Fernando Neves (Ac. nº 2.987).

liar em que medida a Justiça Eleitoral tem adotado [9] alguma das teorias do risco, e se esse caminho seria adequado ao sistema eleitoral de proteção da legitimidade do pleito.

Nesse cenário, o primeiro desafio é investigar se há nexo de causalidade entre o resultado (= quebra da legitimidade do pleito), o abuso ou conduta vedada grave e o beneficiário que tem seu mandato cassado. O segundo desafio é investigar se o risco que se assume quando do registro de candidatura/realização de uma campanha é suficiente para impor a cassação de um mandato, quando terceiros praticam condutas vedadas ou abusos graves sem dolo, culpa, anuência ou prévio conhecimento do beneficiário.

2.1 O Beneficiário que é Cassado e os Terceiros: resultado danoso com a quebra de legitimidade do pleito e o nexo de causalidade

Vamos ao primeiro desafio: investigar como se posiciona o nexo de causalidade quando o mandato de um beneficiário é cassado por abuso ou conduta vedada praticada por ato de terceiro, sem anuência ou prévio conhecimento daquele. Em situações tais, temos:

- ato ilícito: conduta vedada ou abuso;
- responsável: terceiro;
- elemento subjetivo do terceiro responsável: dolo ou culpa;
- resultado danoso: ruptura da legitimidade das eleições;
- elemento subjetivo do beneficiário: desconhecimento do fato; e
- consequência imposta: cassação do mandato do beneficiário eleito, independentemente do elemento subjetivo desse.

Nesse quadro, o resultado danoso estabelece nexo de causalidade com o quê?

A resposta a essa pergunta não é nada simples, pois não há consenso sobre a teoria causal adotada no sistema brasileiro. Jurisprudência e doutrina referem-se a teorias distintas. Como regra geral, afirma-se, sob o prisma estritamente da Lógica, que a causalidade consiste na explicação de quando um resultado foi consequência de uma ação. Ocorre que nem sempre a produção do resultado tem caráter necessário, pois podem ser enunciados pressupostos nos quais a relação entre ação e resultado não se explica de modo puramente causal, ao estilo dos delitos de omissão imprópria.

[9] Mesmo sem afirmar expressamente e sem grande aprofundamento teórico.

De fato, a realidade, revela-se muito mais complexa que essa lógica direta. Perguntas que habitam o cotidiano da Justiça Eleitoral são capazes de demonstrar a complexidade do tema: há nexo de causalidade entre um candidato a governador e a prática ilícita e abusiva de um prefeito do interior que realiza um showmício, em apoio à chapa, sem conhecimento ou anuência do candidato beneficiário?; O candidato que registra candidatura e lança campanha eleitoral está obrigado a fiscalizar todos os atos praticados por todas aqueles que, indistintamente, realizam ações em seu benefício?; Essa omissão no suposto dever de fiscalizar seria suficiente para estabelecer o nexo de causalidade?

Buscando responder à intrincada trama de questões que a realidade impõe ao nexo de causalidade, os doutrinadores civilistas se inclinam a aceitar a teoria intitulada nexo direto (SILVA, 1974; ALVIM, 1980).

Ao que parece, a doutrina majoritária tem compreendido que o legislador pátrio consagrou, por meio do art. 403, do CC (reproduzindo a redação do artigo 1.060, do Código Civil de 1916), a teoria da causalidade direta e imediata: "ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual". Apesar do termo "inexecução", entende-se que a incidência do artigo alcança também a responsabilidade extracontratual.

Essa teoria, em sua formulação mais simples, considera como causa jurídica apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, sem a interferência de outra condição sucessiva. Tal teoria restringe a relevância do comportamento humano aos acontecimentos mais próximos do prejuízo.

Já na jurisprudência são diversas as referências a teorias distintas. Ainda assim, parece adotar a mesma linha central.

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o tema sob a vigência do Código Civil de 1916 (art. 1.060), indicou que "a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal". Destacou-se que (BRASIL, 1992):

> não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada.

Para bem ilustrar esse estado de coisas, pode-se fazer referência ao Recurso Extraordinário nº 130.764, da lavra do Min. Moreira Alves, julgado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em 12.5.1992. Naquela ocasião, a Suprema Corte analisava a responsabilidade civil do Estado, pois dois presos, foragidos há vários meses, teriam se integrado a uma quadrilha para a prática de crimes. Mais especificamente, o bando invadiu hostilmente a casa de uma família em Curitiba e conduziu a esposa até estabelecimento comercial da família, de onde subtraíram diversas joias. O marido foi agredido. Embora o TJPR tenha considerado que houve "defeito do sistema penitenciário estadual, configurado pela conduta negligente dos respectivos funcionários encarregados da guarda do preso" e que "o prejuízo sofrido pelos lesados apresenta consequência direta da conduta desses funcionários", a posição do STF, contudo, foi diferente. A Suprema Corte afastou a presença de nexo causal, no caso, considerando ser "inequívoco que o nexo de causalidade inexiste", pois:

> o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão.

Em caso mais recente, o mesmo Supremo Tribunal Federal debruçou-se sobre fatos análogos [10].

De acordo com a teoria da causalidade que vem sendo aplicada como regra, no Brasil seria necessário que a atuação do candidato tivesse relevância nos acontecimentos mais próximos que levam à ruptura de legitimidade do pleito. Se o candidato não tem prévio conhecimento e nem anui com as práticas que caracterizam o ato ilícito, não há nexo de causalidade entre a atuação do candidato beneficiário e o prejuízo (DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2014).

É fato, portanto, que a imputação de responsabilidade ao beneficiário, nos moldes em que aplicada pelo TSE, vem desprezando a causalidade. E essa posição visa restaurar a legitimidade do pleito, mesmo que a consequência se imponha sobre quem não foi responsável pelo resultado (ORGAZ, 1952).

[10] RE 409203, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 07/03/2006, DJ 20-04-2007 PP-00102 EMENT VOL-02272-03 PP-00480 RTJ VOL-00200-02 PP-00982 LEXSTF v. 29, n. 342, 2007, p. 268-298 RMP n. 34, 2009, p. 281-302

Não se trata de adotar a responsabilidade objetiva ou de esforçar-se para elastecer o alcance da causalidade, mas de dispensar o nexo de causalidade. Basta saber, portanto, se esse é um modelo válido no regime jurídico eleitoral brasileiro. Nesse ponto, impõe-se o segundo desafio.

2.2 Dispensando o Nexo de Causalidade e a Teoria do Risco Integral

Ao analisar a evolução da jurisprudência do TSE, verifica-se que a cassação de mandato dos beneficiários de condutas vedadas e/ou abuso de poder tem dispensado a identificação de qualquer elemento subjetivo e, também, do nexo de causalidade. Significa dizer que, mesmo sem possuir relação alguma com a prática do ato ilícito, os julgados sujeitam o beneficiário à cassação de seus mandatos.

Como dispensa o elemento subjetivo e o nexo de causalidade, pode-se afirmar que a jurisprudência tem adotado a responsabilidade eleitoral fundada no risco: a partir do momento no qual lança sua candidatura, o candidato assume a responsabilidade por todos os atos praticados, seja por quem for, em sua campanha eleitoral. Independentemente de seu prévio conhecimento, de sua participação ou do elemento subjetivo com que atue, ele assumiria as consequências de todos os atos praticados ao longo de sua campanha eleitoral. Havendo gravidade em ato praticado, seja por quem for, que configure conduta vedada ou abuso de poder, estaria o candidato sujeito à perda do mandato.

Esse sistema de imputação de responsabilidade por ato de terceiro não é novidade entre os civilistas, ambientalistas e administrativistas. Embora muito criticado doutrinariamente, a proteção ambiental e consumerista já assentou essa possibilidade a partir de previsões legais expressas. Seu acolhimento pressupõe a adoção da chamada teoria do risco integral.

Como sustentavam os irmãos Mazeaud (apud SILVA PEREIRA, 2001, p. 266), principais críticos da doutrina do risco, embora a equidade requeira que aqueles que retiram os proveitos suportem os riscos, ela requer também que "aquele cuja conduta é irreprochável não possa ser inquietado". Como esclarece Cavalieri Filho (1999, p. 157), voltado para a responsabilidade civil, "a teoria do risco integral é uma modalidade extremada da doutrina do risco destinada a justificar o dever de indenizar até nos casos de inexistência de nexo causal".

No mesmo sentido, Meirelles afirma que a (1999, p. 586):

> teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Para essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima.

Basta saber, assim, se a teoria do rico integral seria cabível e/ou a mais adequada para tutelar o processo eleitoral, objetivando preservar a legitimidade dos pleitos eleitorais.

A teoria do risco integral, ou responsabilidade objetiva absoluta, acolhe o que se intitula causalidade pura. Trata-se de construção a ser aplicada em casos excepcionalíssimos, porquanto a sua adoção representará a imposição de responsabilização objetiva, mesmo que as circunstâncias evidenciem a existência de uma excludente do nexo causal.

Isso significa que o candidato terá que responder por danos injustos que não causou, pelo simples fato deles ocorrerem no transcurso de sua campanha. Todo o risco conexo à campanha será internalizado no processo produtivo. Simplesmente "não há no direito brasileiro uma norma geral que defira contornos precisos a esse modelo jurídico ou sequer um dispositivo – seja no Código Civil ou em lei especial – que responsabilize alguém, suprimindo a possibilidade desta pessoa se eximir ao fundamento da força maior ou do fato de terceiro." (ROSEVALD, 2015).

Porém, no perímetro que aparta a teoria do risco criado (FACCHINI NETO, 2010) [11] e a teoria do risco proveito (NADER, 2009) [12], surge a teoria do risco integral ou risco agravado [13], a qual se materializa nas

[11] Dentro da teoria do risco-criado, destarte, a responsabilidade não é mais a contrapartida de um proveito ou lucro particular, mas sim a consequência inafastável da atividade em geral. A ideia de risco perde seu aspecto econômico, profissional. Sua aplicação não mais supõe uma atividade empresarial, a exploração de uma indústria ou de um comércio, ligando-se, ao contrário, a qualquer ato do homem que seja potencialmente danoso à esfera jurídica de seus semelhantes. Concretizando-se tal potencialidade, surgiria a obrigação de indenizar. FACCHINI NETO, 2010, p. 17-63.

[12] "[…] pela teoria do risco-proveito, responsável pelos prejuízos individuais ou transindividuais é quem se beneficia das atividades de risco. Natural que o agente, a favor de quem todo um mecanismo é acionado e lhe traz resultados favoráveis, repare os danos causados a outrem." (NADER, 2009, p. 207).

[13] Há possibilidade de exclusão do nexo causal quando o fato é praticado por terceiro. Tem como exemplo o art. 735 CC, que se refere ao transporte de passageiro. A Lei ambiental

hipóteses nas quais a responsabilidade suplanta o risco intrínseco a certa atividade, a ponto de determinar reparações objetivas de danos injustos mesmo que a causa adequada para a efetivação da lesão não seja o risco propriamente criado pelo agente.

A teoria do risco integral prescinde do nexo causal já o risco agravado o flexibiliza, criando presunções de causalidade para atribuir ao candidato a pena de cassação de seu mandato, naquelas ocorrências em que o dano acaba por se ligar à organização inerente à atividade, internalizando-se em seu processo econômico.

A partir do momento em que a ordem jurídica persegue o objetivo de maior proteção à vítima, e intervém para reduzir o espaço deferido à marginalidade de certos eventos, a causalidade adquire novo viés, não mais uma causalidade física ou natural, mas jurídica, fundada no princípio da solidariedade e em regra de equidade que objetiva compensar a vítima que se coloca em posição assimétrica em relação ao autor da atividade potencialmente lesiva. (ROSEVALD, 2015).

Considero, contudo, que a restauração da legitimidade das eleições em caso de abuso ou conduta vedada, não se coaduna com o risco integral, mas indubitavelmente projeta um risco agravado. Tanto o art. 73, §5º, da Lei nº 9.504/97, quanto o art. 22, da LC nº 64/90 não exigem ou dispensam, expressamente, o nexo de causalidade ou o elemento subjetivo para responsabilização do beneficiário do ato ilícito, limitando-se a dizer que aos beneficiários dos atos ilícitos será imposta a perda de seus mandatos.

Funda-se aí o regime da responsabilidade objetiva pelos danos causados ao processo eleitoral. Assim sendo, é suficiente a existência da ação lesiva, do dano e do nexo com a fonte poluidora ou degradadora para atribuição do dever de reparação, todavia, o agente se eximirá caso não se comprove que o ato ilícito provém de fato vinculado à sua atividade.

De fato, imputar ao candidato a condição de segurador universal de toda a sua campanha significa ofender aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sem base normativa específica. O mais grave é que a teoria do risco integral é excepcionalíssima no sistema, e o TSE possui o ônus argumentativo de justificar as razões de sua aplicação.

nº 6.938/81, art. 14, também aplica essa teoria. O mesmo ocorre na Lei nº 6.453/77, art. 8º, quando exclui o nexo causal quando o dano é praticado por terceiro. Para a Lei nº 10.744/03, que trata de ataques terroristas, ar. 1º, haverá responsabilidade civil pela teoria do risco integral.

Contudo, não o faz. Apenas reitera o *slogan* "a cassação busca restabelecer a legitimidade do processo eleitoral, ainda que o ilícito tenha sido praticado por terceiro" [14], como se houvesse relação de condicionalidade entre uma afirmação e outra. O paradoxal é que o Tribunal se retroalimenta das decisões anteriores e continua formando a base jurisprudência sem ampliação e enfrentamento dos argumentos.

Parece salutar, contudo, que quaisquer atualizações em seu conteúdo e exercício demandam a existência de norma revestida de adequação, necessidade e razoabilidade, sob pena de lesão ao seu núcleo essencial. É o que no direito alemão se denomina Princípio da Reserva Legal Proporcional.

Com o devido acatamento à posição do Tribunal, o simples voluntarismo não pode definir a teoria do risco integral como modelo de imputação objetiva na responsabilidade eleitoral. (ROSEVALD, 2015). De fato, a excepcionalidade e o extremo dessa medida exigem previsão normativa específica. Para dispensar o nexo de causalidade seria necessário encontrar referência expressa a esse formato de responsabilidade no art. 73, da Lei nº 9.504/97, e no art. 22, da LC nº 64/90, o que não ocorre.

Com a devida vênia às opiniões contrárias, tais dispositivos não fornecem elementos sequer para sustentar a responsabilidade objetiva - que dispensa apenas o elemento subjetivo, repita-se. Note-se que o art. 37, §4º, da CR/88, ao tratar da responsabilidade do Estado, exige a presença do dolo ou da culpa para a responsabilização dos agentes públicos, o que permite a interpretação de que a norma não faz a mesma exigência para o Estado.

3 Considerações Finais

Independentemente da vertente de responsabilidade que se adote (objetiva ou subjetiva) nenhuma delas prescinde do nexo de causalidade. A imputação de responsabilidade pressupõe, em qualquer hipótese, a identificação do nexo de causalidade entre o dano e o ato ou comportamento danoso. Não se pode desprezar a causalidade para impor uma "consequência" ou sanção, seja ao responsável, seja ao beneficiário do ato lesivo (LIMA,

[14] Há algum tempo, e sobretudo a partir Recurso Ordinário 406.492/MT, Rel. Min. Laurita Vaz, o TSE entende que a anuência do candidato quanto ao ilícito eleitoral que configure abuso de poder político ou econômico "pode ser revelada por presunções ou indícios, sem necessidade de existência de prova robusta de sua participação direta ou indireta nem mesmo da mera ciência ou conhecimento do fato".

1960), pois seria indevida a imposição de responsabilidade sobre aquele que não participou da produção do resultado (ORGAZ, 1952).

Assumir que o candidato participa do resultado simplesmente porque resgistrou candidatura, e se expôs ao risco de qualquer pessoa praticar atos ilícitos em favor de sua campanha, é elastacer demasiadamente a compreensão sobre a teoria da causalidade. Basta ter em vista as campanhas que se realizam nos Estados para Senador, Deputados Estaduais e Federais. Sem se exigir, ao menos, prévio conhecimento do candidato ou vínculo com o autor do ato ilícito (*v.g.* contratação para a campanha), não se pode afirmar que há proximidade, sequer remota, entre o beneficiário e o resultado danoso.

Para prescindir da causalidade, o único caminho seria acolher a teoria do risco integral na seara eleitoral. Opção equivalente àquela da seara ambiental: o fato de abrir empresa potencialmente poluente significa que foi assumido o risco de se tornar responsável por dano ao meio ambiente. Excludentes de responsabilidade como atos de terceiro não ilidem a responsabilidade, nesses casos; prescinde-se, portanto, do nexo causal. Contudo, além de não ser adequada ao sistema de proteção da legitimidade das eleições, a teoria do risco integral não encontra amparo legal ou constitucional.

Referências

ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 1980, n. 226, p. 370.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. **Código Civil e Constituição Federal**. 68. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Primeira Turma. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 12 de maio de 1992. DJ 07-08-1992 PP-11782 EMENT VOL-01669-02 PP-00350 RTJ VOL-00143-01 PP-00270.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros, 2005.

DIAS, Aguiar. **Responsabilidade civil em debate**. São Paulo: Forense, 1983.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; DIREITO, CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao novo Código Civil**: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. V. XIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramon. **Curso de derecho administrativo**. Tomo II, Madrid: Editorial Civitas, 1986.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, RS, v. 76, n. 1, p. 17-63, jan./mar. 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. V. I. Forense: Rio de Janeiro, 1958.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1999.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: responsabilidade civil. volume VII. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ORGAZ, Alfredo. **El daño resarcible**. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1952.

ROSENVALD, Nelson. **A teoria do risco no direito ambiental**. 2015. Disponível em:< https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/08/17/A-Teoria-do-Risco-no-Direito-Ambiental>. Acesso em: 10 set 2017.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Responsabilidade civil**. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, Wilson de Melo da. **Responsabilidade Sem Culpa**. São Paulo: Saraiva, 1974.

SILVEIRA, Marilda de Paula. Os ilícitos eleitorais praticados por terceitos e o nexo de causalidade para responsabilização do candidato. **Os eleitoralistas**. 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/>.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005

Marilda de Paula Silveira - Doutora e Mestre em Direito Público pela UFMG. Assessora de Ministro do Tribunal Superior Eleitoral de 2008-2011. Vice-Presidente do Instituto de Direito Eleitoral do Distrito Federal – IDEDF. Professora do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Advogada.

A Máquina Propagandística Oficial: a gravidade *a priori* da conduta vedada (art. 73, VII, da Lei nº 9.504/97) atinente aos gastos elevados com publicidade institucional no ano eleitoral

The Official Propagandatic Machine: the gravity in abstract of the prohibited conduct (article 73, VII, general election law) on the expenses increased with institutional advertising in the electoral year

Rodrigo Cyrineu

Resumo: A utilização da máquina pública causa mais desequilíbrio nas eleições a cada dia que passa, e a desfaçatez dos agentes políticos em usar o dinheiro do contribuinte para se promoverem atingiu o ineditismo, razão pela qual se propõe uma inversão do ônus argumentativo no que toca à conduta proibida do artigo 73, VII, da Lei nº 9.504/1.997 ante a conclusão de sua gravidade *a priori*, como forma de resgatar o equilíbrio nas disputas eleitorais.

Palavras-chave: Eleições. Utilização da máquina pública. Desequilíbrio.

Abstract: The use of the public machine causes more unbalance in the elections with each passing day, and the lack of of ethics of the political agents to use the money of the taxpayer to selfpromote reached the novelty, reason why it is proposed a reversal of the argumentative onus about the prohibited conduct of article 73, VII, of Law nº 9.504/1.997, because it is gravity in abstract, as a way of rescuing the balance in the electoral disputes.

Keywords: Elections. Use of the public machine. Imbalance.

Artigo recebido em 20 jun. 2017 e aprovado em 25 set. 2017.

1 Introdução

A relação da Administração Pública com as eleições na jovem democracia brasileira é palco para todo tipo de perplexidade. O voto de cabresto, as eleições a bico-de-pena, o fenômeno do coronelismo, o Estado Novo getuliano (usando da peculiar expressão do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho), o período de chumbo do regime militar, e outros tantos episódios lamentáveis da nossa história institucional, marcaram a preocupação dos participantes da última Assembleia Nacional Constituinte.

Mais recentemente, o caso "Mensalão" e a Operação "Lava Jato" trouxeram à tona o assalto ao Estado Nacional como forma de perpetuação no poder num sistema de "*cleptocracia*" inédito. Ou nem tanto, pois há quem diga que as fraudes já existiam desde a delimitação espacial introduzida nestas terras com o Tratado de Tordesilhas. (FAORO, 2012).

Porto (2012, p. 16) lembra que "já no período colonial, nas únicas eleições que ocorriam, então, para a escolha dos 'juízes, vereadores, almotacés e outros oficiais', ouviam-se reclamações de que os pleitos se fizessem 'com subornos e induzimentos'

Faoro (2012, p. 819) [1], a esse respeito, é cirúrgico:

> De Dom João I a Getúlio Vargas, numa viagem de seis séculos, uma estrutura político-social resistiu a todas as transformações fundamentais, aos desafios mais profundos, à travessia do oceano largo. O capitalismo politicamente orientado – o capitalismo político, ou o pré-capitalismo –, centro da aventura, da conquista e da colonização moldou a realidade estatal, sobrevivendo, e incorporando na sobrevivência o capitalismo moderno, de índole industrial, racional na

[1] Segundo o autor, nem mesmo a transição da Monarquia para a República surtiu qualquer efeito prático significativo nas incontáveis fraudes eleitoraiss: "A passagem do regime imperial ao republicano irá acentuar a exacerbar a função eleitoral do coronel. Tirar-lhe-á as albardas centrais, não para autonomizá-lo, mas para entregá-lo aos poderes estaduais. Esta transição está na essência dos acontecimentos que partem do 15 de novembro. O Governo Provisório, instalado em nome da soberania nacional, momentaneamente representa pelas forças armadas, pretendia, na forma de promessa inscrita no seu primeiro ato, legitimar a revolução com o 'pronunciamento definitivo da nação, livremente expressado pelo sufrágio popular'. A tarefa estava definida: converter a opinião republicana, até então largamente minoritária, na opinião dominante. Nada mais simples. Substituir-se-ia a farsa eleitoral monárquica pela farsa eleitoral republicana, com a mesma unanimidade". FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. 5ª ed. São Paulo: Globo, 2012, pp. 700-1.

> técnica e fundado na liberdade do indivíduo – liberdade de negociar, de contratar, de gerir a propriedade sob a garantia das instituições. A comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios, como negócios privados seus, na origem, como negócios públicos depois, em linhas que se demarcam gradualmente. O súdito, a sociedade, se compreendem no âmbito de um aparelhamento a explorar, a manipular, a tosquiar nos casos extremos. Dessa realidade se projeta, em florescimento natural, a forma de poder, institucionalizada num tipo de domínio: o patrimonialismo, cuja legitimidade assenta no tradicionalismo – assim é porque sempre foi.

A briga pelo poder (e para manter-se no poder político) é, indubitavelmente, um fenômeno complexo que precisa de remédio amargo. Não é por outro motivo que o ordenamento jurídico, em especial a Constituição, elenca bens jurídicos objeto de peremptória proteção pelo Direito Eleitoral, quais sejam, a igualdade de oportunidades, a lisura, a legitimidade, e a probidade contra toda e qualquer sorte de abuso de poder (art. 14, §9º, da CF/88), como forma de tornar um pouco mais sadia a disputa eleitoral.

No que atine ao aludido regramento constitucional, diz Ribeiro (1997, p. 10) que:

> [...] além dos casos de inelegibilidade nesta (leia-se, CF/88) definidos, outros serão contemplados por lei complementar, ficando a esta reservado traçar a armação estratégica para 'proteger a normalidade e a legitimidade das eleições' ameaçadas por abusos de poder em suas diferentes origens e modalidades.

A conformação jurídica dessa anunciada proteção das regras de normalidade democrática ocorre de várias formas, como por exemplo e dentre outras, criminalizando condutas atentatórias à liberdade do voto, instituição do voto secreto, ampla legitimação dos atores processuais e previsão de amplo leque de ações judiciais de repressão a ilícitos eleitorais, instituição de regras de desincompatibilização e, ainda, tipificação de atos antijurídicos por parte de agentes públicos (condutas vedadas) – o que importa, em especial, à presente análise.

A esse propósito, Salgado (2010) elenca duas categorias de vícios na liberdade do voto: (a) diretas, dentre as quais se inserem a coação, a fraude, a corrupção e a compra de votos; e (b) indireta, caracterizada por

restrições ou favorecimentos a determinados discursos políticos ou por tratamento diferenciado a partidos e candidatos.

O abuso do poder político quase sempre é dissimulado, disfarçado, não atingindo de maneira direta a liberdade de voto do eleitor, de modo que, ao se inserir na categoria de vício indireto na liberdade de escolha eleitoral, reclama maiores cuidados do intérprete legal, sendo imprescindível a fundamentação convincente a propósito de sua ocorrência, sob pena de violação, na precisa lição de Jorge e Rodrigues (2014), do princípio "*in dubio pro* sufrágio" [2].

Sob a nomenclatura "abuso de autoridade", Ribeiro (1997, p. 496) conceitua o abuso do poder político:

> Há abuso de autoridade quando os instrumentos do poder público são aleivosamente manipulados para favorecimento a candidatos ou agremiações políticas. Essa intromissão abusiva pode manifestar-se em forma de pressões através de desmandos policiais, com detenções frequentes e por fúteis pretextos, com abertura despropositada de inquéritos, com buscas pessoais vexatórias e tantas outras mazelas engendradas para atemorização de adversários dos grupos governistas.
>
> Outras vezes a atividade abusiva de autoridade revela-se, ao contrário, com empenhos e intromissões no processo político, disseminando favores, com nomeações ou promoções políticas, com manipulação de recursos oficiais, utilização de veículos e aeronaves oficiais em proveito de candidatos patrocinados pelo oficialismo, com a pulverização de ajudas financeiras às proximidades dos pleitos, enfim, por diferentes maneiras em que fica demonstrado o envolvimento de órgãos públicos na disputa eleitoral.

Por outro lado, existem condutas que foram de antemão recortadas pelo legislador como hipóteses de quebra da igualdade de oportunidades, as quais receberam a nomenclatura de "*condutas vedadas*". Sobre o tema, confira-se a doutrina de Gomes (2016, pp. 315-6):

[2] Destaca-se o seguinte excerto encontradiço *op.cit.*, p. 145: "[...] é importantíssimo que se mantenha vivo o princípio *in dubio pro* sufrágio para que o Poder Judiciário Eleitoral não fragilize a democracia representativa, só admitindo a cassação de mandatos políticos em situações que sejam evidentes e incontestes a prova do abuso de poder, da corrupção eleitoral, etc.".

> No Brasil, é público e notório que agentes públicos se valem de suas posições para beneficiar candidaturas. Desde sua fundação, sempre houve intenso uso da máquina administrativa estatal: ora são as incessantes (e por vezes inúteis) propagandas institucionais (cujo real sentido é, quase sempre, promover o agente público), ora são as obras públicas sempre intensificadas em anos eleitorais e suas monótonas cerimônias de inauguração, ora são os acordos e as trocas de favores impublicáveis, mas sempre envolvendo o apoio da Administração Pública, ora é o aparelho do Estado desviado de sua finalidade precípua e posto a serviço de um fim pessoal, ora são oportunísticas transferências de recursos de um a outros entes federados.
>
> [...]
>
> Atenta a essa realidade, a Lei nº 9.504/97 proibiu aos agentes públicos, servidores ou não, a consecução de certas condutas. Trata-se das chamadas *condutas vedadas*, previstas nos artigos 73 a 78 daquele diploma [...].

É dizer: a simples existência do art. 73, incisos e parágrafos, da Lei nº 9.504/1997 pressupõe, logicamente, uma condição de vantagem natural daqueles que estão no exercício do poder político no seio do Poder Executivo [3], não só pela sua condição hierárquica, como também pela qualidade de portador da chave do cofre do dinheiro do contribuinte, árvore de muitos e contínuos frutos, o que se agravou com a introdução da reeleição no ano de 1997.

Abra-se um parêntese a propósito da reeleição. A irrelegibilidade, na expressão de Porto (2017), é vital para se minorar (porque evitar completamente é impossível no campo jurídico, sendo um fenômeno inerente ao campo moral-cultural) o uso da máquina pública para fins privados.

Sobre o tema da reeleição, calha a transcrição da crítica acerba do ex-Senador constituinte Cavalcanti (2002, p. 166 apud PORTO, 2017, p. 53):

---

[3] Nesse mesmo sentido, SALGADO, Eneida Desiree; BERNARDELLI, Paula. *A adoção da reeleição para o Poder Executivo no Brasil e suas incoerências com o sistema constitucional e eleitoral*. In: **Reeleição Presidencial nos sistemas políticos das Américas**. SANTANO, Ana Cláudio (Coord.). Curitiba: Íthala, 2015, p. 102. Destaca-se, a propósito do assunto: "No artigo 73 da Lei das Eleições, Lei nº 9.504/97, há uma série de condutas que são 'tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais'. Para configuração destas condutas não é necessário demonstrar a má-fé ou o desvio de finalidade do agente público: a lei presume um comportamento antirrepublicano e ímprobo dos candidatos e os candidatos à reeleição não são excluídos dessa reputação legal".

> De que poderosos meios não poderá lançar mão o presidente que pretender se fazer reeleger? Admitir presidente candidato é expor o eleitorado à pressão, corrupção e fraude na mais larga escala. Já de si a eleição presidencial engendra no país agitação não pequena e temerosa; e o que não se dará quando o candidato for o homem que dispõe da maior soma de poder e força, pela sua autoridade, pelos vastos recursos que pode pôr em ação para impor sua reeleição? E que perturbação na administração pública e que enorme prejuízo para o país no emprego de elementos oficiais como esse fim?

Porto (2017, p. 53) destaca, ainda, os debates da Comissão do Itamaraty que antecederam a Constituição de 1934:

> Em 1933, no anteprojeto elaboro pela "Comissão do Itamaraty", propôs-se que o Presidente seria eleito por um quadriênio e não poderia ser reeleito "senão seis anos depois de terminado o seu período presidencial", havendo João Mangabeira, no debate, entendendo sábia a Constituição de 1891 quando evitara a reeleição: "Não fora essa proibição e não haveria um só presidente que não fosse reeleito, sem competir".

A Emenda Constitucional 16, ao inserir na Constituição o instituto da reeleição, ocasionou grave distorção no quadro eleitoral, tanto é assim que todos os Presidentes da República foram reeleitos daí em diante, o que, por outro lado, torna ainda mais importante o combate do abuso do poder político, sobretudo pelas hipóteses do artigo 73, da Lei nº 9.504/1997, tratando-se de legislação essencial à saúde da democracia brasileira.

Retomando o raciocínio anterior ao recorte atinente à reeleição, Zílio (2016, p. 586) salienta que "o legislador presume que tais condutas, efetivamente, inclinam-se a desigualar os contendores". Ou seja, mera incursão do agente público em uma das hipóteses previstas no extenso rol legal do dispositivo alhures referenciado denota, a princípio, a quebra da igualdade de oportunidades na corrida eleitoral, na medida em que a condição de titular de função pública beneficiou a pretensão política iminente do agente estatal, em detrimento de seu(s) concorrente(s) que não conta(m) com a mesma sorte, salvo em hipótese de conduta "substancialmente irrelevante".

A respeito da igualdade de oportunidades, objeto de proteção do artigo 73, da LGE (Lei Geral das Eleições), confira-se a lição de Fux e Frazão (2016, p. 119):

> O princípio da igualdade de chances (*Chancengleichheit*), também referido como igualdade de oportunidades, é um mandamento nuclear na seara eleitoral. Sua *origem* remonta ao direito alemão. Aludido princípio reclama uma postura de neutralidade do Estado em face dos *players* da competição eleitoral (*i.e.*, partidos, candidatos e coligações), de forma a coibir a formulação de desenhos e arranjos que favoreçam determinados atores em detrimento de outros.

Outrossim, impende salientar que algumas condutas vedadas revelam-se mais danosas do que outras. As hipóteses previstas na legislação eleitoral vão de simples utilização de materiais e servidores da administração em proveito próprio – o que não é nada incomum em se tratando de Brasil –, até a excessiva canalização de dinheiro público em publicidade institucional no ano eleitoral (art. 73, VII, da Lei nº 9.504/1.997), conduta esta que se reveste da maior gravidade entre todos aquelas previstas no rol legal, a qual, justamente por isso, merece tratamento mais acurado.

2 A Lesividade da Excessiva Publicidade Institucional em Ano Eleitoral

Ao tratar especificamente do inciso VII do artigo 73 da Lei Geral das Eleições, ensina Zílio (2016, p. 621) que "o objetivo do legislador é sofrear a difusão massiva de publicidade institucional em ano eleitoral, afetando a voluntariedade de opção de sufrágio do eleitor, com quebra na igualdade de oportunidade entre os candidatos" – o que se pretende evitar é "que o administrador concretize uma forma indireta de financiamento público de campanha, sob o pretexto da efetivação do princípio da publicidade".

Leal (2012, p. 61) lembra que justamente "nos períodos que precedem às eleições é que o ambiente de opressão atinge o ponto agudo". Canalizado o dinheiro público para a publicidade, é certo que os adversários da gestão ordenadora da despesa, no primeiro semestre do ano eleitoral, sofrerão uma saraivada de ataques, na mesma intensidade com que a figura do gestor será promovida a patamares inalcançáveis pelos seus opositores, sobretudo em municípios pequenos, onde a força do erário é decisiva.

De forma mais direta, numa análise não propriamente jurídica, Bucci (2015, p. 65) obtempera, ao tratar dos critérios da publicidade institucional: "Ela é pública no financiamento (primeiro critério), embora possa não ser quanto aos outros dois: os processos decisórios dos quais emerge e a finalidade que busca alcançar".

Gomes (2016, p. 764), por seu turno, aduz que em razão da "sofisticação das técnicas de *marketing*, é ingenuidade acreditar que a propaganda institucional não promove sobremaneira a imagem e os feitos de quem a autoriza", a evidenciar a lesividade da hipótese legal em apreço. E não é exagero dizer que a publicidade institucional no Brasil, a pretexto de informar, serve, na maioria esmagadora dos casos, como forma de promover a imagem do governante, ao arrepio do §1º [4] do artigo 37 da Constituição Federal, não sendo nenhuma surpresa a quantidade significativa de ações de improbidade voltadas contra o uso do Erário para fins meramente particulares.

Daí o porquê da gravidade *a priori* dessa conduta, porque a um só tempo se verifica a ocorrência dos três tipos tradicionais de abuso de poder no Direito Eleitoral (sem contar a infringência à Lei de Improbidade Administrativa [5]). Abusa-se do poder político, porque a máquina governamental é voltada para propósitos pessoais como forma de alavancar candidatura [6]. Abusa-se do poder econômico, porque há um aumento exponencial das despesas no ano eleitoral, com a agravante de serem recursos do contribuinte [7].

---

[4] §1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

[5] Nesse sentido, igualmente, o §7º do artigo 73 da Lei nº 9.504/1997: "As condutas enumeradas no caput caracterizam, ainda, atos de improbidade administrativa, a que se refere o art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e sujeitam-se às disposições daquele diploma legal, em especial às cominações do art. 12, inciso III".

[6] Veja-se, ainda, o que disposto no artigo 74 da Lei nº 9.504/1997: "Configura abuso de autoridade, para os fins do disposto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, a infringência do disposto no §1º do art. 37 da Constituição Federal, ficando o responsável, se candidato, sujeito ao cancelamento do registro ou do diploma".

[7] A esse respeito, confira-se BUCCI, *op. cit.*, p. 63: "[...] a comunicação pública aí está, mais ou menos como uma montanha na planície. Montanha milionária: além de ser visível e palpável, é também sensível ao bolso do contribuinte, custando alguns bilhões de reais por ano aos cofres públicos".

E, ainda, utilizam-se indevidamente os meios de comunicação social [8], porquanto a publicidade institucional é feita também (e, sobretudo) nesses instrumentos (televisão, rádio, jornais, mídia eletrônica), em franca desigualdade com os demais competidores.

Mais especificamente sobre o uso indevido dos meios de comunicação, o que pode perfeitamente ser verificado pela hipótese do inciso VII do artigo 73 da Lei nº 9.504/1997, confira-se (BUCCI, pp. 330-1):

> Os veículos de comunicação social têm alcance e penetração inimagináveis na nossa população e diversas são as formas de beneficiar ou prejudicar um partido ou candidato, seja por mensagem direta ou indireta ao eleitor. O uso do meio impresso enaltecendo algum candidato e seus feitos políticos, com uma roupagem de reportagem isenta sem que na verdade o seja, a ampla e repetitiva divulgação de notícias e fatos deliberadamente em desfavor de apenas um candidato, etc. são formas de se usar indevidamente os meios de comunicação social.

Em estudo com o título "Strategic Political Communication: Mobilizing Public Opinion in Audience Democracies", Haspeter Kriesi destacou o papel dos meios de comunicação social na formação da opinião pública:

> The media increasingly constitute the crucial channel for conveying politics. In the processo, they not only provide information, but they also become actors of their own in the political process.
> […]
> Media commentaries are of particular importance in this contexto. Commentaries serve to define and interpret political problems, their provide analisys of their causes ("diagnostic framing") and formulate solutions ("prognostic framing").
> […]
> With the surveys the organize and the results they stage as public events, the media routinely put established political actors under public pressure.

[8] Diz BUCCI (*op. cit.*, pp. 66-67): "[...] a finalidade da chamada comunicação pública não é outra que não a de fixar, para o governo, uma imagem positiva na opinião pública, por meio de um investimento público que gerará dividendos privados nas eleições seguintes. Como se vê, o nosso problema é um senhor problema".

> […]
> Using pools and presinting them as medias events, the media are also able to create political facts. (ESSER, 2004 apud JOBIM, 2016, p. 39).

Por sua vez, Alvim (2017, p. 42) enumera dez estratégias comuns do uso indevido dos meios de comunicação social (as quais serão enumeradas na ordem citada pelo autor para fins de organização):

> (1) a escolha tendenciosa de pautas (algumas vezes reforçada por uma descabida insistência ou um intempestivo resgate de temas específicos benéficos a candidatos prediletos ou prejudiciais a candidatos preteridos), manifestada também pelo que não se publica;
> (2) o *timing* tendencioso, como nos casos de fatos perniciosos momentaneamente silenciados para virem à luz na véspera ou na própria data do pleito;
> (3) a redução ou superexposição do tempo de cobertura, mais comum em meios audiovisuais, sujeitos à obrigação de conferir tratamento isonômico entre os participantes;
> (4) a omissão ou redução de destaque na divulgação de pesquisas de intenção de votos cujos resultados desagradem a linha editorial do veículo;
> (5) o oferecimento de cobertura com visibilidade desproporcional, colocando em exagerada evidência a figura de um candidato em detrimento dos demais;
> (6) a marginalização de atores, deixando-os de fora de rodadas de entrevistas ou negando-lhes convites para a participação em debates;
> (7) a recusa ou a obstrução do acesso a espaços de propaganda comercializáveis, no caso da mídia impressa;
> (8) a recusa deliberada ou a simulação de problemas técnicos como justificativa para a não reprodução total ou parcial de programas ou spots de propaganda referentes ao horário eleitoral gratuito;
> (9) a desabilitação de ferramentas de comentários em notícias pontuais, a fim de bloquear a possibilidade de apresentação de desmentidos ou versões alternativas, por parte do público interativo;
> (10) a realização de maquiagem informativa, conferindo às reportagens velados matizes ideológicos, a partir da construção elaborada de pontos de vista suspeitos ou que excluam uma ótica plural.

O governo, maior anunciante das concessionárias de televisão e rádio, e, sobretudo das novas mídias digitais, pode impor aos seus credo-

res facilmente a maioria dessas estratégias [9], especialmente para sufocar a oposição e bombardear alvos estratégicos, a multiplicar exponencialmente o perigo da destinação excessiva e ilegal de dinheiro no ano eleitoral, revelando-se a conduta vedada do inciso VII do artigo 73 da Lei nº 9.504/1997 como verdadeira bomba atômica, apta a destruir qualquer candidatura oposicionista.

Para piorar, a maioria dos casos é feita mediante a utilização de ardis. Alvim (2017, p. 42), no referido artigo, aduz que "a abordagem midiática desigual pode ocorrer sob as mais variadas formas, inclusive as mais sutis". Da mesma forma, Bucci (2015, p. 23) a respeito da campanha eleitoral fora do período eleitoral "[...] age por meio de subterfúgios. Ela visa produzir no eleitorado uma predisposição de fundo, um vínculo de simpatia aos futuros candidatos que o governo, no devido tempo, irá apresentar à sociedade".

Por conta disso, a jurisprudência vem tratando, já há certo tempo, a incidência no referido dispositivo legal com significativo rigorismo. No *leading case* de Goiás (eleições 2002), o TSE assim se posicionou:

> Propaganda institucional estadual. Governador. Responsabilidade. Ano eleitoral. Média dos últimos três anos. Gastos superiores. Conduta vedada. Agente público. Art. 73, VII, da Lei nº 9.504/97. Prévio conhecimento. Comprovação. Desnecessidade.
> 1. É automática a responsabilidade do governador pelo excesso de despesa com a propaganda institucional do estado, uma vez que a estratégia dessa espécie de propaganda cabe sempre ao chefe do executivo, mesmo que este possa delegar os atos de sua execução a determinado órgão de seu governo.
> 2. Também é automático o benefício de governador, candidato à reeleição, pela veiculação da propaganda institucional do estado, em ano eleitoral, feita com gastos além da média dos últimos três anos.
> Recurso conhecido e provido [10].

[9] Destaca ALVIM, *op. cit.*, p. 43: "Há, como se nota, amplo espaço para a manipulação da opinião pública, desde a eleição do conjunto de temas a serem discutidos (agenda--*setting*) e da forma de aproximação e representação da realidade (enquadramento), até a escolha de palavras (seleção léxica) e imagens (seleção icônica) utilizadas, sendo claro que a arbitrariedade das escolhas é completamente ignorada pelos consumidores da informação (BARROS FILHO, 2003, p. 71)".

[10] Recurso Especial Eleitoral nº 21307, Relator Min. Francisco Peçanha Martins, Relator designado Min. Fernando Neves da Silva, Publicação: DJ - Diário de Justiça, Volume 1, Data 06/02/2004, página 146.

Nos debates que antecederam o pedido de vista do Ministro Fernando Neves, a Corte já sinalizava (como de fato se registrou ao final) preocupação quanto a se fazer letra morta do dispositivo legal, principalmente ante a gravidade da conduta tendente a afetar a igualdade de chances eleitorais. Tanto é assim que a Corte Superior, no citado caso, aplicou a multa em grau máximo:

> A aplicação da multa no valor máximo, por transgressão à regra do art. 73, VII, da Lei nº 9.504/97, justifica-se pelo uso da propaganda institucional em benefício do candidato à reeleição e, ainda, pela grande monta de recursos, o que evidencia a gravidade da infração" [11].

O tratamento se torna ainda mais severo a partir do advento da Lei Complementar nº 135/2010, na medida em que não se passa mais a exigir a "potencialidade lesiva" da conduta, mas apenas a "gravidade das circunstâncias". A doutrina de ponta registrou com precisão essa reforma introduzida com a Lei da Ficha Limpa:

> Frise-se que não é mais necessário que se perquira a *potencialidade de o ato causar* desequilíbrio do pleito eleitoral, para configurá-lo como ensejador da hipótese de cabimento do art. 221 da lei. Com a alteração promovida pela LC 135/2010, e, a nova redação dada ao inc. XVI, basta que as circunstâncias que caracterizam o ato tido como indevido seja tipificadora da abusividade para que o mesmo seja tomado como tal. Ora, deixou-se de lado a potencialidade do efeito do ato como capaz de configurá-lo como abusivo para considerar apenas as suas características e circunstâncias em que foi realizado. Retira-se do *efeito do ato* e coloca-se na sua *essência* o elemento que determinará se ele é ou não abusivo. (JORGE; RODRIGUES, 2014, p. 331).

Tal raciocínio se reforça quando o Tribunal Superior Eleitoral, ao interpretar conduta vedada relacionada à publicidade institucional (art. 73, VI, b, da Lei nº 9.504/97), entende que aquela "[...] qual seja, veiculação de publicidade institucional nos três meses anteriores ao pleito, reclama, para

[11] Embargos de Declaração no Recurso Especial Eleitoral nº 21307, Relator Min. Fernando Neves Da Silva, Publicação: DJ - Diário de justiça, Volume 1, Data 19/03/2004, página 123.

sua configuração, apenas e tão somente a realização do ato ilícito, tornando-se desnecessária a comprovação de potencialidade lesiva" [12].

O Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, em precedente luminoso, bem delineou a problemática tocante à hipótese do inciso VII do artigo 73 da Lei das Eleições (gastos com publicidade no ano eleitoral):

> ELEIÇÕES 2012 - RECURSOS - DESPESAS COM PUBLICIDADE INSTITUCIONAL EM PERÍODO VEDADO - ART. 73, INCISO VI, "B", DA LEI N. 9.504/1997 - CONFIGURAÇÃO - CONDENAÇÃO EM MULTA - MÍNIMO LEGAL - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA - ART. 73, INCISO VII, DA LEI N. 9.504/1997 - MÉDIA DOS GASTOS NOS TRÊS ÚLTIMOS ANOS OU DO ÚLTIMO ANO IMEDIATAMENTE ANTERIOR - LIMITES LEGAIS ULTRAPASSADOS - EXCESSIVO AUMENTO DAS DESPESAS COM PUBLICIDADE INSTITUCIONAL, SUPERIOR À MÉDIA DE GASTOS DOS ÚLTIMOS TRÊS ANOS ANTERIORES AO PLEITO - DESEQUILÍBRIO DA DISPUTA ELEITORAL CONFIGURADO - GRAVIDADE DA CONDUTA - CONDENAÇÃO EM MULTA E CASSAÇÃO DOS DIPLOMAS DOS REPRESENTADOS - INELEGIBILIDADE - EFEITO DA CONDENAÇÃO A SER DECLARADO EM EVENTUAL/FUTURO REGISTRO DE CANDIDATURA.
>
> Mantendo-se dentro dos limites legais de gastos com publicidade institucional, os candidatos à reeleição já têm uma evidente vantagem sobre os demais, extrapolando-os, realizando despesas excessivas com propaganda oficial no ano da eleição, fica patente o desrespeito à paridade da disputa eleitoral, com comprometimento da regularidade e legitimidade do pleito, o que deve ser exemplarmente combatido, com a cassação dos mandatos conquistados por meio desse artifício [13].

No *case* Brusque/SC, o Tribunal Superior Eleitoral manteve o critério interpretativo do Regional catarinense, o que deu azo, inclusive, à reforma do dispositivo legal pelo Congresso Nacional:

---

[12] Recurso Especial Eleitoral nº 20871, Acórdão, Relator Min. Luiz Fux, Publicação: DJE - Diário de Justiça eletrônico, Tomo 149, Data 06/08/2015, páginas 53-4.

[13] TRE-SC - RECURSO CONTRA DECISOES DE JUIZES ELEITORAIS nº 117173, Acórdão nº 31103 de 04/11/2015, Relator BÁRBARA LEBARBENCHON MOURA THOMASELLI, Publicação: DJE - Diário de JE, Data 11/11/2015.

ELEIÇÕES 2012. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. CONDUTA VEDADA. GASTOS EXCESSIVOS COM PUBLICIDADE INSTITUCIONAL NO PRIMEIRO SEMESTRE DO ANO DA ELEIÇÃO. ABUSO DE PODER POLÍTICO/AUTORIDADE. DESVIRTUAMENTO DA PUBLICIDADE INSTITUCIONAL NO PRIMEIRO SEMESTRE DO ANO DA ELEIÇÃO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

[...]

3. O Tribunal Regional Eleitoral concluiu pela cassação do diploma, declaração de inelegibilidade e aplicação de multa com fundamento em conduta vedada (extrapolação dos gastos com publicidade institucional) e abuso do poder político (desvirtuamento da publicidade institucional).

4. Conduta vedada e gastos com publicidade institucional: os gastos com publicidade institucional não podem ultrapassar a média dos três anos anteriores ou a do ano imediatamente anterior à eleição - art. 73, inciso VII, da Lei nº 9.504/1997. A compreensão sistemática das condutas vedadas, que busca justamente tutelar a igualdade de chances na perspectiva da disputa entre candidatos, leva à conclusão de que, no primeiro semestre do ano da eleição, é autorizada a veiculação de publicidade institucional, respeitados os limites de gastos dos últimos três anos ou do último ano, enquanto, nos três meses antes da eleição, é proibida a publicidade institucional, salvo exceções (art. 73, inciso VI, alínea b, da Lei nº 9.504/1997). Consequentemente, os gastos com publicidade institucional, no ano de eleição, serão concentrados no primeiro semestre, pois no segundo semestre, além das limitações, algumas publicidades dependem de autorização da Justiça Eleitoral. O critério a ser utilizado não pode ser apenas as médias anuais, semestrais ou mensais, nem mesmo a legislação assim fixou, mas o critério de proporcionalidade. O acórdão regional demonstra que os gastos no primeiro semestre de 2012 (R$1.340.891,95 - um milhão, trezentos e quarenta mil, oitocentos e noventa e um reais e noventa e cinco centavos) representaram aproximadamente: 68% dos gastos realizados em 2011 (R$1.958.977,91 - um milhão, novecentos e cinquenta e oito mil, novecentos e setenta e sete reais e noventa e um centavos), 24% a mais do que os realizados em 2010 (R$1.079.546,97 - um milhão, setenta e nove mil, quinhentos e quarenta e seis reais e noventa e sete centavos) e 94% dos gastos do ano de 2009 (R$1.415.633,93 - um milhão, quatrocentos e quinze mil, seiscentos e trinta e três reais e noventa e três centavos), o que dispensa maiores cálculos matemáticos acerca da

> evidente desproporcionalidade das despesas com publicidade institucional no primeiro semestre de 2012, a revelar quebra da igualdade de chances. Some-se a isso o fundamento ressaltado pelo acórdão regional de que "os números demonstram que os gastos em excesso foram bastante expressivos, superiores a 80% (oitenta por cento) do valor autorizado por lei, o que torna a conduta ainda mais grave" (fl. 356).
> 5. Abuso de poder político no desvirtuamento da publicidade institucional: o princípio da publicidade, que exige o direito e o acesso à informação correta dos atos estatais, entrelaça-se com o princípio da impessoalidade, corolário do princípio republicano. A propaganda institucional constitui legítima manifestação do princípio da publicidade dos atos da administração pública federal, desde que observadas a necessária vinculação a temas de interesse público - como decorrência lógica do princípio da impessoalidade - e as balizas definidas no art. 37, § 1º, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual, "a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos". Enquanto a propaganda partidária é um canal de aproximação entre partidos e eleitores, disponível a todas as agremiações registradas no Tribunal Superior Eleitoral, a publicidade institucional de municípios é uma ferramenta acessível ao Poder Executivo local e sua utilização com contornos eleitorais deve ser analisada com rigor pela Justiça Eleitoral, sob pena de violação da ideia de igualdade de chances entre os contendores - candidatos -, entendida assim como a necessária concorrência livre e equilibrada entre os partícipes da vida política, sem a qual fica comprometida a própria essência do processo democrático. Acórdão regional que demonstra concretamente grave desvirtuamento da publicidade institucional. É inviável o reenquadramento jurídico dos fatos.
> 6. Desprovimento do recurso [14].

De se ver, portanto, não ter a Justiça Eleitoral, via de regra, poupado o mandato daqueles que de qualquer forma se aproveitaram do Erário para elevar a publicidade institucional em ano eleitoral, violando de forma

[14] TSE - Recurso Especial Eleitoral nº 33645, Acórdão de 24/03/2015, Relator Min. GILMAR FERREIRA MENDES, Publicação: REPDJE - Republicado DJE, Tomo 73, Data 17/4/2015, Página 45/46 DJE - Diário de Justiça eletrônico, Tomo 72, Data 16/4/2015, página 92-3.

chapada a Lei nº 9.504/1997 e, consequentemente, o vetor da igualdade de oportunidades.

Por outro lado, convém esclarecer o que se tem por "despesa" para fins de configuração da incidência do agente público na hipótese do artigo 73, VII, da Lei nº 9.504/1997. A esse propósito, Zílio (2016, p. 621) se posiciona:

> [...] a despesa – que é prevista no art. 73, VII, da LE – não se subsume apenas aos valores efetivamente gastos pelo erário, abrangendo também os valores empenhados e liquidados. A exegese do dispositivo compreende a expressão "*despesas*", de modo a abarcar todas as obrigações assumidas pelo órgão público, pois uma publicidade contratada, mesmo não paga, já é passível de veiculação, revelando-se suscetível de influenciar o equilíbrio do processo eleitoral, através da exposição da Administração Pública no período vetado.

Não é outra a orientação jurisprudencial que promana do Tribunal Superior Eleitoral:

> Recurso especial. Representação. Conduta vedada. Art. 73, VII, da Lei nº 9.504/97.
> 1. O Tribunal Regional Eleitoral entendeu não configurada a conduta vedada do art. 73, VII, da Lei nº 9.504/97, reconhecendo que as despesas com publicidade em Município, efetivamente realizadas em 2012, não ultrapassaram o limite legal. Diante das premissas contidas no voto condutor da decisão recorrida, seria necessário reexaminar os fatos e as provas contidas nos autos para concluir, ao contrário, que foram realizados gastos acima da média legal no ano da eleição. Incidem, no particular, as Súmulas 7 do STJ e 279 do STF.
> 2. O art. 73, VII, da Lei nº 9.504/97 previne que os administradores públicos realizem no primeiro semestre do ano da eleição a divulgação de publicidade que extrapole o valor despendido no último ano ou a média dos três últimos, considerando-se o que for menor. Tal proibição visa essencialmente evitar que no ano da eleição seja realizada publicidade institucional, como meio de divulgar os atos e ações dos governantes, em escala anual maior do que a habitual.
> 3. A melhor interpretação da regra do art. 73, VII, da Lei das Eleições, no que tange à definição - para fins eleitorais do que sejam despesas com publicidade -, é no sentido de considerar o momento da liquidação, ou seja, do reconhecimento oficial de que o serviço foi

> prestado - independentemente de se verificar a data do respectivo empenho ou do pagamento, para fins de aferição dos limites indicados na referida disposição legal.
> 4. A adoção de tese contrária à esposada pelo acórdão regional geraria possibilidade inversa, essa, sim, perniciosa ao processo eleitoral, de se permitir que a publicidade realizada no ano da eleição não fosse considerada, caso a sua efetiva quitação fosse postergada para o ano seguinte ao da eleição, sob o título de restos a pagar, observados os limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal [15].
>
> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONDUTA VEDADA. ART. 73, VII, DA LEI Nº 9.504/97. DESPESAS COM PUBLICIDADE DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS EM ANO ELEITORAL SUPERIOR À MÉDIA DOS GASTOS REALIZADOS NOS TRÊS ANOS QUE ANTECEDERAM O PLEITO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO. SÚMULA Nº 182/STJ. DESPROVIMENTO.
> 1. O tecnicismo a que alude o agravante, pretendendo a aplicação rigorosa dos conceitos próprios do direito financeiro, não resulta na interpretação do disposto no art. 73, VII, da Lei nº 9.504/97 mais consentânea com os princípios constitucionais da razoabilidade e da moralidade, não sendo possível utilizar-se a expressão "despesas" no sentido pretendido, quando o espírito da lei é combater o excesso de dispêndio com publicidade dos órgãos públicos ou respectivas entidades da administração indireta em anos eleitorais.
> 2. Fundamento não infirmado (Súmula nº 182/STJ) [16].

De fato, em um campo já propício a fraudes e ardis de toda a sorte, é correta e prudente a delimitação da fase de liquidação do gasto público como fator de contabilidade das despesas para fins legais, porque esse é momento no qual o serviço é prestado ao órgão público, resultando daí os impactos na coletividade, atingindo diretamente o bem jurídico tutelado pela norma, a saber, a igualdade de oportunidades.

---

[15] Recurso Especial Eleitoral nº 67994, Acórdão, Relator Min. Henrique Neves Da Silva, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 242, Data 19/12/2013.

[16] Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 176114, Acórdão de 26/05/2011, Relator Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 25/08/2011, Página 19 RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 22, Tomo 3, Data 26/05/2011, Página 156.

Alvim (2016, p. 494) defende, nesse particular, "que os valores antes gastos devem ser corrigidos, a fim de evitar defasagens que conduzam a injustiças, o que ocorre quando, num país em que a inflação aumenta, o julgador se amarre a valores nominais". Não há como deixar de concordar com a advertência, sob pena de condenar o ordenador de despesa por injusta variação do poder real da moeda.

Como se vê, a conduta vedada específica do artigo 73, VII, da Lei nº 9.504/1997, diferentemente das demais [17] constantes do rol legal, possui gravidade *a priori*, isto é, a subsunção do agente público pressupõe, a menos em hipóteses de ultrapassagem em percentual ínfimo, a quebra absoluta da igualdade de chances, o que sugere não só a aplicação da sanção pecuniária, mas também a cassação do registro e/ou a desconstituição do diploma.

Ou seja, inverte-se (assim se propõe) o ônus argumentativo, porquanto possuindo gravidade *a priori*, numa atenta leitura de todo o plexo normativo-eleitoral, cabe ao agente público transgressor convencer a Justiça Eleitoral de que, embora tenha agido ao arrepio da regra legal, não se desequilibrou o certame a ponto de se aplicar a pena capital, o que pode ocorrer em casos de urgência e relevância pública em determinada área vital, como, por exemplo, epidemias, surtos de criminalidade, desastres naturais (tempestades; tornados; nevoeiro; desabamentos) etc.

Do contrário, e ainda mais num cenário de proibição de doações por pessoas jurídicas, a máquina pública ditará os rumos da maioria dos pleitos eleitorais, dos grandes Estados aos menores Municípios, compensando torrar o erário em publicidade institucional se a penalidade *a priori* aplicada for apenas sanção pecuniária, a qual não raras vezes será paga mediante a utilização da mesma estrutura pública já utilizada para promover o agente público, num odioso ciclo vicioso.

[17] A esse propósito, confira-se: "RECURSO ELEITORAL - AIJE - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL - VEICULAÇÃO DE PUBLICIDADE INSTITUCIONAL - SITIO DA CÂMARA MUNICIPAL NA INTERNET - PERÍODO VEDADO - ABUSO DE PODER - NÃO CONFIGURADO - APLICAÇÃO DE MULTA - SANÇÃO PROPORCIONAL AO ILÍCITO - CIRCUNSTÂNCIAS DE CADA CASO CONCRETO. 1.A veiculação de publicidade institucional durante o período de três meses antes do pleito constitui justa causa para aplicação de multa aos responsáveis e candidatos beneficiados, não se impondo, sempre e só por isso, a cassação do diploma ou a declaração de inelegibilidade, se as características de cada caso concreto não indicarem a gravidade do ato". (Recurso Eleitoral nº 36935, ACÓRDÃO nº 24035 de 28/04/2014, Relatora MARIA HELENA GARGAGLIONE PÓVOAS, Publicação: DEJE - Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 1640, Data 14/05/2014, página 2-8)

3 Impedimentos e Ilícitos Eleitorais: a brutal – e imprescindível – diferença de tratamento

Quando se propõe controle judicial rigoroso aos ilícitos eleitorais, fatalmente se faz necessário enfrentar a questão, volta e meia levantada, referente ao indesejável fenômeno de judicialização das eleições. Ao assim fazer, é importante tocar num ponto crucial não tão explorado pela doutrina: a diferença de tratamento a ser dado pela Justiça Eleitoral entre as ações que envolvem impedimentos para a disputa (inelegibilidade/condição de elegibilidade) e as ações de prevenção/repressão a ilícitos eleitorais.

O direito político de se candidatar, como já tive a oportunidade de escrever (CYRINEU, 2016), é uma das mais fundamentais prerrogativas do cidadão, inserindo-se na categoria de direitos humanos, pelo menos sob a ótica do Pacto de São José da Costa Rica, razão pela qual o seu não reconhecimento deve se dar em hipóteses excepcionais.

Ao tratar do governo democrático, Dahl (2015, p. 127) assevera que nenhuma democracia prescinde de um corpo de "direitos, liberdades e oportunidades", incluindo-se neste seleto rol, dentre outros, "o direito de votar na escolha das autoridades, em eleições livres e imparciais; o direito de concorrer a cargos eletivos; o direito à liberdade de expressão; o direito de formar e participar de organizações políticas independentes".

Nessas hipóteses, o que está em jogo é a possibilidade de tomar parte das decisões coletivas, de modo que qualquer restrição deve passar pelo filtro da teoria dos direitos fundamentais (SILVA, 2017) [18], mediante análise pormenorizada ao sabor do princípio da proporcionalidade.

Diferente é, contudo, a análise que se deve fazer em sede de ações de prevenção/repressão a ilícitos eleitorais. É truísmo dizer que todo direito guarda consigo um dever correspondente (SARLET, 2012) [19] , mas é preciso que se diga: ao direito fundamental de se candidatar corresponde o dever,

[18] Adotamos a proposta de SILVA, Virgílio Afonso da. in **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed., 4ª tir., São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

[19] SARLET, 2012, p. 227, a esse propósito, leciona: "Não é a toa que a máxima de que direitos não podem existir sem deveres segue atual e mais do que nunca exige ser levada a sério, ainda mais quando na atual CF houve menção expressa, juntamente com os direitos, a deveres fundamentais, como dá conta a redação do art. 5º, *caput*, ao se referir aos direitos e deveres individuais e coletivos, isto sem levar em conta outras referências diretas a deveres ao longo do texto constitucional".

também de estatura fundamental, de respeitar as regras constitucionais e legais de disputa.

Quiçá o Direito Eleitoral seja a área mais sensível à teoria dos deveres fundamentais, na medida em que a Constituição Federal, ao disciplinar as regras de alcance dos postos políticos (CF, art. 14, §9º [20] e 10 [21], *verbi gratia*), impõe uma série de cuidados e limitações, exigindo, ao fim e ao cabo, o *fair play* dos contendores. Cidadania, participação ativa e democracia – três palavras que, a pretexto de imprimirem prerrogativas ao cidadão, trazem consigo, de forma ínsita, a ideia de deveres fundamentais.

A esse propósito, confira-se a doutrina constitucional contemporânea:

> O reconhecimento de deveres fundamentais diz com a participação ativa dos cidadãos na vida pública e implica, na acepção de José Carlos Vieira de Andrade, "um empenho solidário de todos na transformação das estruturas sociais", portanto, reclama um mínimo de responsabilidade social no exercício da liberdade individual e implica a existência de deveres jurídicos (e não apenas morais) de respeito pelos valores constitucionais e pelos direitos fundamentais, inclusive na esfera das relações entre privados, justificando, inclusive, limitações ao exercício dos direitos fundamentais. Com efeito, as limitações aos direitos fundamentais não se encontram unicamente fundamentadas na ordem subjetiva das liberdades ou direitos dos outros particulares (como propõe a teoria liberal burguesa ou clássica dos direitos fundamentais), mas também por razões de ordem objetiva, representadas pelas justas exigências da moral, da ordem pública e do bem numa sociedade democrática. (SARLET, 2012, p. 228).

Ao explanar sobre os deveres fundamentais, o mestre de Coimbra os divide em duas categorias: os deveres de caráter econômico-social e os deveres cívico-políticos (CANOTILHO, 2003), a evidenciar a íntima ligação dessa categoria jurídica com o Direito Eleitoral.

---

[20] §9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

[21] §10. O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

Canotilho (2003) propõe, entretanto, cautela redobrada no tocante à instituição de deveres fundamentais *ex lege*, invocando a doutrina dos direitos fundamentais como forma de evitar excessos. Diz ele: "[...] como a criação ex lege de deveres fundamentais implica, muitas vezes, uma restrição da esfera jurídica dos cidadãos, impõe-se um regime particularmente cauteloso semelhante ao das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias". (CANOTILHO, 2003, p. 534).

Da mesma forma Silva (2017, p. 102) adverte que "nem tudo aquilo que se refira à forma de exercício de uma liberdade é mera regulamentação". É dizer, "é perfeitamente possível que com base em medidas aparentemente inofensivas e meramente regulamentadoras o exercício de um direito fundamental possa ser restringido de forma contundente. O que aparenta ser mera regulamentação é, na verdade, restrição".

Postas essas balizas, é imperioso destacar, no entanto, relembrando a distinção inicial feita neste tópico, a preponderância do interesse público na observância das regras eleitorais constitucionais e legais, não podendo o voto popular, expressão máxima da soberania, servir como salvo-conduto para o cidadão eleito mediante desrespeito ao *fair-play*.

Ao tratar da hermenêutica tocante ao abuso de poder, Ribeiro (1998, p. 46), ao conclamar, sobretudo, à adoção de medidas de caráter preventivo, assevera:

> Deve, portanto, o aparelhamento de controle mobilizar-se com presteza para que os abusos sejam interrompidos em tempo, não completando o processo degenerativo, com a transmutação da liberdade em licenciosidade e o comportamento da autoridade em despotismo. Não podem os órgãos que estão incumbidos da aplicação da codificação eleitoral permitir seja esta apontada como estando a carecer de medida de pronta eficácia, transferindo à lei, uma omissão que pertence, nessas circunstâncias, exclusivamente ao aplicador.

O direito fundamental do cidadão é o de participar das decisões coletivas, principalmente mediante a submissão do seu nome ao escrutínio popular, prerrogativa essa que só pode ser suprimida em casos gravíssimos. Isto é, não há direito fundamental de participar da forma como bem entender, praticando tudo aquilo que lhe vier em mente, tendo em vista que a liberdade que se protege para o ingresso na disputa é infinitamente maior do que aquela que se busca resguardar no *iter* da competição político-eleitoral.

É possível defender, portanto, a existência de dois momentos distintos de preponderância alternada de interesses: na primeira fase do processo eleitoral, momento da admissão das candidaturas, deve preponderar o direito do cidadão de ter seu nome avalizado para a disputa, porquanto se trata de um direito político fundamental de estatura não só constitucional como também internacional (o direito de participação política é inserido na categoria de direitos humanos).

Na segunda fase, contudo, se sobrepõe o interesse comunitário de observância irrestrita às regras estabelecidas, previamente estudadas e legisladas para evitar que um competidor comece a corrida em posição mais avançada do que o outro, ou que, no meio da competição, haja práticas não republicanas com o fito de ludibriar a autenticidade eleitoral.

De modo que, ainda que se exija máxima cautela para a previsão de regras tipificadoras de ilícitos eleitorais, sobretudo aquelas que rendam ensejo à cassação do registro e/ou desconstituição do diploma/mandato eletivo, fato é que o rol de condutas vedadas da Lei nº 9.504/1997, ao regulamentar hipóteses concretas de abuso de poder (econômico, político, político-econômico etc.), longe de arranhar a fonte formal/material de sua validade (Constituição Federal), felizmente instituiu, pode-se assim dizer, deveres fundamentais legais, de caráter notadamente preventivo do desequilíbrio competitivo, os quais têm papel sobranceiro na fase de controle da validade/lisura do pleito eleitoral.

A desconstituição de mandatos conquistados ao arrepio das regras constitucionais e legais, longe de se configurar como uma espécie de atuação *ultra vires* da Justiça Eleitoral, insere-se no desejado dever-poder de *accountability* impregnado em vários pontos da Lei Magna, não sendo válida, portanto, a crítica hodierna de que os juízes eleitorais estão agindo desmedidamente, porquanto a soberania popular deve ser respeitada mediante manifestação autêntica do corpo eleitoral, a qual só se aperfeiçoa se as regras de *fair play* forem rigorosamente respeitadas.

Isso, aliás, já foi constatado por Ribeiro (1998, p. 24) há duas décadas:

> Parecia que a jurisdicionalização do controle eleitoral teria estancado os desmandos provindos de autoridades públicas, com a utilização da maquinaria estatal em favor dos partidos e candidatos afeiçoados aos grupos situacionistas.
> Foi-se observando, porém, de eleição para eleição, que recomeçavam

> de forma cada vez mais nociva e ousada as intromissões indébitas do poder público, exacerbando o clientelismo político, com prestações de serviços ou admissão de pessoal em larga escala, ou afetação de situações vantajosas a servidores públicos como prebendas eleitorais. O patrimônio público experimentava rateios nos funerais governamentais, mas, de tudo, o mais profundamente danoso é a descrença que se apossava do povo em suas instituições, vendo-as deformadas em suas aplicações, amontoando-se causas para armazenar o seu dissenso e pouco ou quase nada restando para vingar um lastro consensual, que conduz à coesão coletiva e estimula a estabilidade dos sistemas políticos.

Portanto, o rigoroso controle jurisdicional, além de não ser recente, como muitos advogam, revela-se essencial à saúde da democracia brasileira, não sendo por outra razão que Jorge e Rodrigues (2012, p. 283) obtemperam atualmente:

> A verdade é que a cultura arraigada de corrupção e abuso de poder nas eleições, que foi marca indelével da política brasileira, a tal ponto que foi necessária a criação da Justiça Eleitoral como meio para se terminar com as fraudes, ainda está presente nos diversos rincões do país e nos milhares de Municípios espalhados pelo Brasil, onde impera a ignorância, o analfabetismo e a prática de compra de votos. Não há outro caminho senão moralizar o processo eleitoral com a intervenção do Poder Judiciário, que deve ter a máxima cautela de apenas o fazer quando existir provas robustas que justifiquem a alteração do resultado das urnas [...].

É impossível não reconhecer o papel imprescindível da Justiça Eleitoral em *terrae brasilis*, revelando-se mesmo injusta, portanto, a crítica infundada de que juízes eleitorais estão interferindo na soberania popular: não é verdade. A prática de ilícitos eleitorais é que viola a soberania popular, porquanto a sua manifestação deve ser autêntica, é dizer, dentro do formato preestabelecido pelo Constituinte e pelo legislador, e é papel do Poder Judiciário fazer prevalecer o império da lei.

4 Considerações Finais

Atenta ao longo histórico de abusos e ilicitudes cometidos nos pleitos eleitorais, a Assembleia Nacional Constituinte grafou no texto cons-

titucional forte mensagem de repressão à utilização abusiva do dinheiro e do poder, à improbidade e à imoralidade nos pleitos, de forma a prevalecer o princípio da máxima igualdade de oportunidades.

O desenho constitucional, e principalmente o legal, se conformaram de forma a se evitar que o poderio econômico e a máquina administrativa tivessem condição de desequilibrar as eleições, propiciando um ambiente de disputa regular, equânime e sadio, com previsão de condutas ilícitas por parte de agentes públicos tendentes a afetar a igualdade de chances.

O ponto fora da curva, indubitavelmente, foi a Emenda Constitucional nº 16/1997, a qual, ao instituir a possibilidade de reeleição no Poder Executivo, esgarçou a máxima igualdade de chances. Nas palavras de Mello (1997, p. 5-14), permitir a reeleição de quem já se encontra no exercício do cargo é "inculcar imbecilidade à norma jurídica", isto é, "o mais rematado absurdo, a mais completa inconsistência, a mais radical estultice, a mais cabal incongruência da Lei Magna".

E as instituições tiveram que conviver com a reeleição, resultando não só daí, mas, sobretudo por isso, uma maior atuação da Justiça Eleitoral a fim de reprimir o uso da máquina pública, destacando-se a cassação por abuso de poder político e por prática de condutas vedadas.

Dentre o rol das condutas proibidas, assume relevo aquela inserta no inciso VII do artigo 73 da Lei nº 9.504/1997, como explanado à exaustão, por envolver a estrutura administrativa, com servidores e canais de acesso, quantia significativa de dinheiro do contribuinte, e, ainda, o uso enviesado dos meios de comunicação social, inviabilizando, ou ao menos reduzindo significativamente, a possibilidade de sucesso de qualquer oposição.

Daí porque ter se defendido a inversão do ônus argumentativo, porquanto possuindo gravidade *a priori*, numa atenta leitura de todo o plexo normativo eleitoral, cabe ao agente público transgressor convencer que, embora tenha agido ao arrepio da regra legal, não se desequilibrou o certame a ponto de desconstituição do diploma.

É necessário coibir essa prática, a qual, além de ser ilícito eleitoral, volta e meia envolve, ainda, improbidade administrativa, crimes contra a administração pública e violação ao §1º do artigo 37 da Constituição Federal, devendo a Justiça Eleitoral não poupar o mandato eletivo conquistado ao arrepio da referida norma proibitiva.

Mais que isso: a sintomática situação costumeiramente observada nos pleitos eleitorais referente à publicidade institucional [22] sugere a reflexão a propósito do tema, como forma de evitar que os recursos financeiros à disposição da Administração não escorram pelo ralo da corrupção ou se enviese para a promoção pessoal de um grupo em detrimento da comunidade.

Referências

ALVIM, Frederico Franco. **Curso de Direito Eleitoral**. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2016, p. 494.

_____. O Peso da Imprensa na Balança Eleitoral. Efeitos, estratégias e parâmetros para o exame da gravidade das circunstâncias em hipóteses de uso indevido dos meios de comunicação social. **Resenha Eleitoral (Florianópolis), v. 20, n. 2, p. 33-60, maio 2017**, p. 42.

BUCCI, Eugênio. **O Estado de Narciso: a comunicação pública a serviço da vaidade particular**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 65.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 534.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. **Constituição Federal brasileira (1891)**. Brasília: Senado Federal, 2002, p. 166 apud PORTO, Walter Costa, 2017, p. 53.

CYRINEU, Rodrigo Terra. Direitos políticos como categoria de direitos humanos e sua interpretação pretoriana: da necessária recuperação do garantismo em sede de análise do sufrágio passivo. In: PEREIRA, Rodolfo Viana; SANTANO, Ana Cláudia (Orgs.). **Conexões Eleitoralistas**. Belo Horizonte: Abradep, 2016. p. 219-239. ISBN 978-85-93139-01-7. Disponível em: http://bit.ly/2ebcaFj

DAHL, Robert A. **A constituição norte-americana é democrática**? Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2015, p. 127.

ESSER, Frank; PFESTSCH, Barbara. Comparing Political Communication: Theories, Cases and Challenges. Cambridge University Press, 2004 apud JOBIM, Alexandre Kruel. A influência dos meios de comunicação no processo eleitoral. In **Sistema político e Direito Eleitoral brasileiros**: estudos em homenagem ao Ministro Dias Toffoli. NORONHA, João Otávio de; KIM, Richard Pae (Coords). São Paulo: Atlas, 2016, p. 39.

[22] Leitura disponível em: <http://www.folhamax.com.br/politica/juiz-cassa-prefeita-e-vice-em-vg-por-abuso-da-maquina-na-eleicao-de-2016/128667>

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. 5ª ed. São Paulo: Globo, 2012.

FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. **Novos Paradigmas do Direito Eleitoral.** Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 119.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2016, pp. 315-6.

JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Eleitoral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 144 e seguintes.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto**. 7ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 61.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Desincompatibilização e inelegibilidade de chefes de Executivo. **Revista Trimestral de Direito Público**, 18, 1997, p. 5-14.

PORTO, Walter Costa. **Dicionário do voto**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lexicon, 2012, p. 16.

_____. A constituição de 1988 e nossa cena eleitoral e partidária. In **Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988: análise crítica**. MENDES, Gilmar Ferreira; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (coords.). São Paulo: Saraiva, 2017, p. 53.

RIBEIRO, Fávila. **Direito Eleitoral**. 4ªed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 10.

_____. **Abuso de poder no Direito Eleitoral**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 46.

SALGADO, Eneida Desirée. **Princípios Constitucionais Eleitorais**. Edição inicial. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 35

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed., 4ª tir., São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

ZÍLIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**. 5ª ed., Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 586.

Rodrigo Cyrineu - Advogado. Especialista em Direito Administrativo, Direito Constitucional e Direito Eleitoral pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso. Membro-fundador e atual tesoureiro da ABRADEP (Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político).

Mutações Legais no Direito Eleitoral: repercussões no sistema das invalidades eleitorais e na renovação das eleições

Legal Mutations in Election Law: repercussions for the validity and repeat of elections

João Andrade Neto

Resumo: O artigo trata do sistema de invalidades e de defesa da autenticidade das eleições. Propõe-se a estudar dois casos de mutação legal relativos à interpretação e à aplicação do art. 224, do Código Eleitoral – referentes, portanto, à invalidação da votação e à convocação de novas eleições pela Justiça Eleitoral. Por analogia ao conceito de mutação constitucional, de Jellinek (1991), as mutações legais se definem como alterações das normas infraconstitucionais sem mudança textual formal, provocadas não pelos legisladores, mas pelos intérpretes, sem que estes demonstrem consciência de que o fazem. O primeiro caso estudado consiste na redução das causas de invalidação da votação na circunscrição como um todo, o segundo, no desaparecimento dos meios autônomos para a decretação de invalidade. Resulta dessas mutações o paradigma atual acerca do tema, consubstanciado nos ED no RESPE 139-25. Nos termos dessa decisão proferida pelo TSE em 2016, somente o indeferimento do registro ou a cassação do registro, do diploma ou do mandato de candidato eleito autorizam a convocação de eleições suplementares. Confrontando-se a doutrina e a jurisprudência anteriores e posteriores à CRFB/88, demonstra-se que esse paradigma se estabeleceu sem que fossem enfrentadas e superadas as premissas teóricas e jurisprudenciais da concepção precedente.

Palavras-chave: Mutação legal. Causas de invalidade da votação. Renovação das eleições. Eleições suplementares.

Abstract: This essay deals with the Brazilian system of laws on the validity and authenticity of elections. Its purpose is to analyse two cases of legal mutation regarding the interpretation and application of article 224 Electoral Code, which authorizes the Election Justice to invalidate and call for the repeat of elections. By analogy to the concept of constitutional mutation (JELLINEK), legal mutation are defined as changes in infra-constitutional norms that do not result from authoritative alteration passed by the legislative body. They are the result of the interpreters' activity instead, although these interpreters do not show awareness of the process. The first case the essay analyses consists in the reduction of the admitted causes for invalidating the election in the entire electoral jurisdiction; the second consists in the disappearing of the appeals of invalidation. The current understanding of the Superior Election Court on these matters, stated in ED RESPE 139-25, judged 2016, derives from these mutations. In this case, the Court ruled that elections must be repeated only if elected candidates have their registration or mandates denied or cancelled by the Election Justice. Comparing specialized literature and case-law from before and after the Federal Constitution, this essay demonstrates that the current practice and understating on these matters were set without properly overruling the preceding conception.

Keywords: Legal mutations. Invalidation of election. Repeal of elections. Supplementary elections.

Artigo recebido em 1º jul. 2017 e aprovado em 25 set. 2017.

1 Introdução

Este artigo discute algumas inconsistências das construções doutrinária e jurisprudencial referentes à aplicação do art. 224, do Código Eleitoral (CE). Sustenta-se que, desde pelo menos a promulgação da CRFB/88, o Direito Eleitoral relativo ao *sistema de invalidades e de defesa da autenticidade das eleições* passou por mutações legais que não foram inteiramente compreendidas e assimiladas pela doutrina e pela jurisprudência, mesmo antes da última Minirreforma eleitoral, de 2015. Por analogia ao conceito de mutação constitucional de Jellinek (1991, p. 7), define-se mutação legal como a mudança da norma infraconstitucional, ou legal, sem alteração textual formal, provocada por fatos "que não têm de vir acompanhados pela intenção, ou consciência, de tal mutação.".

O conceito de mutação legal contrapõe-se ao de reforma legislativa. A mutação legal é fruto da atividade dos intérpretes; no caso sob análise ela decorre de guinadas bruscas na jurisprudência do TSE. Já a reforma legislativa, assim definida por analogia ao conceito de reforma constitucional de Jellinek (1991, p. 7), consiste na modificação dos textos legais "produzida por ações voluntárias e intencionadas" do próprio legislador. O Direito Eleitoral se modifica não somente pelas reformas eleitorais que se sucedem a cada eleição – como a promovida pela Lei nº 13.165, em 2015 –, mas também, pelas mutações legais, ou mudanças no entendimento dos tribunais e da doutrina, acerca de conceitos e institutos desse ramo jurídico.

O problema é que, enquanto as reformas eleitorais recebem ampla atenção dos eleitoralistas, e frequentemente reverberam mesmo na mídia não especializada, as mutações legais no Direito Eleitoral são pouco ou nada estudadas, apesar de impactarem diretamente a interpretação e, consequentemente, a aplicação do Direito das eleições.

Advirta-se que não é objetivo deste trabalho problematizar o conceito de mutação constitucional ou a teoria de Jellinek (1991). Remete-se o leitor, porém, a autores que o fazem [1]. No que impacta esta pesquisa, parte-se do suposto de que as mutações legais possuem as seguintes características:

- são causadas por fatos ou elementos externos à argumentação jurídica – como a implementação do sistema eletrônico de votação e das urnas eletrônicas –, os quais são apreensíveis a partir

[1] Ver, por exemplo, Bulos (1996), Pedra (2009), Pedron (2012) e Vecchi (2005).

da perspectiva do observador (ANDRADE NETO, 2016b, p. 870-871) e, portanto, objeto da sociologia ou historiografia jurídicas;

- repercutem na argumentação jurídica, internamente, na medida em que implicam significativas mudanças na interpretação dos textos legais e, consequentemente, no conteúdo propriamente normativo (proibições, permissões e obrigações) deles derivados;
- ocorrem pela ação dos intérpretes do texto – juízes, promotores, acadêmicos e demais participantes dos debates acerca do que o Direito é ou diz (ANDRADE NETO, 2016b, p. 870-871), embora esses, individualmente considerados, não necessariamente tenham consciência do papel que exercem quando operam as mudanças. As mutações legais, ou interpretativas, são, portanto, "inorganizadas", pois ocorrem "de um modo implícito, espontâneo, quase imperceptível, sem seguir formalidades legais." (BULOS, 1996, p. 28).

A inconsciência é elemento essencial do conceito, que o diferencia do ativismo judicial ou da deliberada instrumentalização da jurisdição, praticada por quem voluntária e arbitrariamente submete a função jurisdicional a resultados desejados, ou a exerce a fim de realizar alguma concepção pessoal de bem comum (ANDRADE NETO, 2016a, p. 280-281; CRUVINEL, 2013, p. 124-136). Por inconsciência, alude-se não à ausência de representação subjetiva, individual, do fenômeno, mas ao fato de que ele não se apresenta como tal à comunidade de intérpretes. Assim, embora não seja possível afirmar ao certo se os indivíduos que operam as mudanças tinham ou não consciência dela, eles se comportam como se não tivessem. Em se tratando de alterações jurisprudenciais, como no caso em estudo, os tribunais promovem verdadeiras guinadas em sua própria jurisprudência sem o dizer expressamente, isto é, desconsiderando por completo julgados anteriores e a *ratio decidendi* que os orientava.

É precisamente em razão da falta de consciência da comunidade de intérpretes diante da mutação que o problema destacado por este trabalho se coloca. A mutação legal do Direito Eleitoral operada pela jurisprudência de um tribunal como o TSE, e respaldada pela doutrina, ocorre sem que as premissas da interpretação anterior sejam enfrentadas e superadas, logo, sem o que, a partir da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (CPC), se convencionou chamar de *overruling*.

Nesse processo, perde-se a possibilidade de reconstruir o sentido histórico dos conceitos ou institutos jurídicos como uma cadeia de sucessivas concepções que dialogam entre si, as seguintes com as anteriores. Como consequência, são notáveis os prejuízos para a integridade do Direito Eleitoral e para a segurança jurídica dos indivíduos a ele submetidos.

Os dois casos de mutação legal eleitoral selecionados neste trabalho dizem respeito ao *sistema eleitoral de invalidades e de defesa da autenticidade das eleições*. São eles: a redução do sentido do art. 222, do CE, que passou a ser lido como se as causas de anulabilidade nele previstas se restringissem aos ilícitos eleitorais típicos (abuso de poder, conduta vedada, captação de sufrágio etc.), e não incluíssem outros vícios do processo eleitoral; e o desaparecimento, na doutrina e na jurisprudência, dos meios autônomos para a decretação da invalidade de atos eleitorais, as arguições de invalidade.

Resultam dessas mutações as seguintes ideias, que compõem o paradigma hoje dominante no Direito Eleitoral:

- só o indeferimento do registro de candidato eleito (§3º do art. 175 do CE), ou a cassação do registro, do diploma ou do mandato de candidato eleito, em virtude da prática de um ilícito eleitoral típico (art. 222, do CE) autorizam a convocação de eleições suplementares;
- a invalidação da votação e a consequente renovação das eleições é, necessariamente, efeito externo da decisão judicial que indefere o registro de candidatura, ou julga procedentes as ações eleitorais típicas: a ação de impugnação do registro de candidatura (AIRC), o recurso contra expedição de diploma (RCED), a ação de impugnação do mandato eletivo (AIME), a ação de investigação judicial eleitoral (AIJE) ou a representação prevista no art. 22, da LC nº 64/90.

Ambas as ideias estão expressas nos Embargos de Declaração no Recurso Especial Eleitoral (ED no RESPE) 139-25, nos quais o TSE estabeleceu o paradigma vigente para interpretação e aplicação do art. 224, do CE (BRASIL, 2016).

A argumentação desenvolvida se estrutura da seguinte forma: a seção seguinte expõe o *sistema eleitoral de invalidades e de defesa da autenticidade das eleições*, explorando suas inconsistências, que autorizam divergências doutrinárias e jurisprudenciais. A seção 3 trata da primeira mutação legal

selecionada: a redução do sentido do art. 222, do CE, que limitou as anulabilidades passíveis de ocasionar a renovação das eleições àquelas decorrentes dos ilícitos eleitorais típicos. Já a seção 4 discute a segunda mutação legal aqui destacada: o desaparecimento dos meios autônomos para a decretação da invalidade da votação, que só subsiste no sistema eleitoral como efeito externo da decisão judicial que julga as ações eleitorais de arguição de inelegibilidade ou as ações para apuração dos ilícitos eleitorais típicos. Ao final, por meio da comparação entre concepções doutrinárias e jurisprudenciais atuais e anteriores, pretende-se demonstrar que a evolução dos conceitos e da prática eleitoral a respeito dessas matérias ocorreu sem que as premissas da interpretação superada fossem enfrentadas, criando novas inconsistências que dificultam a compreensão sistêmica do Direito Eleitoral, e comprometem a segurança jurídica dos indivíduos a ele submetidos.

2 O Sistema das Invalidades Eleitorais e da Defesa da Autenticidade das Eleições

Inicialmente, cumpre entender como as regras relativas à renovação de eleições previstas no Código Eleitoral, se relacionam ao sistema eleitoral das invalidades. A questão já era de interesse da doutrina mesmo antes da Lei nº 13.165/15 [2], embora, anteriormente à CRFB/88, recebesse tratamento secundário. É esclarecedor comparar o espaço destinado à renovação das eleições pela geração de 'eleitoralistas' que adquiriram renome antes de 1988 com a importância dada ao tema pelos juristas cujas obras mais famosas sucederem à Constituição Federal.

O caso mais notável é o de Fávila Ribeiro e de seu manual "Direito Eleitoral", cuja primeira edição data de 1976. A terceira edição da obra, lançada em 1988, tem 620 páginas e dedica um capítulo à "Invalidade de Atos Eleitorais", destaca-se, no entanto, que as eleições suplementares decorrentes da anulação de votos que ultrapassasse a metade da votação na circunscrição só são mencionadas em uma página (RIBEIRO, 1988, p. 319).

Compare-se com o espaço destinado à matéria por Rodrigo López Zilio(2016, p. 73-79), o qual, na 5ª edição do livro "Direito Eleitoral", de 2016, dedica 6 páginas especificamente à renovação das eleições decorrente da invalidade dos votos. Merece destaque, ainda, José Jairo Gomes(2010, p. 581-594, 2016, p. 841-854), nas edições quarta e décima segunda do livro

[2] Vejam-se, por exemplo, Almeida Neto (2014, cap. 3), Gomes (2009) e Zílio (2013).

"Direito Eleitoral", de 2010 e 2016, respectivamente, reserva à matéria um capítulo inteiro, ou 13 páginas.

Na realidade, a atenção dedicada ao tema da convocação de novas eleições cresce à medida que aumentam o número de cassações de registros, mandatos e diplomas.

A relação entre a invalidação de votos – decorrente ou não da cassação de registros, mandatos e diplomas – e a convocação de novas eleições se estabelece explicitamente em razão do disposto no *caput* do art. 224 do CE, cuja redação se mantém inalterada desde a promulgação do Código Eleitoral, em 1965:

> 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. (destaque nosso)

O *caput* do art. 224 do CE estipula uma relação de imputação – ou de causalidade jurídica (SCHREIBER, 2013, p. 55) – entre a invalidação de votos, à qual se refere como "nulidade", e a convocação de novas eleições. Esta é consequência, ou efeito "anexo" (ZILIO, 2016, p. 73), externo ou extrínseco, legalmente atribuído àquela e, portanto, inafastável, indissociável e juridicamente necessário [3]. Tal relação não é aleatória, mas orientada a um fim, como, de resto, toda legislação eleitoral o é. O art. 219, do CE dispõe que "Na aplicação da lei eleitoral o juiz atenderá sempre aos fins e resultados a que ela se dirige, abstendo-se de pronunciar nulidades sem demonstração de prejuízo."(BRASIL, 1965).

A finalidade geral das nulidades e anulabilidades eleitorais é indicada pelo princípio constitucional da legitimidade. Para proteger a autenticidade das eleições tanto em sentido formal quanto substantivo, o Código Eleitoral estabeleceu um sistema de invalidades. As inconsistências desse sistema estão no cerne dos problemas relativos à convocação de novas eleições e à interpretação da nova redação do art. 224, do CE.

[3] O conceito de efeitos jurídicos extrínsecos, em oposição aos intrínsecos, é essencial a vários subsistemas eleitorais. Sobre sua importância para o subsistema das inelegibilidades, ver Gresta at al. (2012, p. 207).

2.1 O Princípio da Autenticidade das Eleições

O "princípio constitucional da autenticidade eleitoral" (SALGADO, 2010, p. 36)aparece na literatura especializada com diferentes nomes, às vezes como "integridade" (ALVIM, 2015), outras, como verdade, "veracidade ou sinceridade"(ZILIO, 2013), por exemplo. A própria CRFB/88 não fala em autenticidade, mas em "normalidade e legitimidade das eleições" (BRASIL, 1988). O §9º do art. 14 da CRFB/88 expressamente determina que o Poder Legislativo promulgue uma lei complementar que crie hipóteses de inelegibilidade, a fim de proteger a normalidade e a legitimidade das eleições.

De qualquer maneira, independentemente do nome que se dê à autenticidade, há duas maneiras de compreender o conceito. O primeiro sentido desse termo é formal: ele supõe que as eleições são autênticas se efetivamente conduzidas em conformidade com o devido processo eleitoral constitucional e legal. Ou seja, as eleições são legítimas se todo o processo eleitoral se desenvolve de acordo com o que está previsto em lei ou na Constituição, desde o registro de candidaturas até a diplomação dos eleitos, passando pela votação propriamente dita. Nesse sentido, autenticidade significa respeito às regras do jogo, ou aos procedimentos a serem seguidos, os quais, de todo modo, "devem ser amparados em garantias de igualdade e de liberdade, sob pena de ilegitimidade do sistema representativo." (SALGADO, 2010, p. 33.)

O segundo sentido desse termo é substantivo e diz respeito ao resultado das eleições. Ele tem de ser fidedigno, isto é, corresponder à real vontade do eleitor, que só pode vir à tona em um ambiente jurídico-institucional que garanta a liberdade de consciência e reserve ao indivíduo um espaço protegido para reflexão (SALGADO, 2010, p. 41-48). Esse princípio impõe que fatores como os "recursos econômicos dos candidatos, seu acesso aos meios de comunicação de massa e o exercício de cargo ou função pública por algum deles" sejam indiferentes para o resultado da votação, de modo que somente fatores como "os programas políticos e as qualidades dos líderes [...]" sejam "considerados relevantes na disputa eleitoral."(SALGADO, 2010, p. 34.)

Para proteger a autenticidade das eleições em ambos os sentidos, tanto formal quanto substantivo, o legislador se valeu não apenas das inelegibilidades, como exige o §9º do art. 14 da CRFB/88, mas também do

sistema das invalidades eleitorais, que abrangem nulidades e anulabilidades. Nas palavras de Ribeiro (1988, p. 395), "a invalidação é um corretivo de elevado alcance para coibir atentados à liberdade do eleitor e à lisura dos pleitos.". Segundo o jurista, trata-se de uma sanção que visa "evitar os desvirtuamentos à vontade do eleitorado [...]" e "desestimular tudo o que possa desfigurar a verdade eleitoral." (RIBEIRO, 1988, p. 395). Esse sistema de invalidades é integrado pelos arts. 165, 175 e 219 a 223, do CE.

2.2 O Sistema das Invalidades Eleitorais e suas Inconsistências

A despeito de agruparem-se aqui os arts. 165, 175 e 219 a 223, do CE em um sistema, as inconsistências decorrentes de sua interpretação conjunta são patentes. Tentando se apegar a algum critério que ofereça um mínimo de coerência ao tratamento dado pelo Código Eleitoral às hipóteses de invalidade, a doutrina tenta extrair sentido da letra da lei.

Por um lado, eleitoralistas como Bramraiter (2013, p. 65-69), diferenciam entre as invalidades que afligem o voto (§1º do art. 175 do CE), a cédula (*caput* do art. 175 do CE) e a votação (arts. 220 e 221, do CE). Por outro lado, Gomes (2016, p. 618-619, 626-627) separa as hipóteses textuais de nulidade (arts. 175 e 220, do CE) das de anulabilidade (art. 221 daquele diploma). A nulidade poderia ser alegada de ofício pela Junta Eleitoral ou declarada, mediante provocação, pelo órgão judicial, e teria efeitos retroativos, *ex tunc*; já anulabilidade só poderia ser reconhecida mediante arguição e teria efeitos *ex nunc*, não retroativos.

Esse esforço interpretativo tem sido em vão, porém, pois, "algumas vezes, o termo nulidade é usado [pelo Código Eleitoral] em sentido amplo, identificando-se com invalidade, abarcando, pois, a anulabilidade. Por processo metonímico, tomou-se a espécie pelo gênero." (GOMES, 2009, p. 72).

As inconsistências do sistema das invalidades eleitorais são em muito decorrentes dessa má-técnica legislativa, como se exporá a seguir.

2.2.1 Nulidades previstas no Código Eleitoral

O art. 175, do CE, que trata de hipóteses de nulidade, exemplifica bem a falta de apuro técnico do legislador. De acordo com Ribeiro (1988, p. 397), nele "figuram as nulidades referentes a vícios sobre os sufrágios individualmente considerados.". Mas isso só é parcialmente verdadeiro. De fato,

os §§1º e 2º do art. 175 do CE tratam da nulidade dos votos decorrente do mero erro do eleitor ao preencher a cédula de votação para as eleições majoritária e proporcional, respectivamente [4]. Entretanto, o *caput* e os incisos do art. 175 do CE tratam da nulidade das cédulas de votação, e os efeitos dos vícios a que se referem têm potencial de dano para o processo eleitoral maior do que o do simples erro do votante, pois podem indicar fraude. É o caso da votação em cédulas não oficiais ou não autenticadas ou passíveis de levar à identificação do eleitor [5]. Nestes casos, pode-se estar diante de um ilícito eleitoral doloso, e não do mero erro ou descuido do eleitor [6].

A má-técnica legislativa de agrupar em um mesmo artigo – e assim sugerir o mesmo tratamento jurídico a – situações cuja gravidade é tão diversa só não gera mais estranheza que a leitura dos parágrafos seguintes, pois, apesar dos problemas mencionados, o *caput* e os §§1º e 2º do art. 175 do CE têm algo em comum: tratam de invalidades decorrentes de vícios nos meios ou instrumentos físicos envolvidos no ato de votar.

A manifestação do eleitor não se aperfeiçoou porque faltava algum elemento essencial: ou não podia ser conhecida, era defeituosa, por-

[4] §1º Serão nulos os votos, em cada eleição majoritária: I - quando forem assinalados os nomes de dois ou mais candidatos para o mesmo cargo; II - quando a assinalação estiver colocada fora do quadrilátero próprio, desde que torne duvidosa a manifestação da vontade do eleitor. § 2º Serão nulos os votos, em cada eleição pelo sistema proporcional: I - quando o candidato não for indicado, através do nome ou do número, com clareza suficiente para distingui-lo de outro candidato ao mesmo cargo, mas de outro partido, e o eleitor não indicar a legenda; II - se o eleitor escrever o nome de mais de um candidato ao mesmo cargo, pertencentes a partidos diversos, ou, indicando apenas os números, o fizer também de candidatos de partidos diferentes; III - se o eleitor, não manifestando preferência por candidato, ou o fazendo de modo que não se possa identificar o de sua preferência, escrever duas ou mais legendas diferentes no espaço relativo à mesma eleição." (BRASIL, 1965).

[5] Art. 175. Serão nulas as cédulas: I - que não corresponderem ao modelo oficial; II - que não estiverem devidamente autenticadas; III - que contiverem expressões, frases ou sinais que possam identificar o voto." (BRASIL, 1965).

[6] Observe-se que é um erro considerar que os atos eleitorais inválidos são lícitos e reservar a expressão "ilícitos eleitorais" apenas aos ilícitos eleitorais típicos, como, por exemplo, o abuso de poder, as condutas vedadas ou a captação ilícita de sufrágio. Nas palavras de Mello (2006, p. 51), "se a contrariedade a direito constitui elemento cerne da ilicitude e é, também, o fundamento da invalidade dos atos jurídicos, não é possível extrair-se outra conclusão senão a de que o ato jurídico inválido integra o gênero fato jurídico ilícito *lato sensu*." Por essa razão, considera-se que "a invalidade [...] tem o caráter de um sanção". (MELLO, 2006, p. 52).

que a cédula não fora adequadamente marcada, por exemplo; ou não era confiável, porque se materializou por meio questionável ou duvidoso. Em todo caso, os votos nulificados não são apuráveis. A mesma lógica orienta as hipóteses do art. 220, do CE, o qual prevê nulidades da votação decorrentes do desrespeito a formalidades que a lei considera essenciais [7] – o que, estritamente falando, deveria implicar a inexistência do ato (GOMES, 2009, p. 73). Faz sentido, portanto, que se aplique a essas invalidades o art. 223, do CE, que torna a Junta Eleitoral responsável pela decretação da nulidade [8], uma vez que ela é também o órgão competente para o exame das cédulas e anúncio dos votos brancos e nulos durante a apuração [9].

Quão diversa é a lógica que orienta os §§3º e 4º do art. 175 do CE [10]. Nesse caso, não recaem dúvidas ou suspeitas sobre a vontade do

[7] "Art. 220. É nula a votação: I - quando feita perante mesa não nomeada pelo juiz eleitoral, ou constituída com ofensa à letra da lei; II - quando efetuada em folhas de votação falsas; III - quando realizada em dia, hora, ou local diferentes do designado ou encerrada antes das 17 horas; IV - quando preterida formalidade essencial do sigilo dos sufrágios. V - quando a seção eleitoral tiver sido localizada com infração do disposto nos §§4º e 5º do art. 135. Parágrafo único. A nulidade será pronunciada quando o órgão apurador conhecer do ato ou dos seus efeitos e o encontrar provada, não lhe sendo lícito supri-la, ainda que haja consenso das partes." (BRASIL, 1965). Note-se que, apesar de o *caput* se referir à nulidade da votação, os incisos I e III tratam de hipóteses que "[...] a rigor são de inexistência." (GOMES, 2016, p. 616).

[8] Art. 223. A nulidade de qualquer ato, não decretada de ofício pela Junta, só poderá ser arguida quando de sua prática, não mais podendo ser alegada, salvo se a arguição se basear em motivo superveniente ou de ordem constitucional. §1º Se a nulidade ocorrer em fase na qual não possa ser alegada no ato, poderá ser arguida na primeira oportunidade que para tanto se apresente. § 2º Se se basear em motivo superveniente deverá ser alegada imediatamente, assim que se tornar conhecida, podendo as razões do recurso ser aditadas no prazo de 2 (dois) dias. §3º A nulidade de qualquer ato, baseada em motivo de ordem constitucional, não poderá ser conhecida em recurso interposto fora do prazo. Perdido o prazo numa fase própria, só em outra que se apresentar poderá ser arguida." (BRASIL, 1965).

[9] Art. 174. As cédulas oficiais, à medida em que forem sendo abertas, serão examinadas e lidas em voz alta por um dos componentes da Junta. §1º Após fazer a declaração dos votos em branco e antes de ser anunciado o seguinte, será aposto na cédula, no lugar correspondente à indicação do voto, um carimbo com a expressão "em branco", além da rubrica do presidente da turma. §2º O mesmo processo será adaptado para o voto nulo." (BRASIL, 1965).

[10] Art. 175 [...]. §3º Serão nulos, para todos os efeitos, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados. §4º O disposto no parágrafo anterior não se aplica quando a decisão de inelegibilidade ou de cancelamento de registro for proferida após a realização da eleição a que concorreu o candidato alcançado pela sentença, caso em que os votos serão contados para o partido pelo qual tiver sido feito o seu registro. (BRASIL, 1965).

eleitor. Ela é perfeita em sua exteriorização e no modo como se realiza ou manifesta. A nulidade de que fala o Código Eleitoral é, nesses casos, efeito extrínseco de uma decisão judicial que não tem por objeto a conformidade do voto para com os requisitos legais ou o cumprimento de formalidades legais durante a votação. A materialidade da decisão do eleitor não é posta em questão. Ao contrário, a nulidade recai sobre votos existentes, materialmente perfeitos e, portanto, apuráveis, mas ineficazes porque dados a candidatos cujo registro foi indeferido.

Trata-se, assim, de nulidade que não poderia ser aferida pela Junta Eleitoral, também porque, em geral, só se a reconhece depois da apuração. Afinal, a invalidade prevista nos §§3º e 4º do art. 175 do CE decorre do indeferimento do registro de candidatura ou do reconhecimento da inelegibilidade de candidato, pela Justiça Eleitoral, depois das eleições ou depois do fechamento das urnas eletrônicas. Se a decisão final de indeferimento do registro ou procedência do recurso contra expedição de diploma (RCED) for proferida "antes da preparação das urnas eletrônicas e o candidato nelas não tiver seu nome incluído, o problema da validade dos votos sequer chega a ser colocado." (GOMES, 2016, p. 845).

2.2.2 Anulabilidades previstas no Código Eleitoral

Também se observam inconsistências no tratamento dado ao Código Eleitoral à sanção de "anulabilidade". Ela é aplicada, indistintamente, ao mero desrespeito de formalidades do processo eleitoral, a irregularidades cuja repercussão é meramente individual (ou, ao menos, localizada), e também à prática de graves ilícitos eleitorais que repercutem na eleição como um todo. O art. 221, do CE, por exemplo, visa primariamente a proteger a autenticidade eleitoral em sentido formal. Ele prevê que a votação de seções específicas é anulável devido a vícios no procedimento, como no caso de extravio de documento e de restrição ao direito de fiscalizar [11]. Embora também aponte para possíveis ameaças à autenticidade eleitoral em sentido substantivo – no caso do uso de identidade falsa para se passar por eleitor

[11] Art. 221. É anulável a votação: I - quando houver extravio de documento reputado essencial; II - quando for negado ou sofrer restrição o direito de fiscalizar, e o fato constar da ata ou de protesto interposto, por escrito, no momento: III - quando votar, sem as cautelas do Art. 147, §2º: a) eleitor excluído por sentença não cumprida por ocasião da remessa das folhas individuais de votação à mesa, desde que haja oportuna reclamação de partido; b) eleitor de outra seção, salvo a hipótese do Art. 145; c) alguém com falsa identidade em lugar do eleitor chamado. (BRASIL, 1965).

e votar –, por se tratar de uma irregularidade isolada, os efeitos da anulação se circunscrevem à seção eleitoral afetada. Assim, apesar de tratadas como causas de anulação de votos pelo Código Eleitoral, as hipóteses do art. 221, do CE podem ser decretadas de ofício pela Junta Apuradora (REIS, 2012, p. 348). O mesmo aplica-se à anulação da votação em razão da existência de vícios externos verificados antes da abertura da urna, prevista no art. 165, do CE [12].

Já o art. 222, do CE, o qual também trata da invalidação de votos, visa garantir a autenticidade eleitoral em sentido substantivo, e prevê hipóteses que tendem a impactar a eleição como um todo. O artigo diz que a votação é anulável quando viciada de falsidade, fraude, coação, abuso de poder econômico ou de autoridade, ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedados por lei. O objetivo principal da norma

[12] Art. 165. Antes de abrir cada urna a Junta verificará: I - se há indício de violação da urna; II - se a mesa receptora se constituiu legalmente; III - se as folhas individuais de votação e as folhas modelo 2 (dois) são autênticas; IV - se a eleição se realizou no dia, hora e local designados e se a votação não foi encerrada antes das 17 (dezessete) horas; V - se foram infringidas as condições que resguardam o sigilo do voto; VI - se a seção eleitoral foi localizada com infração ao disposto nos §§4º e 5º do Art. 135; VII - se foi recusada, sem fundamento legal, a fiscalização de partidos aos atos eleitorais; VIII - se votou eleitor excluído do alistamento, sem ser o seu voto tomado em separado; IX - se votou eleitor de outra seção, a não ser nos casos expressamente admitidos; X - se houve demora na entrega da urna e dos documentos conforme determina o nº VI, do Art. 154. XI - se consta nas folhas individuais de votação dos eleitores faltosos o devido registro de sua falta. §1º Se houver indício de violação da urna, proceder-se-á da seguinte forma: I - antes da apuração, o presidente da Junta indicará pessoa idônea para servir como perito e examinar a urna com assistência do representante do Ministério Público; II - se o perito concluir pela existência de violação e o seu parecer for aceito pela Junta, o presidente desta comunicará a ocorrência ao Tribunal Regional, para as providências de lei; III - se o perito e o representante do Ministério Público concluírem pela inexistência de violação, far-se-á a apuração; IV - se apenas o representante do Ministério Público entender que a urna foi violada, a Junta decidirá, podendo aquele, se a decisão não for unânime, recorrer imediatamente para o Tribunal Regional; V - não poderão servir de peritos os referidos no Art. 36, §3º, nºs. I a IV. §2º as impugnações fundadas em violação da urna somente poderão ser apresentadas até a abertura desta. § 3º Verificado qualquer dos casos dos nº II, III, IV e V do artigo, a Junta anulará a votação, fará a apuração dos votos em separado e recorrerá de ofício para o Tribunal Regional. §4º Nos casos dos números VI, VII, VIII, IX e X, a Junta decidirá se a votação é válida, procedendo à apuração definitiva em caso afirmativo, ou na forma do parágrafo anterior, se resolver pela nulidade da votação. §5º A junta deixará de apurar os votos de urna que não estiver acompanhada dos documentos legais e lavrará termo relativo ao fato, remetendo-a, com cópia da sua decisão, ao Tribunal Regional." (BRASIL, 1965).

é, assim, recompor a legitimidade das eleições que foi atingida por algum ilícito eleitoral (ZILIO, 2016, p. 68). Na verdade, hoje se entende que a abrangência da regra do art. 222 é tamanha, que ela se aplica, ao menos em tese, "a todas as ações de apuração de ilícitos cíveis eleitorais em sentido amplo." (ZILIO, 2016, p. 68).

Curiosamente, tal não era o entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante há algumas décadas; dadas as implicações decorrentes dessa mudança de paradigma, esse é o primeiro caso de mutação legal de interesse desta pesquisa, e que será discutido a seguir.

3 Primeira Mutação Legal: eleições suplementares como consequência dos ilícitos eleitorais típicos

A primeira mutação legal a ser estudada produziu precisamente a leitura segundo a qual as anulabilidades previstas no art. 222, do CE decorrem exclusivamente da prática dos ilícitos eleitorais típicos – abusos de poder, captação de sufrágio, condutas vedadas etc. – e, por isso, abrem possibilidade para invalidação da votação como um todo e da renovação das eleições na circunscrição inteira, mediante a convocação de eleições suplementares.

Ainda segundo essa leitura, as demais anulabilidades eleitorais, causadas por vícios no processo de votação que não pressupõem condutas eleitorais ilícitas, afetariam votos, cédulas e seções específicas, mas não a votação como um todo. Consequentemente, para além da hipótese de nulidade da votação obtida pelo candidato eleito cujo registro é indeferido depois das eleições (§3º do art. 175 do CE), a única hipótese de anulabilidade que autorizaria a renovação das eleições seria a de cassação do registro, do diploma ou do mandato de candidato eleito, em virtude da prática de um ilícito eleitoral típico (art. 222 do CE).

O art. 222, do CE prevê que "É também anulável a votação, quando viciada de falsidade, fraude, coação, uso de meios de que trata o art. 237, ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedado por lei." (BRASIL, 1965). Já o art. 237, do CE, por ele mencionado, dispõe: "A interferência do poder econômico e o desvio ou abuso do poder de autoridade, em desfavor da liberdade do voto, serão coibidos e punidos."

Atualmente, a leitura majoritária desses artigos os reduz aos ilícitos eleitorais típicos e às ações eleitorais típicas correspondentes a estes.

A fraude e o abuso de poder econômico são causa de pedir da ação de impugnação do mandato eletivo (AIME); os abusos de poder econômico, político e de autoridade são causa de pedir da ação de investigação judicial eleitoral (AIJE); e a coação e a captação ilícita de sufrágio, causa de pedir da representação.

As ações eleitorais serão objeto da próxima seção. Por ora, foca-se nos ilícitos eleitorais típicos e na convocação de novas eleições deles decorrente.

3.1 Renovação do Pleito x Eleições Suplementares

A diferenciação entre anulabilidades decorrentes de ilícitos eleitorais, de um lado, e aquelas decorrentes de outros vícios no processo eleitoral já era reconhecida pela doutrina anterior. Entendia-se, porém, que o art. 222, do CE se referia indistintamente a ambos os tipos de anulabilidade. Ribeiro (1988, p. 412), por exemplo, defendia que o art. 222, do CE agrupava hipóteses muito distintas. Algumas levavam à "anulação de uma determinada seção eleitoral" – por exemplo, no caso de falsidade em que "alguém se apresenta perante uma mesa receptora portando título eleitoral, material ou ideologicamente adulterado" (RIBEIRO, 1988, p. 409), caso que se assemelha à da alínea "c" do inciso III do art. 221 do CE.

Outras hipóteses ocasionavam a invalidação "de todas as votações obtidas" para aquele cargo na circunscrição – por exemplo, no caso de abuso do poder de autoridade em que a "desvirtuada participação toma uma compleição mais genérica, não se localizando particularmente em determinada seção." (RIBEIRO, 1988, p. 412).

A distinção entre a invalidação de seções eleitorais específicas e a invalidação das eleições para determinado cargo em toda a circunscrição possuía relevância prática. Embora ambas pudessem levar à convocação de novas eleições, a renovação poderia ser apenas parcial no primeiro caso. Na verdade, a doutrina reservava a expressão "eleições suplementares" exclusivamente para a renovação das eleições decorrentes da invalidação de seções eleitorais específicas, prevista no art. 187, do CE [13]. Ribeiro (1988, p. 388)

[13] Art. 187. Verificando a Junta Apuradora que os votos das seções anuladas e daquelas cujos eleitores foram impedidos de votar, poderão alterar a representação de qualquer partido ou classificação de candidato eleito pelo princípio majoritário, nas eleições municipais, fará imediata comunicação do fato ao Tribunal Regional, que marcará, se for o caso, dia para a renovação da votação naquelas seções. §1º Nas eleições suplementares municipais observar-se-á, no que couber, o disposto no Art. 201. §2º Essas eleições serão

definia como suplementares as eleições que se realizavam quando o total dos votos inválidos, em razão da anulação de seções específicas pela Junta Apuradora, fosse suficiente para "alterar a posição de partido pelo sistema de representação proporcional ou a classificação de candidato pelo sistema majoritário."

Para a doutrina anterior, portanto, nas eleições suplementares, o alcance da nova votação "fica circunscrito aos eleitores de seções anuladas, que são novamente convocados" (RIBEIRO, 1988, p. 319). Tal conclusão era confirmada pela jurisprudência do TSE, segundo a qual "Verificado que os votos anulados da seção eleitoral podem alterar a representação partidária na Câmara Municipal, deve o TRE marcar a realização de eleição suplementar para renovação da votação" (BRASIL, 1989a) e "Verificando que a votação da seção anulada, em decorrência da incoincidência de votos, poderá alterar a classificação de candidato eleito pelo princípio majoritário, determina-se a realização de eleição suplementar, nos termos do art. 187 do CE." (BRASIL, 1989b).

Ainda hoje, o uso da expressão "eleições suplementares" para indicar exclusivamente as eleições convocadas nos termos do art. 187, do CE, isto é, em razão da invalidação de seções eleitorais específicas, é respaldado por autores como Reis (2012, p. 354-355) e Zilio (2016, p. 73). No entanto, tal sentido restrito não é referendado por outros juristas, como Gomes (2016, p. 847-853) e Neisser (2016, p. 434-435), e, curiosamente, foi abandonado pelo TSE, que passou a se valer da expressão "eleições suplementares" para tratar indistintamente da renovação das eleições em razão da anulação de seções específicas ou da invalidação das eleições como um todo.

É difícil traçar o ponto de virada na jurisprudência. Verifica-se, contudo, que, em 2003, a distinção era ainda observada:

> Não se trata, tampouco, de eleição suplementar. Esta ocorre quando é necessário repetir-se a votação em alguma seção eleitoral que tenha sido anulada por um dos motivos previstos no capitulo VI do Código Eleitoral, que trata das nulidades da votação.

realizadas perante novas mesas receptoras, nomeadas pelo juiz eleitoral, e apuradas pela própria Junta que, considerando os anteriores e os novos resultados, confirmará ou invalidará os diplomas que houver expedido. §3º Havendo renovação de eleições para os cargos de prefeito e vice-prefeito, os diplomas somente serão expedidos depois de apuradas as eleições suplementares. §4º Nas eleições suplementares, quando ser referirem a mandatos de representação proporcional, a votação e a apuração far-se-ão exclusivamente para as legendas registradas." (BRASIL, 1965).

> Por certo que *o caso dos autos não é de eleição suplementar, visto que todo o pleito majoritário foi renovado e não apenas algumas seções*. (destaque nosso).

Já não o era mais, porém, em 2012, "Ocorrendo a vacância dos cargos de prefeito e de vice-prefeito no primeiro biênio, deverão ser convocadas eleições suplementares diretas para a complementação do mandato" (art. 81, da Constituição Federal). (BRASIL, 2012).

Uma possível explicação para essa mutação legal é a informatização das eleições. Com a implementação da urna eletrônica, superaram-se as fraudes relativamente comuns que afligiam a votação (JORGE, 2016, p. 78). E hipóteses como as previstas no *caput* e nos incisos do art. 175, do CE, relativas à nulidade das cédulas de votação, passaram a ser raras, na prática. Isso não quer dizer, porém, que as normas relativas a invalidades dos meios físicos de votação se tornaram inaplicáveis. Em eleições municipais, a invalidação dos votos recebidos por uma única urna eletrônica pode impactar significativamente a eleição de vereadores e alterar a distribuição das cadeiras por partido ou coligação [14]. Por isso, merece atenção a redução de sentido que se operou no art. 222 do CE, sobre o que se falará a seguir.

3.2 Anulabilidades não Decorrentes de Ilícitos Eleitorais Típicos

O abandono do sentido restrito da expressão "eleições suplementares" pela doutrina majoritária e pela jurisprudência do TSE é digno de nota. No entanto, a mutação legal de maior relevância para a compreensão do *sistema eleitoral das invalidades e da defesa da autenticidade das eleições* se operou em relação a outro ponto: à crença, largamente dominante na doutrina e na jurisprudência contemporâneas, de que o art. 222, do CE só trata de ilícitos eleitorais típicos e que, portanto, a invalidação da votação nele prevista – e a eventual convocação de novas eleições – decorre exclusivamente da cassação do candidato eleito pela prática de conduta vedada, captação ilícita de sufrágio, abuso de poder etc.

Atualmente, a doutrina majoritária separa as causas de anulação das eleições em dois grupos (GOMES, 2016, p. 844-845; NEISSER, 2016,

[14] Veja-se, por exemplo, o caso das eleições de 2014 em Içara (SC), noticiado por Guimarães (2014) e pelo portal G1 (PERÍCIA, 2014), em que a anulação dos votos da urna eletrônica, causada por problemas técnicos, impactou a eleição de deputados.

p. 437). O primeiro seria composto pelas hipóteses nas quais a invalidade dos votos decorre da condenação por ilícito eleitoral típico, que implique a cassação do registro de candidatura, do diploma ou do mandato eletivo. O segundo grupo seria formado pelas hipóteses de indeferimento do registro de candidatura ou recurso contra a expedição do diploma (RCED), em razão da falta de alguma condição de elegibilidade ou incidência de alguma causa de inelegibilidade. Com isso, afirma-se, implícita ou explicitamente, que "a aplicação do art. 224 [do CE] estará sempre vinculada à ocorrência de casos de perda de mandatos e diplomas por via judicial" (REIS, 2012, p. 353). Ou seja, supõe-se que a invalidade, e a renovação das eleições dela decorrente, é sempre efeito anexo ou externo, ou "decorrência natural", de uma decisão judicial.

Também a jurisprudência endossa tal entendimento, como demonstra a paradigmática decisão do TSE nos ED no RESPE 139-25, a convocação das novas eleições deve ocorrer:

> [...] após a análise dos feitos pelo Tribunal Superior Eleitoral, no *caso dos processos de registro de candidatura* (LC 64/90, arts. 3º e seguintes) *em que haja o indeferimento do registro* [...]; e
> [...] após a análise do feito pelas instâncias ordinárias, nos *casos de cassação do registro, do diploma ou do mandato, em decorrência de ilícitos eleitorais apurados sob o rito do art. 22 da Lei Complementar 64/90 ou em ação de impugnação de mandato eletivo*. (BRASIL, 2016, destaque nosso).

Nega-se, portanto, a possibilidade de que a invalidade – declarada pela Junta Eleitoral – de seções eleitorais específicas acarrete, em conjunto, a renovação das eleições, também pela incidência do art. 224, do CE. Autores como Reis (2012, p. 354) e Zilio (2016, p. 73) afirmam expressamente que, no caso da invalidade de votos, cédulas e seções eleitorais, decorrente dos arts. 165, 220 e 221, do CE, realizam-se eleições suplementares, "com a convocação dos eleitores inscritos nas sessões atingidas" (REIS, 2012, p. 355); apenas no caso da invalidação da votação atribuída a determinados candidatos, procede-se como previsto no art. 224, do CE. Disso decorre que o art. 224, do CE *nunca* será aplicado a outros casos que não àqueles de indeferimento de registro de candidatura, nos termos do §3º do art. 175 do CE, ou cassação do registro, do diploma ou do mandato eletivo pela Justiça Eleitoral, nos termos do art. 222 do CE (REIS, 2012, p. 355).

O que se pretende destacar aqui é que se operou, na doutrina e na jurisprudência, uma redução silenciosa do sentido do art. 222, do CE – mais especificamente, do escopo ou hipótese de incidência dele. A vinculação das anulabilidades previstas nesse artigo à cassação de registros de candidatura, diplomas e mandatos – como se ele tratasse exclusivamente de ilícitos eleitorais típicos e não incluísse outros vícios do processo eleitoral – não era óbvia há três décadas. Em oposição ao entendimento hoje dominante, Ribeiro (1988, p. 319) dava destaque à possibilidade de que a anulação de várias seções eleitorais comprometesse a votação na circunscrição eleitoral como um todo e implicasse na "renovação total do pleito, tornando-se insubsistente a votação que não esteja contagiada diretamente por vício nulificador, nos termos do que preceitua o artigo 224 do Código Eleitoral."

Na realidade, a incidência do art. 224, do CE e a realização de novas eleições em toda a circunscrição, quando comprometida mais da metade dos votos, eram acarretadas não apenas pelas hipóteses de anulabilidade do art. 222, do CE, incluindo as que não pressupõem ilícitos eleitorais típicos, mas também pelas hipóteses de nulidade do art. 175, do CE por vícios no processo de votação. Esses votos nulificados ou anulados por diferentes causas, pela Junta Apuradora ou por decisão judicial, se somavam para fins de determinar se as eleições seriam válidas. Assim é que, nos dizeres de Ribeiro (1988, p. 412), "Votos marcados com sigla de partido que não registrara candidato a prefeito" – o que, por força do inciso III do art. 175 do CE, implica em nulidade, por conterem as cédulas expressões, frases ou sinais que possam identificar o voto – ocasionavam a renovação das eleições, nos termos do art. 224, do CE, desde que a nulidade excedesse "mais da metade o total da votação." (BRASIL, 1973a).

Desde pelo menos a década de 1970, a jurisprudência do TSE havia se firmado no sentido "da anulação da eleição majoritária, qualquer que [fosse] o motivo da nulidade da votação, votos ou cédulas, desde que se apur[asse] o excesso de mais da metade sobre o total do comparecimento." (BRASIL, 1973a). Em mais de uma oportunidade o Tribunal se manifestou no sentido de que "Para a nulidade da eleição, tratada no art. 224 do Código Eleitoral, concorrem não só as nulidades da votação (art. 220 a 222), quanto às do voto (art. 175)." (BRASIL, 1973b). A jurisprudência do TSE é farta em decisões como essa pelo menos até o final da década de 1990 [15].

[15] Ver, por exemplo, o Mandado de Segurança (MS) 2.624, julgado em 1998 (BRASIL, 1998).

É verdade que a renovação total das eleições nessa situação era, e é, relativamente remota. Mais provável é que a invalidade de votos, urnas e seções específicas fique circunscrita e não gere repercussões que exijam a renovação total das eleições. Todavia, faz-se necessário reconhecer que ela permanece como possibilidade decorrente do *sistema eleitoral das invalidades e da defesa da autenticidade das eleições* vigente ainda hoje, ao lado da renovação parcial, prevista no art. 187 do CE.

4 Segunda Mutação Legal: invalidade da votação exclusivamente via ações eleitorais típicas

Outro importante ponto em relação ao qual se operou uma mutação legal diz respeito à existência de meios autônomos para a decretação da invalidade de atos eleitorais. Com o tempo esses meios próprios – as arguições de invalidade – foram silenciosamente deixados de lado pela doutrina no tratamento do sistema de invalidações previsto no Código Eleitoral. Isso ocorreu, não coincidentemente, à medida que as ações eleitorais típicas (AIME, AIJE e representações específicas), destinadas a apurar os ilícitos eleitorais (conduta vedada, abuso de poder, captação de sufrágio etc.), ganharam importância, e a cassação de candidatos eleitos passou a ocupar posição de relevo no horizonte de atribuições e competências da Justiça Eleitoral. Nessas ações, a invalidação dos votos dos candidatos cassados não constitui propriamente o pedido ou a causa de pedir da demanda, senão efeito extrínseco da condenação ou do reconhecimento do ilícito cometido.

O aumento dos casos de condenação de candidatos pela prática de ilícitos eleitorais típicos, que não passou despercebido à doutrina [16], decorreu de sucessivas reformas legislativas que, desde pelo menos 1999, espalharam pela legislação eleitoral as sanções de cassação de registro ou de diploma (JORGE, 2016, p. 77). Em virtude de tais alterações,

> [...] houve uma mudança de foco das ações eleitorais, passando-se de uma tutela repressiva (pós-eleitoral), tal como desenhada pelo Código de 1965, para uma tutela preventiva, [...] como há muito já reclamava parte da doutrina, que atentamente se preocupava com os efeitos deletérios dos vícios na formação da vontade do eleitor e com a ineficiência doa arcabouço jurídico eleitoral. (JORGE, 2016, p. 77).

[16] Vejam-se, por exemplo, Espíndola (2012, p. 446-447) e Neisser (2016, p. 433-434).

Como originalmente desenhado pelo Código Eleitoral, as ações eleitorais típicas não eram a via mais comum para a invalidação de votos ou da votação. Em sua obra, Ribeiro (1988, p. 372, 379-381, 397) dava destaque aos recursos, impugnações e arguições especialmente designadas a decretar invalidades eleitorais. Citam-se, por exemplo, a arguição de invalidade perante a Junta Apuradora, antes da abertura da urna, em razão da existência de vícios externos que pudessem comprometer a validade da votação, prevista no art. 165, do CE; as impugnações e os recursos durante a apuração, previstas nos arts. 169 a 172, do CE; e, finalmente, as arguições de nulidade de atos cuja invalidade não houvesse sido declarada de ofício pela Junta Eleitoral, previstas no art. 223 do CE [17].

O autor defendia a possibilidade de arguição de invalidade mesmo nas hipóteses do art. 222, do CE, isto é, nos casos de votação atingida por falsidade, fraude, coação, interferência do poder econômico, desvio ou abuso do poder de autoridade, ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedados por lei. Nas palavras dele, "a ocorrência de qualquer dos casos aflorados rende ensejo à anulação dos votos, desde que sejam arguidos em tempo hábil, evitando os efeitos letais da preclusão." (RIBEIRO, 1988, p. 416).

Esgotado o prazo para interposição do recurso próprio, a arguição só seria possível "em nova fase que se venha a oferecer no fluxo do processo eleitoral." (RIBEIRO, 1988, p. 397). Em qualquer caso, uma vez provocada, a Justiça Eleitoral proferiria uma decisão "de eficácia constitutiva negativa", que declararia a invalidade, "subsistindo os efeitos produzidos até o instante em que é emitido o ato anulatório." (RIBEIRO, 1988, p. 397).

Não havia ressalva quanto à possibilidade dessas arguições, mas sim quanto à eficácia delas. Para Ribeiro (1988, p. 412), a ineficácia de tais medidas era patente, particularmente no caso de abuso de poder político ou de autoridade, pois, na prática, revelava-se "improvável" que se conseguisse

[17] Art. 223. A nulidade de qualquer ato, não decretada de ofício pela Junta, só poderá ser arguida quando de sua prática, não mais podendo ser alegada, salvo se a arguição se basear em motivo superveniente ou de ordem constitucional. §1º Se a nulidade ocorrer em fase na qual não possa ser alegada no ato, poderá ser arguida na primeira oportunidade que para tanto se apresente. §2º Se se basear em motivo superveniente deverá ser alegada imediatamente, assim que se tornar conhecida, podendo as razões do recurso ser aditadas no prazo de 2 (dois) dias. §3º A nulidade de qualquer ato, baseada em motivo de ordem constitucional, não poderá ser conhecida em recurso interposto fora do prazo. Perdido o prazo numa fase própria, só em outra que se apresentar poderá ser arguida. (BRASIL, 1965).

demonstrar "a mobilização abusiva do arsenal estatal em proveito de determinados candidatos, a ponto de invalidar todas as votações obtidas que serão atingidas." De acordo com o autor, mais provável era que a invalidação da votação ocorresse como efeito extrínseco da declaração superveniente de inelegibilidade. Nessa segunda hipótese, "não estará sendo arguida a anulação das votações, mas promovida a declaração de inelegibilidade dos candidatos implicados, e, por via de consequência, anuladas as votações que pessoalmente lhes tenham sido atribuídas", em aplicação do §3º do art. 175 do CE (RIBEIRO, 1988, p. 412).

Esse entendimento contrasta com a prática atual. Como antecipado, a invalidade da votação é, para a doutrina e a jurisprudência contemporâneas, *sempre* efeito anexo de uma decisão judicial que não tem por objeto a arguição de nulidade ou anulabilidade e que, portanto, prescinde de um pedido nesse sentido ou da provocação da parte interessada. As hipóteses do art. 222, do CE, de invalidade decorrente de ilícitos eleitorais típicos, aparecem na literatura especializada exclusivamente como efeito externo da decisão de procedência das ações eleitorais típicas. E as hipóteses do *caput* e dos §§1º e 2º do art. 175 do CE perdem importância com a adoção do sistema eletrônico de votação. A nulidade a que alude o *caput* do art. 224 seria, então, apenas aquela prevista:

> a) no §3º do art. 175 do CE, para o indeferimento do registro de candidato, posterior às eleições ou ao fechamento das urnas, em sede de RCED ou de uma ação de impugnação do registro de candidatura (AIRC); e,
>
> b) no art. 222, do CE, para a cassação do registro, do diploma ou do mandato de candidato eleito, em sede de uma ação eleitoral típica (AIJE, AIME ou representação prevista no art. 22 da LC 64/90).

Foi isso o que o TSE definiu no julgamento dos ED no RESPE 139-25 (BRASIL, 2016). Ou seja, de acordo com o entendimento hoje majoritário, senão unânime, a invalidação decorreria da decisão de procedência "tanto nas ações de arguição de inelegibilidade (AIRC e RCED) como nas ações de combate aos ilícitos eleitorais (AIJE, AIME e representação do art. 30-A, art. 41-A, arts. 73/77, todos da LE)." (ZILIO, 2016, p. 73). Nada se diz, na doutrina contemporânea, sobre as arguições de invalidade, que, desde a adoção do sistema eletrônico de votação e da multiplicação das ações eleitorais típicas, desapareceram também da jurisprudência.

5 Considerações Finais

O artigo se dedicou a analisar duas mutações legais operadas nas últimas décadas no *sistema eleitoral de invalidades e de defesa da autenticidade das eleições*, pela doutrina eleitoralista e pela jurisprudência dos tribunais eleitorais. Por analogia ao conceito de mutação constitucional de Jellinek (1991), as mutações legais se definem como mudanças nas normas jurídicas infraconstitucionais provocadas não pelos legisladores, mas pelos intérpretes. Independem de alteração textual formal e isso as diferencia das reformas legislativas. Ademais, ocorrem sem que os agentes que as operam demonstrem consciência de que o fazem, e isso as afasta do ativismo judicial.

Em particular, as mutações legais estudadas no artigo implicaram sensíveis alterações no Direito Eleitoral, sem que o TSE enfrentasse e superasse expressamente as premissas de sua jurisprudência histórica sobre o tema. Os dois exemplos discutidos, relativos às hipóteses e aos procedimentos que autorizam a renovação das eleições, ilustram bem os problemas sistêmicos trazidos pelas mutações.

No primeiro caso, reduziram-se o alcance e o sentido do art. 222, do CE, que passou a ser lido como se as causas de anulabilidade nele previstas se restringissem aos ilícitos eleitorais típicos (abuso de poder, conduta vedada, captação de sufrágio etc.) e não incluíssem outros vícios do processo eleitoral, relativos aos meios físicos de votação.

No segundo, desapareceram, da doutrina e da jurisprudência, os meios autônomos para a decretação da invalidade de atos eleitorais, as arguições de invalidade. Ambas as mutações foram causadas por fatos externos à argumentação jurídica: a implementação do sistema eletrônico de votação e das urnas eletrônicas, e o aumento dos casos de cassação de registro e de diploma, em razão da profusão de ações eleitorais que a pleiteiam.

A repercussão das duas mutações na compreensão das normas jurídicas a que se referem é, porém, notável. Com base nelas, constituiu-se o paradigma hoje dominante, condensado pelo TSE nos ED no RESPE 139-25, segundo o qual, a convocação das novas eleições, nos termos do art. 224, do CE, deve ocorrer exclusivamente em virtude do indeferimento do registro, no caso dos processos de registro de candidatura, ou da cassação do registro, do diploma ou do mandato, em decorrência de ilícitos eleitorais apurados em AIJE, AIME ou representações que seguem o rito do art. 22, da LC 64/90.

Uma vez lançada luz sobre o fato de o Direito Eleitoral modificar-se não somente pelas reformas eleitorais que se sucedem a cada eleição, mas também, pelas mutações legais que afetam institutos nucleares desse ramo jurídico, cumpre aos eleitoralistas, nas cortes ou fora delas, dedicar ao fenômeno a atenção que merece. Uma teoria eternamente deslumbrada perante a radiante presença dos tribunais eleitorais, e uma jurisprudência sempre cambiante e sem consciência de si mesma e de sua história, em nada contribuem para a segurança jurídica dos cidadãos e para a garantia dos direitos fundamentais que eles confiam à guarda da Justiça Eleitoral.

No caso das mutações aqui discutidas, o fato de o paradigma hoje dominante não estar assentado em bases conceituais e jurisprudenciais sólidas é especialmente preocupante, na medida em que o que está em jogo, em se tratando da aplicação do art. 224, do CE, é a validade, ou não, da vontade popular conforme manifestada nas urnas.

Referências

ALVIM, F. F. Integridade eleitoral: significado e critérios de qualificação. **Revista Ballot**, v. 1, n. 2, p. 213-228, 2015.

ANDRADE NETO, J. Controle e Judicialização das Eleições: A legitimidade de juízes e tribunais eleitorais para decidirem "questões políticas". In: MORAES, F.; SALGADO, E. D.; AIETA, V. S. (Eds.). **Justiça Eleitoral, Controle das Eleições e Soberania Popular**. Curitiba: Íthala, 2016a. p. 277-315.

_____. Participante ou observador? Uma escolha entre duas perspectivas metodológicas de estudo e aplicação do Direito. **Revista Direito GV**, v. 12, n. 3, p. 869-891, dez. 2016b.

BRAMRAITER, J. Os Reais Efeitos do Voto Nulo na Atualidade e seu Reflexo para o Regime da Democracia Representativa no Brasil. **Revista Estudos Legislativos**, v. 7, n. 7, p. 61-93, 2013.

BRASIL. Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. **D.O.** de 19 jul. 1965, p. 6746.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Acórdão 5.361 no Recurso Especial Eleitoral 4.005 / AL, de 5 abr. 1973. Relator: Min. Márcio Ribeiro. **Boletim Eleitoral**, vol. 263, Tomo 1. Brasília, DF, 1973a.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo de Instrumento 4.069 / SP, de 27 set. 1973. Relator: Min. Carlos Eduardo de Barros Barreto. **Boletim Eleitoral**, vol. 268, Tomo 1. Brasília, DF, 1973b.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **DOU**, 5 out. 1988, p. 1.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Acórdão 10.854 no Recurso Especial Eleitoral 8.404 - PR, de 17 ago. 1989. Relator: Min. Romildo Bueno De Souza. **Diário de Justiça**, 13 out. 1989. Brasília, DF, 1989a.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Acórdão 10.501 no Recurso Especial Eleitoral 8.152 / SC, de 28 fev. 1989. Relator: Min. Antônio Vilas Boas Teixeira de Carvalho. **Diário de Justiça**, 10 mar. 1989. Brasília, DF, 1989b.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Mandado de Segurança 2624 / AM, de 5 mai. 1998. Relator: Min. Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira. **DJ**, 29/6/1998, p. 71. Brasília, DF, 1998.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Acórdão no Recurso Especial Eleitoral 21.141 / GO, de 15 mai. 2003. Relator: Min. Fernando Neves da Silva. **Diário de Justiça**, 29 ago. 2003. Brasília, DF, 2003.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Acórdão no Mandado de Segurança 147.854 / SC, de 20 mar. 2012. Relator: Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira. **Diário de Justiça eletrônico**, Tomo 96, 23 mai. 2012. Brasília, DF, 2012.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Embargos de Declaração no Recurso Especial Eleitoral 139-25 / RS, de 27 nov. 2016. Relator: Min. Henrique Neves da Silva. Publicado na sessão de 28 nov. 2016. Brasília, DF, 2016.

BULOS, U. L. Da reforma à mutação constitucional. **Revista de informação legislativa**, v. 33, n. 129, p. 25-43, jan./mar. 1996.

CRUVINEL, D. M. **Judicialização da política e ativismo judicial**: um esforço pela organização do cenário. Dissertação (mestrado). Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), 2013.

ESPÍNDOLA, R. S. Justiça brasileira contramajoritária e soberania popular: a democrática vontade das urnas e a autocrática vontade judicial que a nulifica. **Eleições & Cidadania**, v. 4, n. 4, p. 98-125, 2012.

GOMES, J. J. Invalidade no direito eleitoral: nulidade e anulabilidade de votos. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral**, v. 1, n. 1, p. 63-104, jul. 2009.

_____. **Direito eleitoral**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, SP: Del Rey, 2010.

_____. **Direito eleitoral**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, SP: Gen, Atlas, 2016.

GRESTA, R. M. et al. Por que a Lei da Ficha Limpa incide sobre situações jurídicas constituídas antes de sua vigência: duas objeções superadas. In: SOARES, I. A. N. et al. (Eds.). **Coletânea de Artigos Jurídicos NAP 2011**. Curitiba: CRV, 2012.

GUIMARÃES, T. Urna que quebrou e perdeu 287 votos pode mudar a eleição em SC. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 31 out. 2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/10/1541083-urna-que-quebrou-e-perdeu-287-votos-pode-mudar-eleicao-em-sc.shtml>. Acesso em: 20 mai. 2017.

JELLINEK, G. **Reforma y Mutación de la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

JORGE, F. C. A ação eleitoral como tutela dos direitos coletivos e a aplicação subsidiária do microssitema processual coletivo e do Código de Processo Civil. In: TAVARES, A. R.; AGRA, W. de M.; LUCON, P. H. dos S. (Eds.). **O Direito Eleitoral e o Novo Código de Processo Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 456.

MELLO, M. B. de. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da validade. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

NEISSER, F. A Ação de Ressarcimento de Danos Causados à União no Caso da Anulação de Eleições pela Justiça Eleitoral. In: AGRA, W. de M.; PEREIRA, L. F.; TAVARES, A. R. (Eds.). **O Direito Eleitoral e o Novo Código de Processo Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 422-466.

PEDRA, A. S. **Teoria da mutação constitucional**: limites e possibilidades das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização. Tese (doutorado em Direito). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2009.

PEDRON, F. Q. **Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico**: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

PERÍCIA em urna de Içara pode mudar resultado de deputados eleitos em SC. **G1**, 31 out. 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2014/10/pericia-em-urna-de-icara-pode-resultar-em-troca-de-politicos-eleitos.html>. Acesso em: 10 mai. 2017.

REIS, M. J. O Novo §3o do art. 224 do Código Eleitoral e a posse do segundo colocado. **Eleições & Cidadania**, v. 4, n. 4, p. 343-364, 2012.

RIBEIRO, F. **Direito Eleitoral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

SALGADO, E. D. **Princípios constitucionais eleitorais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SCHREIBER, A. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2013.

VECCHI, C. B. **Mutação constitucional**: A origem de um conceito problemático. Dissertação (mestrado em Direito). Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), 2005.

ZILIO, R. L. Nulidade dos votos no sistema proporcional: eficácia e efeitos da decisão judicial. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral**, v. 5, n. 8, p. 91-120, jan.-jun. 2013.

_____. **Direito Eleitoral**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

João Andrade Neto - Doutor em Direito com distinção (Summa Cum Laude) pela Universität Hamburg (UHH) / Fakultät für Rechtswissenschaft. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), na Linha de Pesquisa Poder e Cidadania no Estado Democrático de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Eleitoral e Teoria do Estado. Analista Judiciário no Gabinete V da Assessoria Jurídica dos Juízes-Membros do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais (TRE-MG). Professor de Direito Constitucional e Eleitoral.

O STF e a Cláusula de Barreira: entre as experiências e suas projeções

The STF and the Barrier Clause: between experiences and projections

Diogo Rais

Pedro Henrique Espagnol de Farias

Resumo: O tema das cláusulas de barreira e de desempenho partidário é recorrente em diversas arenas, levantando intensos debates sobre sua adoção, seu método e sua aplicação. Mas neste artigo, por um estudo essencialmente descritivo, pretende-se abordar os debates travados sobre o tema tanto no Congresso Nacional quanto no Supremo Tribunal Federal, se esforçando para promover um diálogo intertemporal diante dessas duas Instituições brasileiras. Ao final, buscamos trazer o posicionamento de cada Ministro do STF que tenha se manifestado sobre o tema, seja por meio de seus votos, seja por meio de manifestações públicas em obras acadêmicas ou entrevistas.

Palavras-chave: Cláusula de barreira. Cláusula de desempenho. Supremo Tribunal Federal. Reforma Política.

Abstract: The matter on the election threshold is frequent in many arenas of the political debate, raising discussions on its adoption, method and enforcement. In the present article, though, by means of a descriptive study, we pretend to address the debates by the National Congress and Supreme Court point of view, endeavouring to foster an intertemporal dialogue before these two Brazilian Institutions. In the end, we look forward to bring the positioning of each Justice of the Supreme Court that has expressed their opinion on the matter, through their votes, as well as on public demonstrations in academic texts or even interviews.

Keywords: Election threshold. Supreme Court. Political Reform.

Artigo recebido em 1º jul. 2017 e aprovado em 26 set. 2017.

1 Introdução

O artigo se estrutura em três seções temporais tendo por foco a cláusula de barreira: passado, presente e futuro.

A primeira parte será dedicada à descrição das experiências antigas do tema no Supremo Tribunal Federal, conectando à atualidade da discussão no Congresso Nacional, para ao final, apresentar descrição sobre as manifestações públicas dos Ministros que compõem atualmente aquela Corte, e quem sabe, a partir daqui, apresentar alguma tendência sobre o futuro do tema, para o caso da cláusula de barreira bater, novamente, às portas do Supremo Tribunal Federal.

2 O Passado

Partindo da obra de Dworkin (2007), "Uma questão de princípio", mais precisamente diante da teoria do "romance em cadeia", pela qual não se nega ao intérprete sua atividade criativa, porém se exige coerência diante da análise dos precedentes, é que propomos a análise das decisões sobre o tema no âmbito do Supremo Tribunal Federal. É como se houvesse a escrita de um único romance produzida por várias mãos ao longo do tempo, cujos capítulos (no caso, precedentes) deveriam ser conectados mesmo que escritos por autores muito diferentes.

Em outras palavras, Dworkin (2007) traz as diretrizes da interpretação jurídica aos moldes da estrutura de um livro, no qual os capítulos fazem parte de um enredo maior, e por isso, devem apresentar coerência entre si. É nessa toada que esta seção considera a jurisprudência sobre as cláusulas de barreira e desempenho como um romance à parte, em que cada caso examinado constitui um capítulo.

Coloca-se, então, como questão de fundo, a importância da coerência nos precedentes da jurisdição constitucional [1], buscando a segurança jurídica, imparcialidade e igualdade, necessárias à estabilidade das relações sociais, além da concatenação interna de seus argumentos, o que implica diretamente na força representativa e institucional de seus julgados.

Embora a aplicação e o fortalecimento da teoria dos precedentes judiciais sejam mais comuns nos países de *common law*, é possível identificar

[1] O art. 926, do CPC, inclusive, positiva o dever de coerência da Corte frente à sua jurisprudência.

seu fortalecimento recente no Brasil, sobretudo a partir do Novo Código de Processo Civil [2], em vigor há mais de um ano.

Para a elaboração desta seção foi fundamental a utilização dos estudos desenvolvidos por ocasião de monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (DE FARIAS, 2017), e, na busca de coerência, apresentam-se aqui algumas notas metodológicas.

Questão jurídica (*quaestio iuris*), conforme utilizada aqui, foi considerada como a principal indagação respondida pela decisão judicial, guiando todo o raciocínio jurídico desenvolvido no caso analisado. Vale mencionar, no entanto, que não se trata, necessariamente, da mesma questão-problema suscitada pela parte em sua petição inicial, pois o órgão julgador pode responder a questionamento diferente em sua sentença.

Já a razão de decidir (*ratio decidendi*) caracteriza-se como o fundamento principal do raciocínio adotado pelo Tribunal, sendo, em síntese, a resposta à *quaestio iuris*. Deve ser a orientação geral daquele órgão para casos futuros similares, implicando em dever de coerência em sua jurisprudência (MENDES, 2013). Tanto a extração da *quaestio iuris* quanto da *ratio decidendi* não devem ser tão concretas que impossibilitem a sua aplicação futura, e nem tão abstratas a ponto de tornar sua utilização arbitrária.

Muitas vezes não há clareza nas disposições sobre o voto, bem como não parece também haver compromisso em se fixar uma ou outra corrente, sendo comum a adoção de determinada tese já posta na Corte, com adições, reduções ou, ainda, se silenciando diante de alguns pontos do debate. Vale mencionar que o Regimento Interno do STF contribui para esse cenário, o que pode ser observado, por exemplo, na autorização de elaboração dos votos anteriormente às sessões de julgamento, tornando-as muitas vezes mera leitura de argumentações prontas (MENDES, 2010), o que produz diversas decisões desconexas, sem diálogos entre si, dificultando a identificação de uma *ratio decidendi* única do Supremo.

Pretendendo superar esses obstáculos aos propósitos da pesquisa, as argumentações dos Ministros serão isoladas para, posteriormente, buscar a formação de um todo coerente (PRETZEL; KLAFKE, 2014, p. 89-104).

[2] Para exemplificar, o art. 927, I, do CPC/15 determina a vinculação das decisões do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade perante todo o Judiciário. Além disso, o art. 926 fixa o dever de uniformização, integridade e coerência de todo Tribunal em relação à sua jurisprudência.

Em nossa análise, então, o método utilizado – com as modificações pertinentes à pesquisa, como retirada e aglutinamento de algumas classes, bem como acréscimo de outras – foi o modelo do *Case Brief* (DURAN, 2015):

Tabela 1 – Modelo de *Case Brief*

Case Brief	**Caso "A"**	**Caso "B"**
Classe Processual e Nº		
Relator		
Data de Julgamento		
Partes		
Dispositivos Questionados		
Fatos		
Quaestio Iuris		
Ratio Decidendi		
Decisão		
Voto Vencido e Fundamento		
Papel do STF		

Fonte: Duran (2015)

Esse método materializa um raciocínio lógico para que se atinja a *quaestio iuris* do caso, tendo em vista abordar diversos elementos do feito e apresentar sua contextualização. Assim, traça um percurso que considera as particularidades do caso (classe processual, relator, data, partes, dispositivos e fatos), mas também congrega aspectos passíveis de maior generalização e que podem incidir sobre futuras ações (decisão, voto vencido e papel do STF).

A *ratio decidendi*, por sua vez, consiste na resposta da Corte a essa questão jurídica levantada, sendo determinada caso-a-caso por meio da somatória de todos os argumentos dos Ministros que compuseram a corrente vencedora de cada feito. Portanto, o problema deliberativo mencionado foi enfrentado da seguinte forma:

- os diferentes argumentos daqueles que votaram seguindo a vertente majoritária foram somados, necessariamente, ainda que não dialoguem entre si;
- os "Ministros silenciosos" (ou seja, aqueles que não anexaram as razões do voto mas apenas seguiram o Relator) tiveram seus votos igualados, argumentativamente, à decisão proferida por ele;

- os que seguiram parcialmente a corrente vencedora terão seus argumentos somados à ela somente na parte em que a seguiram.

2.1 Cláusula de Desempenho

A ADI 966-4/DF trata de questão recorrente no âmbito do sistema partidário brasileiro: o desempenho eleitoral passado pode obstar a participação do partido na eleição subsequente?

Proposta pelo PSC (Partido Social Cristão) e relatada pelo Ministro Marco Aurélio, a ação direta em questão impugna dispositivos da Lei nº 8.713/93, criadores da chamada cláusula de desempenho [3].

Essa cláusula impõe restrição à participação de organizações partidárias no processo eleitoral subsequente, baseada no seu desempenho no pleito antecedente. Ou seja, os partidos deveriam atingir determinado percentual de votos para ter a possibilidade de registrar candidatos às eleições majoritárias.

---

[3] Art. 5º Poderá participar das eleições previstas nesta Lei o partido que, até 3 de outubro de 1993, tenha obtido, junto ao Tribunal Superior Eleitoral, registro definitivo ou provisório, desde que, neste último caso, conte com, pelo menos, um representante titular na Câmara dos Deputados, na data da publicação desta Lei.

§1º Só poderá registrar candidato próprio à eleição para Presidente e Vice-Presidente da República;

I - o partido que tenha obtido, pelo menos, cinco por cento dos votos apurados na eleição de 1990 para a Câmara dos Deputados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados; ou

II - o partido que conte, na data da publicação desta Lei, com representantes titulares na Câmara dos Deputados em número equivalente a, no mínimo, três por cento da composição da Casa, desprezada a fração resultante desse percentual; ou

III - coligação integrada por, pelo menos, um partido que preencha condição prevista em um dos incisos anteriores, ou por partidos que, somados, atendam às mesmas condições.

§2º Só poderá registrar candidatos a Senador, Governador e Vice-Governador:

I - o partido que tenha atendido a uma das condições indicadas nos incisos I e II do parágrafo anterior; ou

II - o partido que, organizado na circunscrição, tenha obtido na eleição de 1990 para a respectiva Assembleia ou Câmara Legislativa três por cento dos votos apurados, excluídos os brancos ou nulos; ou

III - coligação integrada por, pelo menos, um partido que preencha uma das condições previstas nos incisos I e II deste parágrafo, ou por partidos que, somados, atendam às mesmas condições.

Assim, por um lado, o Requerente afirma que a cláusula de desempenho cria mais uma condição de elegibilidade em relação àquelas já previstas no art. 14, da Constituição Federal, de modo a também perpetrar tratamento desigual, violando o art. 5º, e infringir a autonomia partidária, assegurada pelo art. 17, do texto constitucional.

Por outro prisma, o Congresso Nacional, o Advogado-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República alegam a inexistência de vedação constitucional à imposição de critérios por meio de lei ordinária a serem cumpridos pelos partidos, além de ressaltarem que as condições dizem respeito à capacidade da própria organização partidária e não do candidato, razão pela qual não deveria se falar em elegibilidade.

Considerando esse contexto, os Ministros decidiram da seguinte forma:

> a) Min. Marco Aurélio (Relator): declara inconstitucionalidade da cláusula, que, ao restringir a atuação de alguns partidos, limitaria a representatividade de setores sociais incipientes ou até formalmente minoritários. Dessa forma, o pluripartidarismo e a representação das minorias ficariam prejudicados, sendo que diversos partidos seriam impossibilitados de participar das eleições.
>
> Ademais, também consistiria uma incompatibilidade em face da autonomia partidária, pois acrescenta condição inexistente no texto constitucional, cuja disciplina não faz qualquer alusão à grandeza numérica da agremiação. Isso seria suficiente para demonstrar um ímpeto por parte do legislador ordinário em substituir o Constituinte em matéria já prevista;
>
> b) Min. Francisco Rezek (divergente 1): julga parcialmente procedente a ação, deslocando a inconstitucionalidade apenas para o final do *caput* do art. 5º da Lei nº 8.713/93, de modo a manter os filtros ao número excessivo de partidos ao mesmo tempo em que assegura a defesa das minorias. Isto é, argumenta que a Constituição estabeleceu liberdade quase irrestrita à criação de partidos, incumbindo à lei ordinária o papel de impor restrições. Nesse sentido, entender pela liberdade ampla sem quaisquer limites, constitucionais ou legais, significaria dar aval ao quadro caótico relativo ao número de agremiações políticas no Brasil – denominado hiperpartidarismo.

No atinente à isonomia, ressalta a importância de identificar a existência, ou não, de razoabilidade na discriminação adotada; no entanto, considera a cláusula de desempenho razoável, pois não ofende a racionalidade, a moral ou qualquer valor jurídico relevante para atingir o fim ao qual se propõe.

A única ressalva do Ministro está relacionada à expressão final do art. 5º impugnado: "desde que, neste último caso, conte com, pelo menos, um representante titular na Câmara dos Deputados, na data de publicação desta Lei". Por se tratar da hipótese de registro provisório, alega que há ofensa ao princípio da igualdade em virtude da limitação imposta aos partidos minoritários, que ainda são incipientes no plano político, ao passo que vincular sua candidatura a tal regra prejudicaria seu nascimento originário;

c) Min. Ilmar Galvão: acolhe a declaração de inconstitucionalidade por se situar como mero intérprete da Constituição e não como legislador, ignorando o quadro fático em tela. O Ministro afirma que a restrição possui base estritamente pragmática de utilização dos horários de propaganda partidária gratuita, os quais não são dotados de proteção constitucional.

Ademais, traz à tona um confronto de valores: de um lado, a inexistência de norma constitucional que iniba a criação de critérios legais, o interesse público e o princípio da representatividade; e do outro, a igualdade, o pluripartidarismo, a liberdade da criação de partidos e a liberdade de voto. Sendo assim, determina que o segundo bloco leva larga vantagem, mas sem explicar as razões disso;

d) Min. Carlos Velloso: vota no mesmo sentido de Francisco Rezek, inclusive com a procedência parcial relativa ao final do art. 5º, da Lei nº 8.713/93. Dessa forma, situa a relevância que as agremiações políticas possuem em uma democracia indireta, sendo imprescindível a liberdade partidária para tal. Entretanto, ressalta a necessidade da representatividade para concretizar o regime democrático, afastando as chamadas legendas de aluguel; assim, quando o art. 17, I, da Carta Magna fixa o caráter nacional como exigência aos partidos, autoriza o legislador ordinário a desenvolver seus mecanismos de aferição.

Em outra linha, numa tentativa de minimizar as restrições impostas pela lei, lembra que os limites não recaem sobre o pleito proporcional, e, ainda, que é possível aos partidos se organizaram em uma coligação integrada por, no mínimo, uma agremiação que preencha os critérios de desempenho.

Na mesma toada de Rezek, porém, afirma que o final do art. 5º ofende a isonomia por distinguir entre iguais (organizações partidárias com registro definitivo e provisório);

e) Min. Sepúlveda Pertence (divergente 2): inaugura uma nova corrente, declarando a total improcedência da arguição de inconstitucionalidade. Toma por base as repercussões positivas que a cláusula de desempenho teria no quadro partidário existente, resultando na sua racionalização moderada, já que a lei faculta opções para que os partidos cumpram as restrições impostas.

Como exemplo, cita o chamado Direito de Antena, consistente na prerrogativa das agremiações de participarem da divisão de tempo de radiofusão gratuita, e é considerado inviável se for admitido a grupos que nunca demonstraram inserção mínima no eleitorado.

Ademais, afirma que a liberdade de criação de partidos é distinta da extensão das prerrogativas outorgadas a cada agremiação no processo eleitoral, sendo esse o real assunto dos critérios de desempenho. Nesse sentido, afasta também a ofensa à isonomia, pois a distinção entre organizações partidárias com registro provisório e registro definitivo já é feita pela própria Lei Orgânica dos Partidos Políticos, de modo que os primeiros possuem um prazo para demonstrarem seu caráter nacional.

Por fim, ressalta o papel de legislador negativo do STF, devendo invalidar apenas os dispositivos violadores da Constituição Federal, o que não ocorre no caso, em sua visão;

f) Min. Sydney Sanches (divergente 3): introduz mais uma corrente à deliberação, de modo a declarar a inconstitucionalidade dos incisos e parágrafos do art. 5º da Lei nº 8.713/93, mas a constitucionalidade de seu *caput*.

Primeiramente, o Ministro aduz a falta de qualquer fixação ou proibição constitucional de limites à atuação partidária, sendo papel da lei prevê-los. Além disso, também refuta qualquer ofensa

à isonomia em razão da diferença existente entre partidos com registro provisório e com registro definitivo, pois estes já demonstraram seu caráter nacional e aqueles não.

Na sequência, apesar de demonstrar simpatia pela limitação do número de agremiações no jogo político, afirma a impossibilidade de admissão integral da cláusula de desempenho por violação à anterioridade da lei eleitoral. Isto é, o dispositivo teria partido de fatos já ocorridos (o desempenho dos partidos na eleição anterior) para regular o pleito futuro;

g) Min. Néri da Silveira: segue a decisão do Ministro Sydney Sanches ao declarar a inconstitucionalidade somente dos incisos e parágrafos do art. 5º impugnado, mantendo a integridade do *caput*. Os argumentos também são similares, porquanto identificar uma violação à anualidade da lei eleitoral, na medida em que diferencia norma estatutária (ou geral) de norma especial. Assim, a lei impugnada se enquadraria na categoria de norma especial, não podendo estabelecer exigências restritivas com base em informações já conhecidas acerca do processo eleitoral anterior.

Contudo, observa ofensa parcial à isonomia, ao passo que os incisos e parágrafos distinguem entre partidos já consolidados no meio político, resultando numa disparidade de chances, enquanto o *caput* apenas concretiza a diferença já prevista entre registro provisório e definitivo;

h) Min. Moreira Alves: acompanha os Ministros Sydney Sanches e Néri da Silveira, declarando inconstitucionais incisos e parágrafos do referido art. 5º, por se caracterizar como preceito "*ad hoc*" discriminador de fatos passados conhecidos, mas entendendo pela constitucionalidade do *caput* em razão de sua concordância com a Lei Orgânica dos Partidos Políticos;

i) Min. Octavio Gallotti (Presidente): apenas segue o voto do Ministro Sydney Sanches, que inaugurou a corrente.

Importa registrar que, após os debates e as declarações de votos, o Ministro Marco Aurélio aderiu ao posicionamento de Sydney Sanches, de modo a persistir na inconstitucionalidade dos incisos e parágrafos do art. 5º da Lei nº 8.713/93, mas alterar sua opinião relativa ao *caput*, que passou a julgar constitucional. Ainda: os Ministros Paulo Brossard e Celso de Mello não participaram do julgamento e nem anexaram seus votos ao acórdão.

2.2 Cláusula de Barreira

Por meio das ADIs 1.351-3/DF e 1.354-8/DF, esta, apensa àquela, veicula-se a seguinte questão: é legítimo restringir a vida dos partidos a partir de seus resultados eleitorais?

No primeiro momento, observa-se estreita semelhança em relação ao caso anterior (a cláusula de desempenho), pois também se trata de norma com critérios limitadores do número de legendas. Entretanto, há uma diferença importante a ser destacada: enquanto aquela tratava da possibilidade de participar dos pleitos, esta se relaciona à participação das bancadas das agremiações políticas nas Casas Legislativas. Em outras palavras, o objetivo das normas impugnadas nos dois casos é o mesmo, bem como o critério adotado para tal, mas o aspecto das organizações partidárias atingido por elas é distinto.

Assim, os Requerentes, Partido Comunista do Brasil (PC do B), Partido Democrático Trabalhista (PDT) e outros, impugnaram o art. 13, e suas referências [4], da Lei nº 9.096/95 – denominada Lei dos Partidos Políticos.

De um lado, a inconstitucionalidade se funda na ofensa ao art. 5º, *caput* e inciso XXXVI, da Constituição Federal, no atinente ao princípio da igualdade e às garantias do direito adquirido e ato jurídico perfeito. Ou seja: o dispositivo diferenciaria entre iguais, de modo a atuar em benefício de seus editores, enfraquecendo as minorias e demonstrando um projeto de perpetuação no poder. Além disso, a cláusula de barreira violaria o direito adquirido ao funcionamento parlamentar mediante o registro definitivo do partido perante o TSE, que constitui um ato jurídico perfeito. Por fim, o polo ativo aponta também uma incoerência com o art. 17, §1º, da Constituição, no qual está esculpida a autonomia partidária para definir seu funcionamento.

De outro lado, a Advocacia-Geral da União e o Procurador-Geral da República pugnam pela constitucionalidade da norma, afirmando sua compatibilidade com o art. 17, I, da Carta Magna, em relação à exigência

[4] Contidas no inciso II do art. 41, "*caput*" dos arts. 48 e 49 e inciso II do art. 57.
"Art. 13. Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles."

de caráter nacional para registro da agremiação. Nesse contexto, a cláusula apenas significaria uma verificação automática e periódica do cumprimento da regra constitucional, como forma de vedar a atuação de partidos sem expressiva representatividade.

Ante essa conjuntura, os Ministros votaram nos seguintes termos:

> a) Min. Marco Aurélio (Relator): acolhe os pedidos da inicial e declara a inconstitucionalidade da cláusula de barreira, com base na defesa das minorias e nas consequências negativas aos partidos menores, tendo em vista que muitos deles seriam extintos. Isto é, além da vedação ao funcionamento parlamentar pelas agremiações que não atingiram os resultados previstos pelo art. 13, há também repercussões no fundo partidário e no tempo para propaganda partidária.
>
> Dessa forma [5], a repartição da verba do fundo partidário seria feita de acordo com a cláusula, ao passo que 99% seriam rateados entre os partidos que cumpriram seu critério, e apenas 1% destinado aos que não atenderam a essas condições. Além disso [6], também possuiriam o espaço de somente dois minutos para propaganda eleitoral, em cada semestre, limitado à cadeia nacional.
>
> Assim, o Ministro observa que a lei vedaria não só o funcionamento parlamentar aos partidos menores, mas, na prática, o acesso ao fundo partidário e à propaganda eleitoral, visto que apenas [7] dos 29 partidos existentes à época cumpririam os requisitos legais.
>
> Nesse sentido, o Relator foca no esvaziamento da atuação das minorias por meio da cláusula de barreira, porquanto ela violaria a Constituição Federal [8] no atinente ao pluralismo político. Asfixiar os partidos de menor representação implicaria prestigiar uma óptica nacional hegemônica e, portanto, uma ditadura da maioria. O Estado Democrático de Direito seria um instrumento de defesa dos direitos e liberdades fundamentais das minorias, entre elas a de representação política.

[5] Art. 41, II, da Lei nº 9.096/95, no que toca à sua referência ao art. 13.

[6] Art. 48, da Lei nº 9.096/95.

[7] Os partidos apontados no voto como tendo logrado atingir os ditames legais foram: PT, PMDB, PSDB, PFL, PP, PSB e PDT.

[8] Mais precisamente o art. 5º, V.

Por fim, acaba não enfrentando, de fato, a conjuntura do número elevado de legendas, alegando que o enxugamento desse rol é automático, feito nas próprias urnas pela vontade do povo, e que descabe ao STF empunhar a bandeira do combate aos partidos de aluguel, sendo seu papel a defesa da Carta Magna;

b) Min. Ricardo Lewandowski: segue o voto do Relator, declarando a inconstitucionalidade da cláusula de barreira, sobretudo pela ofensa ao pluralismo político e à garantia de expressão das minorias.

O Ministro demonstra sua preocupação com o quadro fático, mas ressalta que a mera imposição de uma cláusula limitadora como essa não é a solução real e eficaz, devendo haver o desenvolvimento de reflexões mais amplas, e que tenham como pano de fundo a reforma política [9]. Assim, aduz que o pluripartidarismo está intrinsecamente vinculado à proteção de minorias, de modo que as restrições trazidas pelo art. 13, da Lei nº 9.096/95 – colocadas como "draconianas" – ferem de morte tal princípio e privilegiam as organizações partidárias maiores. Consequentemente, acabam danificando a representatividade das minorias, impedindo que encontrem expressão no plano político.

c) Min. Cármen Lúcia: também acompanha a decisão do Relator, declarando a inconstitucionalidade em virtude da violação do pluralismo político, da representatividade essencial ao regime democrático, e do sufrágio como expressão da soberania popular.

A Ministra lembra que vivemos em um país plural, no qual a minoria de hoje deve possuir espaço para se tornar a maioria de amanhã, sendo que o multipartidarismo não é decorrência necessária do pluralismo. Com base nisso, foca no significado do voto, que não deve ser visto somente como um depósito em urna, mas, sim, parte de um processo mais amplo, que começa no prélio eleitoral e continua após as eleições, sendo concretizado com o funciona-

[9] Ao fazer referência à reforma política, o magistrado cita causas que foram posteriormente levadas ao próprio STF, como, por exemplo, a verticalização de coligações, outro objeto de estudo da monografia situado mais a frente.

mento parlamentar [10]. Destarte, inibir esse funcionamento implicaria em retirar peso do voto, enfraquecer a representatividade e ofender as minorias. Ao final, enfrenta a questão fática sucintamente, afirmando que os partidos de aluguel não estão adstritos às agremiações menores, e a história comprova isso, ao passo que a solução encontrada pela cláusula violaria a proporcionalidade;

d) Min. Eros Grau: julga procedente a ADI, nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio, reafirmando a ofensa ao pluralismo político e inserindo o princípio da igualdade de chances, como representação da isonomia. Outrossim, caracteriza a cláusula de barreira como "corredor da morte das minorias políticas" [11], pois estabelece valor diferente aos votos dos cidadãos, o que demonstraria seu caráter totalitário. Ademais, afronta a paridade de oportunidades [12] na medida em que seria uma censura prévia à liberdade partidária, pois extingue partidos incipientes no cenário nacional, obstando que algum dia se tornem maioria;

e) Min. Carlos Britto: ratifica a corrente majoritária para entender pela procedência da ação direta. Assim, inicia seu voto sublinhando a dificuldade da questão colocada perante a Corte, de modo a sustentar a necessidade do exame da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, qual decisão afirmaria mais valores constitucionais.

Nessa seara, afirma o peso maior dos argumentos empregados pelo Relator, ou seja, o pluralismo político, a liberdade associativa, a igualdade, o sufrágio e, por fim, a proteção das minorias. Como reforço a esse último valor, adiciona o prestígio por ele conferido ao mecanismo de freios e contrapesos, que deve operar não somente entre os Poderes, mas também no interior do Parlamento em si, assegurando espaço para atuação das minorias [13].

---

[10] Em termos normativos, o art. 14 seria consolidado em conjugação com o art. 17, ambos do texto constitucional.

[11] A expressão é empregada em citação a uma palestra proferida por Marcello Cerqueira no congresso de Direito Constitucional ocorrido em novembro de 2006.

[12] O Ministro faz alusão doutrinária a Carl Schmitt, segundo o qual a ausência do princípio da igualdade de chances conduziria a um projeto de perpetuação eterna no poder, pois a primeira maioria que o obtivesse o deteria para sempre.

[13] Para fortalecer sua tese, diz que "toda Constituição é um estatuto das minorias para que se faça uma oposição aos eventuais governantes".

Ao final, em confronto à argumentação da AGU, lembra que a referência à lei feita pela Constituição em relação ao funcionamento parlamentar [14] não permite a incompatibilidade legal com valores maiores da própria Carta Magna, o que caracterizaria hipótese de contradição performativa;

f) Min. Cezar Peluso: acompanha integralmente o Relator em sua declaração de inconstitucionalidade, no entanto, enfatiza que a ordem jurídica não recusa quaisquer espécies de cláusula de barreira, desde que prestigie o pluralismo simultaneamente à inibição do "multipartidarismo", pois essa fragmentação não protege as minorias.

Nessa seara, considera que a lei não atingiu esse objetivo, ofendendo ao pluripartidarismo ao restringir a atuação parlamentar, bem como o acesso ao rádio, televisão e ao fundo partidário, de modo a retirar prerrogativas inerentes à própria existência do partido.

Ao final, submete o dispositivo legal ao postulado da igualdade, afirmando a ausência de uma conexão jurídico lógica entre o critério de discriminação, e sua respectiva consequência, tendo em vista que tão somente o número de votos imputáveis a uma agremiação não é razoável;

g) Min. Gilmar Mendes: adota a posição majoritária de invalidação da cláusula de barreira sob os fundamentos da igualdade de chances, da defesa das minorias e da proporcionalidade.

Primeiramente, o Ministro expõe seu entendimento acerca da natureza dos partidos políticos, os quais considera instituições permanentes de participação política, estando integrados tanto à sociedade quanto ao Estado. Ressalta também uma particularidade do modelo brasileiro [15], qual seja o de votação em lista aberta, que leva consigo o voto preferencial, isto é, a indicação de um candidato dentre os vários da legenda, que podem se eleger por arrastamento.

[14] A referência está alocada no art. 17, IV, quando afirma que "funcionamento parlamentar de acordo com a lei". Contudo, o Ministro não considera a norma uma regra de eficácia limitada, mas apenas um chamamento à lei feito no plano instrumental, como *modus operandi*.

[15] Nesse sentido, cita Jean Blondel, para quem o modelo brasileiro seria "uma mistura de escrutínio uninominal e representação proporcional". Isso significa que há um sincretismo entre a votação no próprio candidato e a eleição por meio do quociente eleitoral.

Após essa introdução, o magistrado inicia um teste da cláusula perante o princípio da proporcionalidade [16], chegando à conclusão de que aquela o infringe por conta do modo como foi positivada [17]. Ou seja, a vedação ao funcionamento parlamentar e as restrições excessivas ao tempo de propaganda partidária, bem como aos recursos do fundo partidário, significariam um "sacrifício radical das minorias".

Ademais, reforça o suposto atentado ao princípio da igualdade de oportunidades – sem o qual é impossível adotar uma concorrência livre e equilibrada no regime democrático – em decorrência de sua gradação excessiva. Dessa forma, o critério de "significação do partido", atingido por meio do desempenho eleitoral, teria sido exagerado, contribuindo para a manutenção do *status quo* em detrimento das minorias [18].

Por fim, há também importantes referências a pautas futuras de julgamento no STF, como a fidelidade partidária e o financiamento privado de campanha, adiantando de parte de sua opinião sobre os temas;

h) Min. Sepúlveda Pertence: faz referência à cláusula de desempenho, que considera de "inconstitucionalidade chapada" por partir de dados concretos já conhecidos, em contraposição à cláusula de barreira, reguladora da diferenciação das agremiações a partir de desempenho futuro. Entretanto, integra a corrente dominante, apesar de reconhecer os problemas da proliferação exagerada de partidos sem significação social ou ideológica, porquanto não o julga suficiente para permitir tal tipo de solução.

---

[16] Emprega a proporcionalidade como "princípio da reserva legal proporcional", o que implica dizer que a discricionariedade conferida ao legislador ordinário pelo mandamento constitucional (art. 17, IV) também deve se manter dentro de balizas proporcionais.

[17] O Ministro enfatiza a possibilidade de se estabelecer uma cláusula de barreira, desde que adequada aos termos da ordem constitucional. Chega, inclusive, a esboçar uma proposta, ainda baseada em números, mas na qual o percentual de votação fosse requisito para a própria eleição de representantes, ficando ressalvado o acesso aos recursos necessários para competir no pleito seguinte – recursos que abrangem tanto a propaganda como o fundo partidário.

[18] Na visão do juiz, "a minoria somente há de renunciar ao direito de resistência se ficar assegurada a possibilidade de vir a se tornar maioria".

> O caminho encontrado pelo dispositivo legal seria ainda mais cruel do que seus similares no Direito Comparado, pois "não mata, deixa morrer", ao asfixiar os partidos menores quando retira sua atuação parlamentar e reduz a quantidades ínfimas seus recursos do fundo partidário, além de seu tempo de publicidade;
>
> i) Min. Ellen Gracie (Presidente): se resume a seguir a unanimidade, razão pela qual seu voto será equiparado, argumentativamente, a tudo que foi apresentado por seus pares.
>
> j) Min. Celso de Mello: há diversas referências a seu voto pelos outros Ministros durante os debates, entretanto, ele não foi anexado ao acórdão. Assim sendo, tendo em vista a unanimidade da decisão do Tribunal, seu voto também será equiparado ao da corrente composta por seus colegas.

Importa registrar que a declaração de inconstitucionalidade de todos os dispositivos que adotam os critérios da cláusula de barreira acabaria por extinguir as regras relativas à distribuição dos recursos do fundo partidário. Assim, há um debate que visa estender a eficácia de uma regra transitória [19] reguladora desse aspecto, de modo que o STF acaba compondo uma norma [20] através dos instrumentos constitucionais existentes – como a interpretação conforme e a própria declaração de inconstitucionalidade. Ainda: o Min. Joaquim Barbosa não participou do julgamento.

3 O Presente

Nessa seção apresentaremos a atualização da matéria sucintamente, ou seja, pretende-se aqui descrever o modo como a cláusula de barreira está inserida nas discussões parlamentares recentes.

A cláusula de barreira, atualmente, prevista no art. 3º, da PEC 36/2016, estabelece distinções em relação ao funcionamento parlamentar, criando duas espécies de partidos em razão dos resultados eleitorais: uma categoria composta por membros detentores de direito ao funcionamento, e outra sem a mesma prerrogativa.

Dessa forma, aqueles parlamentares que não atingirem o patamar erigido ainda gozarão de seus direitos de representação popular, o que

[19] Art. 57, *caput*, da Lei nº 9.096/95.

[20] O Ministro Gilmar Mendes chega a exigir atuação criativa da Corte, por meio de sentenças aditivas, que acredita serem a evolução do paradigma dogmático do legislador negativo.

significa que conservarão seus mandatos, mas não terão direito ao funcionamento parlamentar, obstando a manutenção de estrutura própria e funcional nas casas legislativas, bem como o acesso ao fundo partidário, e à propaganda eleitoral na TV e no rádio, em mesma medida àqueles que alcançaram tal resultado.

Ademais, vale ressaltar que a proposição é também chamada comumente de "PEC da Reforma Política", pois, além da limitação ao número de partidos, aborda também o fim das coligações e a fidelidade partidária. Nessa seara, destacamos que, até pela delimitação do recorte de pesquisa, o tema em discussão no artigo será apenas um escopo da proposta (cláusula de barreira), mas seu destino é central para a integralidade da reforma política.

A alteração constitucional, durante o desenvolvimento deste artigo, se encontrava em tramitação na Câmara dos Deputados – renumerada como PEC nº 282/2016 – com parecer favorável aprovado perante a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC), aguardando a elaboração de parecer da Comissão Especial.

Contudo, já é possível extrair das discussões legislativas [21] a semelhança em relação ao debate travado no bojo das ADIs 966-4/DF (cláusula de desempenho), 1.351-3/DF e 1.354-8/DF (ambas tratando da cláusula de barreira), ou seja, a dicotomia entre operacionalizar melhor a disputa democrática brasileira a partir de uma diminuição do fenômeno do hiperpartidarismo, ou preservar a estrutura vigente como garantia de representação das minorias.

Além das demais modificações trazidas pela proposta, como o fim das coligações em eleições proporcionais e a positivação da fidelidade

[21] O contraste de argumentos pode ser observado na comparação dos votos em separado proferidos na tramitação do projeto perante a CCJC e o parecer do Relator, acolhido pela maioria dos parlamentares membros da Comissão. Cf. Parecer do Relator Deputado Betinho Gomes. 04 abr. 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1541803&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PEC+282/2016>. Acesso em: 14 maio 2017.
Voto em separado: Deputados Chico Alencar e Ivan Valente. 11 abr. 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544395&filename=VTS+1+CCJC+%3D%3E+PEC+282/2016>. Acesso em: 14 maio 2017.

partidária, o texto guarda critério idêntico aos elaborados em momentos anteriores de nossa história constitucional. Em outros termos: o projeto apresenta o patamar mínimo de 2% de votos válidos, distribuídos em 14 unidades da Federação – com o mínimo de 2% em cada uma delas –, para as eleições de 2018, e 3% a partir de 2022 [22].

O parâmetro adotado pela proposição ainda é o desempenho eleitoral, de forma semelhante às duas outras cláusulas de que trata este texto. Em relação à cláusula de desempenho a diferença é maior, tendo em vista que aquela impedia os partidos de participarem do próprio pleito, o que não ocorre com a atual proposta. Já no atinente à antiga cláusula de barreira, a distinção está localizada tão somente no percentual determinado como mínimo a ser atingido, que foi flexibilizado para se tornar menos exigente.

Se, por um lado, a PEC é apontada como elemento necessário na busca do objetivo de inibir a formação dos chamados "partidos de aluguel", cuja proliferação seria um dos fundamentos para o enfraquecimento da disputa ideológica no jogo democrático do país, por outro sofre críticas ligadas ao cerceamento de representação das minorias políticas, porquanto – conforme afirmado pelas manifestações divergentes – 21 partidos ficariam sem funcionamento [23].

---

[22] Art. 1º A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações: 'art 17. §2º Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral, e terão direito a funcionamento parlamentar aqueles que obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos 14 (quatorze) unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma destas'.
Art. 3º Art. 3º As restrições ao funcionamento parlamentar dos partidos políticos previstas nos §§ 2º, 3º e 6º do art. 17 da Constituição Federal aplicar-se-ão a partir das eleições de 2022.
Parágrafo único. Nas eleições de 2018, as restrições de que trata o *caput* se aplicarão aos partidos políticos que não obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo 2% (dois por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelos menos 14 (quatorze) unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma destas.

[23] Esses dados estão baseados nos resultados eleitorais extraídos do pleito de 2014. Cf. Voto em Separado: Deputado Rubens Pereira Jr. 11 abr. 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544448&filename=VTS+2+CCJC+%3D%3E+PEC+282/2016>. Acesso em: 14 maio 2017.

4 O Futuro

Para iniciar a análise do eventual destino da nova cláusula de barreira no Supremo Tribunal Federal é importante que consideremos não apenas os novos integrantes da Corte, mas também a opinião daqueles Ministros que já se manifestaram publicamente, afirmando, implícita ou explicitamente, que – de alguma maneira – demonstraram uma espécie de arrependimento da decisão prolatada. Esses parecem ser os casos dos ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski.

Quanto ao primeiro, o Ministro do STF e Presidente do TSE, manifestou expressamente sua visão no sentido de que o Supremo teria falhado na declaração de inconstitucionalidade da proposição normativa, e feito uma intervenção indevida no domínio legislativo. Ele argumenta que a inovação é essencial para reduzir o número crescente de partidos políticos no país e, então, aumentar a representatividade (PASSARINHO, 2013).

O Ministro Lewandowski, por sua vez, também afirmou publicamente sobre a necessidade de cláusula de barreira em substituição à invalidada pelo Tribunal, de modo a reconhecer implicitamente o erro naquela decisão. Sua argumentação vai na linha de que o dispositivo constitucional que prevê a livre e ampla criação de partidos deve ser respeitado, mas isso não significaria dar aval à criação desenfreada de legendas, dificultando a governabilidade e permitindo a existência de entidades que sequer possuem um mínimo de lastro popular (PASSARINHO, 2013).

Desde a última decisão do Tribunal na matéria no ano de 2006, já se passaram mais de 10 anos e, com isso, houve a mudança na composição do STF com a saída e ingresso de alguns ministros. De modo mais específico, os magistrados que não figuraram naquela ocasião foram: Rosa Weber, Luiz Fux, Dias Toffoli, Luis Roberto Barroso, Luis Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

De início, destacamos que não conseguimos encontrar posicionamentos públicos dos Ministros Fachin e Luiz Fux a respeito do tema, bem como da Ministra Rosa Weber. Contudo, relativamente aos demais recém-detentores do cargo, há manifestações acadêmicas e perante a imprensa que demonstraram publicamente sua posição e, portanto, pode revelar uma tendência de cada voto.

Nesse sentido, vale mencionar que o Ministro Barroso talvez seja o que mais tenha abordado a cláusula de barreira em suas palestras e artigos. Sua posição é enfática pela necessidade de profunda reforma política, abrangendo a adoção do sistema distrital misto, o semipresidencialismo, a fidelidade partidária e a contenção da pulverização partidária por meio de uma barreira. Quanto ao último aspecto – que aqui nos interessa – defendeu por diversas vezes sua implementação como forma de inibir a proliferação de partidos sem lastro popular, o que encareceria as eleições, além de impedir a consolidação de identidade programática nos pleitos (MARTINES, 2016).

O Ministro Dias Toffoli também parece seguir essa linha, sendo favorável a modificações no sistema eleitoral brasileiro que vão desde o fim das coligações até a criação da cláusula de barreira, de modo a identificar uma falha da Corte em sua decisão passada. O Ministro, no entanto, diferencia tecnicamente esse modelo da chamada cláusula de desempenho, na qual não se obsta o acesso às cadeiras do parlamentar eleito, mas impede que o partido de tal representante eleito tenha liderança, e que o parlamentar integre qualquer Comissão de sua casa legislativa. Assim, alega que a inconstitucionalidade recai sobre o desempenho, mas não sobre a barreira, adotada em outros países como a Alemanha (REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, 2017).

Por fim, resta observarmos as manifestações públicas sobre o tema do mais recente Ministro do Supremo, Alexandre de Moraes, o qual já havia dado demonstrações acadêmicas de apoio à restrição (MORAES, 2013), e que continuou a se manifestar dessa forma em sua própria sabatina (AGÊNCIA SENADO, 2017). Afirmou, ainda, que a cláusula deve ser implementada com o fito de impedir a formação de legendas de aluguel, cujo efeito mais nefasto é o aumento no distanciamento entre representantes e representados. Além disso, entendeu que os precedentes da Corte relacionados à matéria são ilegítimos, tendo usurpado competência do legislador.

5 Considerações Finais

Embora não seja possível determinar o posicionamento que o Supremo Tribunal Federal adotaria, caso a cláusula de barreira seja aprovada e tenha sua constitucionalidade questionada, é possível trazer algumas conclusões a respeito da presente pesquisa descritiva.

Considerando a composição atual do STF e o tema da cláusula de barreira pode-se projetar o seguinte quadro:

Ministro	Status
Celso de Mello	Se manifestaram em decisão no STF contra a cláusula de barreira e, durante a pesquisa, não encontramos manifestações públicas que indicaram sua mudança de posicionamento.
Marco Aurélio	
Cármen Lúcia	
Gilmar Mendes	Se manifestaram em decisão no STF contra a cláusula de barreira, mas encontramos manifestações públicas que indicaram a mudança de posicionamento sendo favoráveis à cláusula de barreira.
Ricardo Lewandowski	
Roberto Barroso	Não se manifestaram em decisão no STF contra a cláusula de barreira, mas encontramos manifestações públicas que indicaram ser favoráveis à cláusula de barreira.
Dias Toffoli	
Alexandre de Moraes	
Edson Fachin	Não se manifestaram em decisão no STF contra a cláusula de barreira e, durante a pesquisa, não encontramos manifestações públicas que indicaram seu posicionamento.
Luiz Fux	
Rosa Weber	

Quadro 1 – Posicionamento do STF sobre a cláusula de barreira

Fonte: Elaborado pelo autor.

Essa contextualização pretende fornecer ao leitor alguns rumos possíveis que o tema poderá tomar diante da coerência estabelecida anteriormente nas decisões do Supremo Tribunal Federal ou, então, pode colaborar para aferir a tendência de um *distinguishing* [24] ou *overruling* [25] em sua jurisprudência.

Dentre tantas abordagens que o tema da cláusula de barreira suscita, procurou-se aqui apresentar abordagem descritiva, com o intuito de colaborar com o desenvolvimento de novas pesquisas no tema e com o amadurecimento da pesquisa empírica em direito.

[24] *Distinguishing*: diz-se de um caso excepcional na jurisprudência do Tribunal, no qual, dada a excepcionalidade, não se tem o condão de refletir mudança de posição ou quebra de coerência daquele órgão.

[25] *Overruling*: mudança da opinião da Corte e que normalmente exige maior esforço argumentativo para se estabelecer sem ferir a segurança jurídica.

Referências

AGÊNCIA SENADO. Moraes: STF 'substituiu legislador' ao derrubar cláusula de barreira para partidos. **Senado Notícias**, 21 fev. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/02/21/moraes-stf-substituiu-legislador2019-ao-derrubar-clausula-de-barreira-para-partidos>. Acesso em: 14 maio 2017.

BARROSO, Luís Roberto. A Reforma Política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil. **Instituto Ideias**. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1604367/mod_resource/content/1/Texto%20Barroso%20Sistema%20de%20GGovern%2C%20eleitoral%20e%20partid%C3%A1rio.pdf>. Acesso em: 14 maio 2017.

DE FARIAS, P. H. E. **O Fiel da Balança**: O Quebra-cabeça dos Partidos Políticos na Jurisprudência do STF como Garantia das Regras do Jogo Democrático. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=302>. Acesso em: 20 jun. 2017.

DURAN, C. V. Como ler decisões judiciais?, **Ejur Participativo Direito FGV**, Dez. 2015. Disponível em: <http://ejurparticipativo.direitosp.fgv.br/portfolio/como-ler-decisoes-judiciais>. Acesso em: 26 out. 2016.

DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HAJE, Lara; NOBRE, Noéli. Gilmar Mendes diz que STF errou em decisão sobre cláusula de barreira. **Câmara Notícias**, 21 mar. 2017. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/526598-GILMAR-MENDES-DIZ-QUE-STF-ERROU-EM-DECISAO--SOBRE-CLAUSULA-DE-BARREIRA.html>. Acesso em: 20 jun. 2017.

MARTINES, Fernando. Barroso defende cláusula de barreira para evitar a proliferação de partidos. **Revista Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mai-17/barroso-defende-clausula-barreira-excesso-partidos>. Acesso em: 14 maio 2017.

MENDES, C. H. Onze Ilhas. **Folha de São Paulo**, 2010, p. 3.

_____.Lendo uma decisão: *obiter dictum* e *ratio decidendi*. **Racionalidade e retórica na decisão. Sociedade Brasileira de Direito Público, 2013**. Disponível em:< http://www.sbdp.org.br/ arquivos/material/19_Estudo% 20dirigido%20-%20Ratio% 20decidendi%20e%20obter% 20dictum%20-%20 Conrado% 20Hubner%20Mendes.pdf>. Acesso em: 12 out. 2016.

MORAES, Alexandre de. "Cláusula de desempenho" fortalece o sistema eleitoral. **Revista Consultor Jurídico**, 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-nov-08/justica-comentada-clausula-desempenho-fortalece-sistema-eleitoral>. Acesso em: 14 maio 2017.

PASSARINHO, Nathalia. Lewandowski defende cláusula de barreira contra excesso de partidos. **G1**, 1 out. 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/10/lewandowski-defende-clausula-de-barreira-contra-excesso-de-partidos.html>. Acesso em: 20 jun. 2017.

PRETZEL, B. R.; KLAFKE, G. F. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, vol. 1, n. 1, jan 2014. p. 89-104.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Toffoli defende criação de cláusula de barreira e fim de coligações partidárias. 20 abr. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-abr-20/toffoli-defende-criacao-clausula-barreira-fim-coligacoes>. Acesso em: 14 maio 2017.

Diogo Rais - Mestre e Doutor em Direito do Estado pela PUC-SP. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pesquisador da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

Pedro Henrique Espagnol de Farias - Graduando em Direito pela PUC-SP. Ex-aluno da Escola de Formação Pública da SBDP.

Notas Críticas do Direito Processual ao Artigo 23 da Lei Complementar nº 64, de 1990

Critical Notes of the Procedural Law to Article 23 of Complementary Law nº 64, of 1990

Rodolfo Viana Pereira

Lucas Tavares Mourão

Resumo: No trabalho que se desenvolve é feito um levantamento de como o Novo Código de Processo Civil trabalha a garantia do contraditório substancial na instrução processual, e como fica o papel do juiz na condução dos trabalhos ao primar pela isonomia das partes, pela manifestação perante todos os fatos apresentados e pela fundamentação de suas decisões. Contrapõe-se a essa sistemática a interpretação que é conferida ao art. 23, da Lei das Inelegibilidades, o qual permite que sejam proferidas decisões a partir da livre apreciação de fatos notórios, indícios e presunções trazidos de ofício pelo magistrado, sem que proporcione a manifestação das partes sobre eles. Ao final é mostrado que, embora alguns doutrinadores e o Supremo Tribunal Federal entendam não haver irregularidade no texto do artigo, seu conflito com o sistema processual e o Novo CPC é flagrante, sendo necessário ao aplicador do direito recorrer às técnicas de resolução de incompatibilidade de normas para aplicar as diretivas do código processual, seja supletiva ou subsidiariamente ao processo eleitoral, a depender de sua leitura sobre o conflito entre as normas.

Palavras-chave: Contraditório substancial. Novo CPC. Lei das Inelegibilidades. Conflito de normas.

Abstract: In the work that takes place, a data entry is made of how the New Code of Civil Procedure works to guarantee the substantial contradiction in the procedural instruction and how the role of the judge in the conduct of the work is prevail by the isonomy of the parties, by the manifestation before all the facts presented and the reasons for its decisions. This system is opposed to the interpretation given to art. 23 of the Law on Ineligibilities, which allows judgments to be made based on the free appreciation of notorious facts, indications and presumptions brought "of office" by the magistrate, without giving the manifestation of the parties on them. In the end, it is shown that, although some writers and the Federal Supreme Court understand that there is no irregularity in the text of the article, its conflict with the procedural system and the New CPC is flagrant, requiring the applicator of the law the right to recall to the techniques of resolution of incompatibility of rules to apply the directives of the procedural code, be it supplementary or subsidiary to the electoral process, depending on its reading on the conflict between the norms.

Keywords: Substantial contradiction. New CPC. Law of Ineligibilities. Conflict of norms.

Artigo recebido em 29 ago. 2017 e aprovado em 22 set. 2017.

1 Introdução

O estudo da legislação e da jurisprudência eleitorais mostra uma tendência crescente na busca pela moralidade pública em detrimento das garantias fundamentais. Instrumentos como a Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar nº 64/1990), a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010), bem como as diversas reformas e resoluções do Tribunal Superior Eleitoral cerceando a liberdade de propaganda, mostram como o exercício do sufrágio passivo tem sido mitigado por ser visto como um perigo em potencial à sociedade. Soma-se a isso a postura de guardião moral adotada pelos juízes e tribunais eleitorais, decidindo *in dubio pro societate* em decisões reiteradamente criticadas pela doutrina.

Em sentido diametralmente oposto, evolui a teoria do processo. Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil deu-se ênfase ao contraditório substancial, exaltando o papel do magistrado na condução do processo. O novo instrumento aprovado busca garantir uma construção dialética da verdade, na qual as partes litigantes têm assegurada a paridade de armas em todas as fases, devendo ser-lhes oportunizado o direito de manifestação frente a qualquer fato e prova apresentados, mesmo que de ofício pelo juiz. Ao mesmo tempo em que o Novo CPC aumenta o dever do julgador em fundamentar suas decisões e prezar pela isonomia entre as partes, retira dele a carga subjetivista do livre convencimento, vinculando-o mais à verdade construída por meio do contraditório.

A ampla divergência entre os dois ramos do Direito gera atrito quando postos de frente. Sabe-se que o Código de Processo Civil se aplica supletiva e subsidiariamente ao processo eleitoral (art. 15). Mas, sendo assim, qual ideologia deveria prevalecer na condução de processo eleitoral, por exemplo, de uma Ação de Investigação Judicial Eleitoral? As garantias do Direito Processual ou a busca pela moralidade que vem pautando a atuação do Direito Eleitoral?

Este trabalho se propõe a investigar esse embate, especificamente no tocante ao art. 23, da LC nº 64/90. Para tanto, buscou-se, com base em literatura especializada, levantar críticas de como as garantias processuais são interpretadas pelos ramos em questão e, ao fim, endossar as propostas de uma solução para o conflito normativo verificado.

2 O Novo CPC e o Reforço do Contraditório Substancial pela Atuação do Magistrado

A Lei nº 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, trouxe alterações significativas em diversos aspectos do rito processual no Direito brasileiro. Uma das principais perspectivas com o novo *codex* é a ampliação da garantia às partes de maior isonomia durante a instrução processual de uma lide. Para tanto, reforça-se a postura do magistrado que conduz o processo como partícipe atuante na relação processual, distanciando-se cada vez mais da acepção de mero espectador distante que se incumbia apenas de receber os fatos e dizer o direito, conforme o brocardo *dami factum dabo tibi jus*.

Em verdade, o crescimento da participação do juiz é um fenômeno que se pode perceber já há algum tempo, como se denota das lições que Cintra, Grinover e Dinamarco (2014) tecem sobre a interpretação evolutiva do princípio dispositivo. Explicam os autores que a origem do referido princípio remonta a um sentido liberal de que o juiz imparcial e não inquisitivo dependeria exclusivamente da manifestação das partes quanto às provas e alegações para a instrução do processo. No entanto, com o crescimento da acepção publicista do processo, o magistrado passou a assumir postura mais ativa para determinar provas e conhecer determinadas matérias *ex officio*.

Essa evolução levou Theodoro Jr. (2011), ainda sob a égide do antigo CPC, a alegar que as legislações processuais são hoje mistas, misturando preceitos inquisitivos e dispositivos, mas com a observação de que embora o juiz possa ordenar a produção de provas não requeridas pelas partes, não pode se tornar um investigador ou inquisidor.

Ainda no Código de 1973, outro reforço ao alcance de atuação do magistrado foi a positivação da apreciação das provas sem que elas fossem tarifadas, quer dizer, sem que tivessem peso legal. Falava-se do livre convencimento, previsto no então art. 131 com a seguinte redação: "O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento".

Cintra e outros (2014) explicam tratar-se do princípio da persuasão racional do juiz, situado entre o sistema de prova legal e o do julgamento

secundum conscientiam [1]. Alertam os referidos doutrinadores, contudo, que o juiz ainda devia se pautar pela máxima *quod non est in actis non est in mundo*, devendo decidir com base nos elementos constantes no processo, mas avaliando-os segundo critérios críticos e racionais.

Com a advinda do Novo CPC, ao juiz foi conferida maior participação na instrução processual, para a garantia da paridade de armas entre as partes e a realização efetiva do princípio contraditório. Fala-se, agora, em contraditório substancial, o qual encontra seu fundamento, destacadamente, nos artigos 7º, 9º e 10 do código:

> Art. 7º É assegurado às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.
> Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.
> Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Restou superada a ideia meramente formal do princípio contraditório, tida de forma simplificada como aquela garantia de que às partes seriam dadas as mesmas oportunidades de manifestação. A análise substancial do princípio eleva o contraditório para além da bilateralidade das partes isoladamente consideradas, instaurando um diálogo entre elas e o magistrado, de forma a garantir uma atividade dialética, dinâmica e efetiva entre os atores envolvidos, na esteira do que leciona Theodoro Jr. (2015) ao se debruçar sobre o novo instituto.

Em material específico sobre o tema, Silva e Roberto (2014, p. 180) ensinam que o contraditório substancial se diferencia por ser efetivado "para além da argumentação ou dos poderes e faculdades retóricas das partes", deixando no passado a liberdade arbitrária de quando as partes eram largadas à sua própria competência. Consoante asseveram os autores, é de-

[1] Na dicção dos autores, o sistema de prova legal ou tarifada "significa atribuir aos elementos probatórios valor inalterável e prefixado, que o juiz aplica mecanicamente", enquanto no julgamento *secundum conscientiam* "o juiz pode decidir com base na prova dos autos mas também sem provas e até mesmo contra as provas".

ver do juiz velar pela efetivação do contraditório, conferindo tratamento paritário às partes, mas sem interferir com seu poder na busca de uma dita verdade real (SILVA; ROBERTO, 2014).

Pode-se dizer, em linhas gerais, que a intenção do Novo CPC com o reforço do contraditório substancial é exaltar o papel do juiz não apenas como um árbitro frio e distante, mas como partícipe ativo no processo, e mediador próximo às partes na busca de uma solução do litígio. O faz ao garantir que todos os interessados tenham as mesmas condições de influenciar no convencimento do julgador ao final, e ao proporcionar a manifestação das partes diante de toda questão suscitada e que possa influenciar no resultado ao fim. Deve, contudo, ficar atento ao dever constitucional de fundamentação de todas as decisões, respeitando os elementos amplamente discutidos nos autos, não investindo em uma busca heroica e isolada pela verdade real.

O dever de fundamentação sobressai na construção do contraditório substancial justamente por ser a garantia de que a decisão final será construída em vista dos elementos apresentados e debatidos ao longo do processo.

Para Taruffo (2016) a fundamentação teria duas funções nítidas, uma endoprocessual e outra extraprocessual. A primeira consistiria em possibilitar às partes analisar a racionalidade da decisão, dirigindo a atividade recursal, ao passo que a última seria a possibilidade de a sociedade acompanhar o exercício do poder jurisdicional e a observância do devido processo legal, como manifestação do caráter publicista da decisão judicial.

Ramina de Lucca (2015, p. 125) esboça ainda uma terceira função, a de legitimação do poder jurisdicional, argumentando que "a atividade jurisdicional extrai a sua legitimidade de seu exercício procedimentalizado, da participação efetiva das partes no processo, e da juridicidade e racionalidade das decisões ao final proferidas".

A função endoprocessual de Taruffo (2016) corresponde ao pensamento tradicional apontado por Cintra e outros (2014) de que a fundamentação servia apenas para possibilitar às partes a impugnação para efeito de reforma. Por outro lado, as motivações encontrariam sua função política na publicidade, com o fito de aferir a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões, o que corresponde à função extraprocessual de Taruffo (2016) em conjunto com a terceira via de Ramina de Lucca (2015).

Em vista do advento do Novo CPC, e da primazia dada ao dever de fundamentação e sua relação com o contraditório substancial, mostra-se pertinente a diferenciação que Andrade Neto (2016) faz das teses sobre as funções da fundamentação. O autor as divide criticamente em teses fracas e teses fortes, para então sustentar o que defende ser o real propósito da fundamentação, considerando (2016, p. 365):

> O primeiro, que aqui se denomina *grupo das teses fracas*, reúne autores que atribuem à fundamentação uma função basicamente instrumental, ou seja, consideram-na um meio para atingir determinados fins normativamente previstos e/ou desejáveis.
> [...]
> O segundo grupo, das teses fortes, reúne autores que atribuem à fundamentação uma função normativa própria. Dela dependeriam a validade da decisão particularmente considerada e, de modo mais abrangente, a legitimidade do próprio poder jurisdicional.

Como preconiza Andrade Neto (apud TAVARES; AGRA, 2016, p. 366), "o dever de fundamentação tem valor jurídico próprio, para além de qualquer papel instrumental que possa vir a desempenhar no ordenamento jurídico". De outra forma não haveria de ser, principalmente estando o ordenamento jurídico sob a égide de uma normativa processual que prima pelo contraditório substancial.

Assim, mais que nunca, a fundamentação deve ser abraçada como elemento de legitimidade do ato judicial ou, nas palavras de Gonçalves (2014), requisito de regularidade que, se não observado, torna o ato passível de nulidade nos ditames do art. 93, IX, da Constituição da República.

A partir do momento em que à fundamentação é dada a devida relevância de elemento de validade da decisão judicial, não há mais como se falar em "livre convencimento" no código processual. Salgado, Valiati e Bernadelli (apud TAVARES; AGRA, 2016, p. 350) lembram que a ideia original do livre convencimento (a desvinculação da apreciação probatória pelo sistema tarifado) foi deturpada ao longo dos quarenta anos de vigência do antigo CPC, passando a ser utilizada como aval à postura ativista dos magistrados, muitas vezes elencando fatos e determinando a produção de provas *ex officio*, sem a devida manifestação das partes e adotando fundamentação viciada que abarcava apenas as ideias com as quais coadunavam.

Os julgadores se viam "livres" para fundamentar e instruir como bem preferiam, segundo suas consciências, como o voto do Min. Humberto Gomes de Barros escancarou, no AgRg em EREsp nº 319.997, e que posteriormente foi alvo das críticas de Lênio Luiz Streck (apud MACHADO, 2011). Do voto mencionado extrai-se a polêmica passagem (STJ, 2003):

> 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 amolde 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.

Ironia considerar que, embora o voto exarado fizesse menção a Barbosa Moreira, fato é que o doutrinador mencionado lecionava em sentido diametralmente oposto, na defesa de que quanto maior o grau de discricionariedade em uma dada questão, mais forte é a exigência de fundamentação (MOREIRA, 1978). A consciência, portanto, jamais deveria ser o fundamento cabal para uma decisão jurídica. Para evitar que essa ideia apresentada há quarenta anos acabasse se perdendo efetivamente, o Novo CPC buscou trazer uma resposta ao desvirtuamento do livre convencimento, garantindo o respeito ao dever de fundamentação das decisões a partir das provas apresentadas *por* e *para* todas as partes.

Com o novel art. 371 ficou excluída qualquer expressão similar ao "livre convencimento" da tarefa de apreciação probatória [2]. No mesmo

[2] Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

sentido, o art. 489 trouxe como elemento *essencial* da sentença a fundamentação, elencando no seu parágrafo primeiro as situações nas quais a decisão não pode ser considerada como fundamentada [3]. Nada mais correto, vez que a fundamentação, elemento essencial da decisão, é indispensável à garantia do contraditório efetivo e, como já dizia Theodoro Jr. (2011), o juiz também se submete ao contraditório, devendo observá-lo mesmo quando da deliberação de matérias apreciáveis de ofício, a respeito das quais cabe tecer algumas considerações.

Com a superação da acepção liberal do princípio dispositivo e o aumento da participação do magistrado na produção das provas necessárias à solução da lide, passou-se a admitir que o juiz conhecesse determinadas matérias de ofício. Atenta-se que, mesmo sob o regime processual passado, ao juiz era vedado levar em consideração fatos apreciados de ofício, não alegados pelas partes, sem que ambos os lados tivessem a oportunidade de se manifestarem a respeito (DIDIER JR., 2011).

---

[3] Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.
§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

No novo sistema processual o art. 493 reforça esse entendimento, enfatizando em seu parágrafo único [4] que a apreciação de qualquer fato novo, mesmo que constatado *ex officio*, deve ser precedida de manifestação das partes a respeito, ou, então, o magistrado não terá cumprido seu papel na garantia do contraditório efetivo.

Theodoro Jr. (2015) alerta que, não havendo a submissão da matéria apreciada de ofício às partes para que se manifestem, o juiz não poderá usá-la como fundamento da decisão [5]; e, como apontado, sem a devida fundamentação não há validade do ato judicial. Cunha (2013) vai além e defende que mesmo a questão submetida a julgamento por presunção simples do juiz deve ser submetida ao contraditório, sob pena de deslegitimar e invalidar o ato.

A importância que essa leitura do contraditório dá à submissão de qualquer matéria à manifestação das partes encontra sua razão de ser no princípio da não surpresa, o qual, como o próprio nome indica, pressupõe que as decisões judiciais não podem surpreender as partes com elementos desconhecidos por elas e frustrar suas legítimas expectativas (CUNHA, 2013). É a forma que o Novo CPC apresenta, como pontuam Ferreira e Mezzaroba (apud TAVARES; AGRA, 2016), de garantir estabilidade e previsibilidade para as partes no processo.

Em suma, leitura que se pode fazer do reforço que o Novo Código de Processo Civil dá ao contraditório substancial é que o instituto busca garantir que as partes de um processo tenham maior paridade de armas na formação do convencimento do juiz. Para tanto, o magistrado assume o dever de garantir que ambos os lados tenham as mesmas oportunidades de se manifestarem acerca de todos os fatos trazidos ao processo, e que possam influenciar na convicção do julgador.

O contraditório substancial também exalta o dever constitucional de fundamentação, tida como elemento de validade do ato judicial, substituindo a ideia deturpada que se criou do "livre convencimento" pelo dever de apreciação dos pontos norteadores da decisão. Esse novo olhar sobre

---

[4] Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.
Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.

[5] Com as exceções do art. 9º, parágrafo único.

o princípio contraditório visa evitar a surpresa das partes e garantir a estabilidade de uma sentença que respeite o que foi disponibilizado e discutido igualitariamente nos autos.

3 Incompatibilidade do Art. 23 da LC nº 64/90 com o Novo CPC

Em 1990 foi promulgada a Lei Complementar nº 64, trazendo os casos de inelegibilidade para candidatos a cargos eletivos e o rito para sua investigação. Apesar das alterações pelas quais o referido instrumento passou ao longo dos anos, o legislador teve por bem manter o art. 23, cuja redação suscita profundos debates desde sua entrada em vigor. Estabelece o dispositivo que:

> Art. 23. O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral.

Percebe-se que o artigo suscitado acompanha a redação trazida pelo CPC/73 no tocante à liberdade de apreciação dos fatos. Essa ideia, como mencionado no tópico anterior, foi deturpada ao longo do tempo, servindo de guarida a decisões sem fundamentação adequada por parte dos juízes. No cenário eleitoral, arrisca-se dizer, a prática é ainda mais recorrente, como critica Salgado e outros (apud TAVARES; AGRA, 2016, p. 340), ao pontuar que o art. 23 serve para "justificar a não apreciação de todas as alegações das partes na decisão e, ainda, afastar o resultado das urnas pelo conjunto da obra". Permite-se, como dito pelos autores, que as decisões se fundamentem no conhecimento pessoal do juiz, sem que a questão seja levada aos autos para a manifestação das partes.

Tomando por base a sistemática do Novo CPC ao abandonar o livre convencimento, seu embate com o artigo aqui discutido fica evidente já na literalidade da norma.

O problema continua em duas frentes: a possibilidade conferida ao magistrado de fundamentar sua decisão em fatos notórios, indícios e presunções; e a apreciação de fatos que não tenham necessariamente sido submetidos à manifestação das partes. Denota-se daí que a legislação eleito-

ral permite a cassação do mandato e a imposição de pena de inelegibilidade, mesmo sem respeito ao contraditório substancial. Tudo isso em prol de um chamado "interesse público de lisura eleitoral".

A permissão de fundamentar uma decisão essencialmente em fatos notórios, em indícios e presunções esbarra em graves problemas processuais, a começar pelo subjetivismo de suas definições, ao que Streck (2014) ironiza, questionando se haveria um "notoriômetro", um "indiciômetro" e um "presunçômetro" para medi-los.

Marinoni, Arendhart e Mitidiero (2015) ensinam que fato notório não depende de prova, devendo ser aceito nessa qualidade. Caso haja discussão sobre a notoriedade de um fato, ele deixa de sê-lo, e sua existência se torna tema probatório, como lecionam Wambier, Didier Jr., Talamini e Dantas (2015).

Fica, portanto, a questão: como poderia um juiz ou tribunal eleitoral decidir uma questão com base em fatos notórios sem submetê-los às partes conflitantes para que possam questionar a real notoriedade? A presunção de notoriedade sem possibilitar às partes que se manifestem sobre o fato lhes tolhe o direito de participação no processo, e o de influenciar na convicção final do magistrado, sendo uma clara violação do princípio contraditório.

Tampouco se pode creditar uma decisão que encontre suas bases em indícios e presunções. Embora o indício seja um meio de prova, a presunção não preenche o papel nem de meio, nem de fonte de prova, existindo apenas no pensamento do juiz, como mera atividade subjetiva (DIDIER JR. et al, 2015). Nos dizeres de Theodoro Jr. (2015), as presunções são mais raciocínio que meio de prova. O grande problema, como dito por Streck (2014), é que quanto mais se dedica à subjetividade, maior o grau de insegurança e injustiças, sendo que em uma verdadeira democracia as decisões não deveriam ser produto meramente de impressões e opiniões pessoais do julgador.

Apesar das críticas dirigidas à presunção como elemento de convicção, Theodoro Jr. (2015) lembra que o Novo CPC admite a presunção de veracidade de fatos, desde que os referidos fatos não cheguem a ser objeto de prova. O autor reforça que, antes de acolher qualquer presunção, "a lei sempre oferece à parte oportunidade de alegar e provar a efetiva veracidade dos fatos relevantes à acolhida da ação ou da defesa" (THEDORO JR.

2015, p. 107). E continua, alertando que apenas na efetiva falta de provas é que se legitima o julgamento por presunções, respeitando a regra de o convencimento se assentar nos fatos comprovados nos autos, como garantia do contraditório.

Visto que a doutrina processual condena a fundamentação das sentenças com base nos fatos notórios, nos indícios e nas presunções, não há como encontrar legitimidade na permissão que o art. 23 confere aos juízes eleitorais para decidirem com base nesses quesitos. Streck (2014) já levantou oportunamente: se o voto é manifestação sagrada do eleitor, sua anulação não deveria exigir provas robustas? Percebe-se que há claro conflito entre a intenção do legislador nos dois ritos processuais, o qual se projeta para a prática judicial nas diversas esferas.

Em razão dos evidentes absurdos que o art. 23 traz na construção do processo, foi apresentada a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.082, em 1994, pelo Partido Socialista Brasileiro, na qual se alegou, em especial, o risco gerado à segurança jurídica, à ampla defesa e ao contraditório [6]. No julgamento de mérito, ocorrido vinte anos mais tarde, o voto do relator pela improcedência da ADI foi acompanhado por unanimidade, seguindo a decisão da liminar proferida anteriormente pelo Min. Néri da Silveira, ao se pautar pelo livre convencimento do art. 131, do CPC/73, que respaldava o conhecimento de matérias de ofício pelo juiz. Segundo o Ministro Relator:

> Em síntese, o dever-poder conferido ao magistrado para apreciar os fatos públicos e notórios, os indícios e presunções por ocasião do julgamento da causa não contraria as demais disposições constitucionais apontadas como violadas. A possibilidade de o juiz formular presunções mediante raciocínios indutivos feitos a partir da prova indiciária, de fatos publicamente conhecidos ou das regras da experiência não afronta o devido processo legal, porquanto as premissas da decisão devem vir estampadas no pronunciamento, o qual está sujeito aos recursos inerentes à legislação processual.

O problema ao qual os ministros não se atentaram é que a figura viciada da livre apreciação expressa no dispositivo é fundamento para a perpetuação da prática condenável de decidir com base em elementos não

[6] STF, ADI nº 1.082/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Publicação DJE, em 30 de abr. de 2014.

submetidos à apreciação das partes. Deve ser ressaltado que com relação à constatação *ex officio* de fato novo nada há de problemático, aliás, o Novo CPC admite essa possibilidade no art. 493, parágrafo único [7], apenas reforçando a necessidade de se observar o contraditório e evitar surpreender as partes com decisões inesperadas, garantia omissa na redação do art. 23, da LC nº 64/90, e que resulta na violação do princípio da não surpresa e da necessidade de ampla fundamentação (STRECK, 2015).

Outro ponto elencado pelo Min. Marco Aurélio, e posteriormente destacado no voto do Min. Luiz Fux, para fundamentar a decisão é que a indisponibilidade dos direitos e interesses envolvidos no processo eleitoral permite ao juiz conhecê-los de ofício, sem ser provocado pelas partes.

Sobre esse ponto cabe a advertência que Theodoro Jr. (2011) fazia ainda sob a vigência do antigo código; segundo o doutrinador, mesmo que normas impositivas e indisponíveis sejam aplicadas de ofício pelo juiz, só o podem ser no limite necessário para solucionar o litígio descrito pelas partes. A interpretação a que se chega é que, uma vez que o processo se encontra devidamente instruído pelas provas trazidas e debatidas pelas partes, não deveria o magistrado, como terceiro elemento do processo, trazer, de ofício, material não apresentado pelos litigantes, pendendo o resultado da causa ao lado que ele, na avaliação moral de sua consciência, acredita ser a verdade real. Ao fazer assim, o julgador desestabiliza a paridade entre as partes e rompe com o contraditório substancial.

Em verdade, o Supremo Tribunal Federal deixou passar a oportunidade de extirpar do ordenamento jurídico norma maculada pela inconstitucionalidade por não garantir direitos processuais fundamentais. Mesmo que houvesse o receio de prolatar uma decisão tão impactante quanto uma declaração de inconstitucionalidade, o Tribunal poderia ter se valido do art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99, para dar interpretação conforme a Constituição ao dispositivo questionado. Dessa forma, estar-se-ia primando pelo atendimento ao princípio de presunção de constitucionalidade das leis, mas com o uso de uma técnica que serve para excluir interpretações inconstitucionais da norma, um método para colmatar lacunas, nas palavras de Meyer (2017). No entanto, não foi esse o caminho enveredado pelo STF, o qual preferiu manter a interpretação moralista da preservação do interesse público de lisura eleitoral.

[7] Se constatar de ofício fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.

Essa expressão, "interesse público de lisura eleitoral", é também deveras perigosa. Faria (2016) critica esse tipo de dispositivo, colocando que a legitimidade da Justiça Eleitoral não afasta a necessidade de que sejam observadas as garantias processuais de todos os litigantes.

Ferreira e Mezzaroba (apud TAVARES; AGRA, 2016) se somam aos que condenam a expressão, dizendo tratar-se de uma noção vaga e que se sobrepõe aos direitos fundamentais quando, na verdade, deveria ser lida com a mitigação do art. 489, §1º, do Novo CPC; deixam estampado, inclusive, a contradição existente entre a jurisprudência eleitoral com o compromisso do Estado Brasileiro em assegurar o desenvolvimento progressivo dos direitos políticos, como determinado na Convenção Americana sobre Direito Humanos. A decisão nos moldes do art. 23 da LC 64/90, em nome da lisura eleitoral, revela um retrocesso da garantia dos direitos fundamentais.

O que o artigo em debate revela é que, embora sejam responsáveis por garantir o respeito ao jogo democrático e ao resultado das urnas, os aplicadores do Direito Eleitoral atuam como tribunais morais e inquisitoriais, preocupados com o alcance de uma ideia transviada de moralidade coletiva que atropela as garantias individuais no processo.

Ao conteúdo muitas vezes restritivo e populista das leis eleitorais (elaboradas por parlamentares na busca de atender aos anseios da população) soma-se a postura controversa da jurisprudência especializada, que manifesta uma atuação bélica (PEREIRA, 2013) para restringir os exercícios políticos dos candidatos. Em analogia à corrente do Direito Penal Máximo, Pereira (2013) insinua que vivemos um período de Direito Eleitoral Máximo, no qual o candidato é o inimigo contra o qual é preciso armar barricadas e flexibilizar direitos.

Pela redação do art. 23, da Lei de Inelegibilidades, vê-se que é exatamente isso o que ocorre, já que meras presunções se sobrepõem ao exercício dos direitos políticos.

Há, como é de se esperar, aqueles que defendem a necessidade de um dispositivo com esse viés moralizador. É o caso de Gomes (2016) que, ao analisar o art. 23, defende que a natureza e as peculiaridades do processo eleitoral demandam que o juiz esteja sintonizado com o contexto político ao seu redor, sob pena de cometer injustiças. No mesmo sentido, Castro (2012, p. 443-4), promotor eleitoral, defende a lisura das eleições como bem jurídico maior a ser tutelado e protegido contra a influência do abuso

de poder, mantendo o juiz "olhos e ouvidos abertos para perceber o abuso onde quer que ele se esconda". Para o representante do Ministério Público, "o juiz deve estar no mundo das eleições, percebendo seus movimentos, não se admitindo que se acovarde no fundamento de que o que não está nos autos não está no mundo para o juiz".

Do outro lado, Costa (2016) acredita ser o art. 23 um "excesso do legislador", que outorgou ao juiz eleitoral poderes incompatíveis com o contraditório e com o Estado Democrático de Direito. Pondera que se às partes não for dado o conhecimento prévio dos fatos apurados para exercerem o direito de plena defesa, a decretação de inelegibilidade seria um absurdo a ferir a consciência jurídica. A ele se juntam os apelos de Salgado e outros (apud TAVARES; AGRA, 2016), quando dizem que o art. 23 elimina a previsibilidade, a segurança jurídica, a confiança legítima, o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, cuidando a Justiça Eleitoral de ceifar a vontade dos eleitores quando, contraditoriamente, a preservação do interesse público exige justamente que a anulação de uma eleição esteja fundada em provas firmes.

4 Aplicação Supletiva ou Subsidiária do Novo CPC ao Processo Eleitoral

Defendendo ou condenando a carga moralizadora que permeia o Direito Eleitoral, não há como negar que a redação e a interpretação dada ao art. 23, da LC nº 64/90, são incompatíveis com o regime do Novo CPC, em especial com os dispositivos dos art. 10, 371 e 489, aqui já trabalhados. Todavia, ainda há aqueles que resistem à aceitação da premente contradição, como é o caso de Esmeraldo (2016, p. 325) ao defender a compatibilidade dos institutos:

> [...] entendo que o art. 23 da LC no 64/90 é constitucional e compatível com o diploma processual, dado que a norma que dela se extrai não autoriza o julgamento com base em fatos não alegados pelas partes ou não constantes nos autos, tampouco com base em indícios ou presunções. Como dito, admite-se apenas que esses elementos, contíguos às provas produzidas durante a instrução processual, participem da formação do convencimento do órgão julgador; entretanto, sua razão de decidir deverá sem embasada em provas contundentes

> constantes nos autos, sobre as quais as partes tenham tido a oportunidade de se manifestar, restando garantidos o contraditório, a ampla defesa e a fundamentação das decisões.

De fato, a leitura que a autora faz tem seus fundamentos, mas somente porque não considera a excepcional carga subjetiva dos juízes e tribunais eleitorais na livre apreciação dos fatos, sem a devida fundamentação e garantia do contraditório. Talvez as ideias da autora encontrassem maior respaldo caso o STF tivesse adotado a técnica de interpretação conforme a Constituição na análise de inconstitucionalidade do art. 23, como alhures debatido. Contudo, como não foi esse o resultado, a análise viciada do dispositivo continuou servindo de fundamento para que o magistrado eleitoral, na crítica de Salgado e outros (apud TAVARES; AGRA, 2016), assuma um dos lados na persecução eleitoral, e analise fatos não alegados ou tome conclusões lastreadas em presunções sem base legal.

Se para o STF o artigo debatido nada tem de problemático, como então compatibilizá-lo com o processo civil?

De início, Streck (2015) lembra que a Lei de Inelegibilidades veio pela previsão do art. 14, parágrafo 9º, da Constituição, segundo o qual caberia à lei complementar estabelecer casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação. Vê-se que o dispositivo constitucional diz respeito tão somente à matéria de direito *material* de inelegibilidade, ou seja, o que não fosse direito material poderia ser objeto de atos normativos de natureza diversa, como lei ordinária.

É justamente aí que se enquadra o art. 23, da LC nº 64/90, porquanto dispor sobre direito *processual*, matéria apreciável por lei ordinária. Pelo tanto, a parte processual da Lei de Inelegibilidades, em especial o art. 23, pode ser alterada por outra lei ordinária, tal qual o Código de Processo Civil, diante de incompatibilidade entre elas.

Soma-se a isso a leitura do art. 15, do Novo CPC [8], a partir do qual Theodoro Jr. (2015) explica que o Código não disciplina apenas a jurisdição civil, mas funciona como principal fonte do direito processual no ordenamento jurídico pátrio como um todo. Pela simples leitura do texto do artigo, bastaria demonstrar a inexistência de norma eleitoral específica

[8] Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

sobre a fundamentação das decisões no processo eleitoral para respaldar a aplicação do código processual.

No entanto, adverte Andrade Neto (apud TAVARES; AGRA, 2016), esse é um raciocínio circular insuficiente, tendo em vista que é o próprio código que diz que ele incide no processo eleitoral. A essa fundamentação devem se somar outras encampadas pela literatura jurídica, tendo Andrade Neto (apud TAVARES; AGRA, 2016) divido-as entre as razões de aplicação supletiva e as de aplicação subsidiária do Novo CPC.

A aplicação supletiva encontra campo no preenchimento de lacunas legais [9]. É a técnica que justifica a aplicação do Novo CPC caso se considere que a lei eleitoral não apreciou, em seus procedimentos, matéria sobre fundamentação e garantias processuais fundamentais. Essa interpretação faz uma leitura do art. 23, da LC nº 64/90, como instrumento *omissivo* e que, portanto, demandaria a suplementação de conteúdo por outra norma.

Para Andrade Neto (apud TAVARES; AGRA, 2016), a fundamentação para essa leitura poderia ser encontrada no art. 2º, §2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro [10]. Segundo o autor, embora o Novo CPC, como norma geral, não revogue a legislação eleitoral extravagante, pois que especial, decorre do dispositivo da LINDB que as regras do Novo CPC incidem caso não haja normas processuais eleitorais.

Um pouco mais elaborada é a ideia de que a lei eleitoral não é omissa quanto às garantias processuais, mas que permite ao juiz atuar sem observá-las, podendo integrar um dos lados da persecução eleitoral, examinar fatos não alegados, e tirar conclusões baseadas em presunções sem base legal (STRECK, 2015).

Por essa ótica, ao invés do instrumento ser omissivo, teria um viés *permissivo*, mas com carga negativa e restritiva de direitos. Nesse caso, restaria patente uma situação de antinomia entre a LC nº 64/90 e o Novo CPC e, para tanto, fala-se em aplicação subsidiária. O problema na aplicação subsidiária, acaso se entenda pela antinomia, é que aquela esbarra nas técnicas tradicionais de resolução de conflitos entre normas. Explica-se.

---

[9] Na acepção de Bobbio (1999), lacuna é a falta de uma norma para regular o caso, gerando um problema de incompletude no ordenamento. Difere da antinomia, que ocorre quando no ordenamento há normas que são incompatíveis entre si (p. 81).

[10] A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

Do art. 2º, §1º, da LINDB [11] extrai-se a positivação da máxima *lex posteriori derogat priori*. Em um primeiro momento, o mero fato de o Novo CPC ser posterior à Lei das Inelegibilidades poderia ser suficiente para justificar a aplicação subsidiária, no entanto, a complexidade do caso reside em que a LC nº 64/90 é especial em relação ao código processual, atraindo o critério da especialidade (*lex specialis derogat generali*). Tem-se formada uma incompatibilidade de segundo grau (BOBBIO, 1999), ou seja, que não se dá entre normas, mas entre os critérios válidos para a solução da incompatibilidade entre as normas. Para essa situação Bobbio (1999, p. 108) apresenta a solução pela regra *lex posterior generalis non derogat priori speciali*:

> Com base nessa regra, o conflito entre critério de especialidade e critério cronológico deve ser resolvido em favor do primeiro: a lei geral sucessiva não tira do caminho lei especial precedente. O que leva a uma posterior exceção ao princípio *lex posteriori derogat priori*: esse princípio falha, não só quando a princípio *lex posteriori é inferior*, mas também quando é *generalis* (e a *lex prior é specialis*).

Pelas lições do mestre italiano (BOBBIO, 1999), contudo, a possibilidade de aplicação subsidiária do Novo CPC já estaria afastada. Para solucionar o impasse, os métodos tradicionais de interpretação e resolução de conflitos normativos devem ser lidos com adequação à vertente constitucional da hermenêutica, pautada pela primazia dos princípios constitucionais e direitos fundamentais.

Por esse caminho, Andrade Neto (apud TAVARES; AGRA, 2016) apresenta como justificativa da aplicação subsidiária do Novo CPC o caráter principiológico do Novo Código de Processo Civil, o qual foi elaborado primando pelas garantias processuais fundamentais a serem aplicadas no ordenamento como um todo (art. 15) e, principalmente, pelos princípios insculpidos na Constituição da República, nominado de "argumento dos sistemas de regras legais e princípios constitucionais" (ANDRADE NETO, 2016 apud TAVARES; AGRA, 2016, p. 373-4). Para além dos critérios tradicionais de resolução de antinomias prevaleceria o caráter axiológico do Novo CPC, ao garantir direitos processuais fundamentais, o que faz sentido se for considerada a ênfase que o movimento neoconstitucionalista confere aos princípios e à interpretação que se faz sobre eles.

[11] A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

A aplicação dos dispositivos do Novo CPC encontra, portanto, respaldo em diferentes frentes. A iniciar pela própria redação do art. 15, do *codex*, que, somado ao fato de o art. 23, da LC nº 64/90, trazer conteúdo de lei ordinária – de mesma natureza que o Novo CPC –, permite que o código seja aplicável supletiva ou subsidiariamente ao processo eleitoral da Lei das Inelegibilidades, a depender da leitura que se faz de como a lei aborda as garantias processuais.

5 Considerações Finais

A partir do que foi brevemente exposto neste trabalho, vê-se que são duas as situações que se enfrentam: de um lado, encontra-se a lei de 1990, que trata de causas de inelegibilidade e o procedimento de sua investigação sem, contudo, apreciar os direitos e garantias prementes em um processo; de outro, há o Novo Código de Processo Civil, elencando os princípios norteadores do processo, de observação obrigatória pelas partes e pelo julgador na construção do contraditório substancial, além de expressamente ser aplicado supletiva e subsidiariamente aos processos eleitorais.

Qualquer interpretação em boa-fé do art. 23, da Lei das Inelegibilidades, partindo da teoria do processo, garantiria a observação dos princípios e das garantias gerais do processo na aplicação à seara eleitoral. Contudo, em razão da elevada carga moralizadora em torno do Direito Eleitoral, o que se vê é que não apenas a legislação, mas também a construção jurisprudencial na área faz uso do silêncio normativo para mitigar as garantias processuais fundamentais em prol da proteção de um bem jurídico notadamente vago, mas supostamente mais relevante, que é a lisura do pleito.

Se a aplicação do art. 23, da LC nº 64/90, realmente atendesse aos princípios processuais, não haveria problemas em torno dele, e a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 1.082/DF faria sentido. Todavia, a realidade prática mostrou que o dispositivo não recebia a interpretação adequada, de forma que a melhor solução seria, como defendido, conferir interpretação conforme a Constituição ao artigo, medida que seria menos invasiva ao ordenamento, mas que garantiria a leitura da norma de forma mais condizente com a Constituição e com as garantias processuais.

Como a via do controle concentrado não resolveu o problema, a resolução do conflito gerado pelo choque entre os dois instrumentos legais resta nas técnicas de resolução. Conforme apontado, a natureza processual

do art. 23, da LC nº 64/90, possibilita seja ele alterado por lei ordinária, tal qual o Novo CPC. Daí cabíveis duas possibilidades ao aplicador da lei: se entender haver uma antinomia entre os dois instrumentos legais, com a lei eleitoral, permitindo a decisão sem as garantias fundamentais, encontra-se respaldo à aplicação subsidiária do Novo CPC e dos princípios da Constituição, com base em seu viés axiológico; se entender ser o caso de lacuna legal, pelo fato de a Lei das Inelegibilidades não se manifestar sobre o dever de fundamentação e respeito ao contraditório, há base para a aplicação supletiva do código processual, resolvendo o problema de incompletude do ordenamento.

Seja pela aplicação supletiva ou pela subsidiária, fato é que o art. 23 da LC 64/90, por se tratar de matéria processual, deve ser interpretado consoante a leitura do Novo CPC, vez que a lei eleitoral não tratou de garantir o respeito ao contraditório e ao dever de fundamentação, e o STF não se desincumbiu da tarefa de resolver a questão quando provocando para tanto.

Referências

ANDRADE NETO, João. Ponderação e dever geral de fundamentação no Direito Eleitoral. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). **O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 359-379.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg em EREsp nº 319.997. Relator Min. Francisco Peçanha Martins. Brasília, publ. 07 de abril de 2003.

CASTRO, Edson de Resende. **Curso de Direito Eleitoral**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de Direito Eleitoral**. 10. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **O princípio contraditório e a cooperação no processo**. Disponível em: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo/>. Publ jun. 2013. Acesso em: 26 jun. 2017.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

_____. BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

ESMERALDO, Elmana Viana Lucena. **Processo Eleitoral**. 3. ed. Leme: JH Mizuno, 2016.

FARIA, Fernando de Castro. Uma releitura do artigo 23 da Lei Complementar 64/90 sob a mirada do novo Código de Processo Civil. **Empório do Direito**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/uma-releitura-do-artigo-23-dar-6490-sob-a-mirada-do-no-lei-complementavo/>. Publ ago. 2016. Acesso em: 26 jun. 2017.

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino; MEZZAROBA, Orides. Conceitos jurídicos indeterminados no Direito Eleitoral: um olhar a partir da necessidade de fundamentação nas decisões judiciais prevista no Novo Código de Processo Civil. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). **O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 381-398.

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

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no Processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de Processo Civil**. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEYER, Emilio Peluso Neder. **Decisão e Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. **Revista Brasileira de Direito Processual**. V. 16. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

PEREIRA, Rodolfo Viana. Direito eleitoral contra o inimigo. In: **Em Debate**. Belo Horizonte, Vol. 5, n. 4, p. 26-30, out. 2013.

RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: JusPodivm, 2015.

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

SILVA, Blecaute Oliveira; ROBERTO, Welton. O contraditório substancial no projeto do Novo CPC. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (Org.) **Novas tendências do Processo Civil**. Vol. II. Salvador: JusPodivm, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isso: "decidir conforme a consciência"?: protogênese do protagonismo judicial. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). **Constituição e processo**: entre o direito e a política. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 215-250.

_____. O que é a livre convicção dos indícios e presunções? **Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-fev-13/senso-incomum-livre-conviccao-indicios-presuncoes?>. Publ fev. 2014. Acesso em: 26 jul. 2017.

_____. Julgar por presunção no direito eleitoral é compatível com novo CPC? **Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-05/senso-incomum-julgar-presuncao-direito-eleitoral-compativel-cpc?>. Publ nov. 2015. Acesso em: 26 jul. 2017.

TARUFFO, Michele. Apuntes sobre las funciones de la motivación. **Revista Iberoamericana de Derecho Processual**. Vol. 4/2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-dez 2016, p. 237-249.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Rodolfo Viana Pereira - Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Pós-Graduado em Direito Eleitoral e Administração de Eleições pela Universidade de Paris II. Pós-Graduado em Educação a Distância pela Universidade da Califórnia, Irvine. Professor da Faculdade de Direito da UFMG. Fundador e Coordenador Acadêmico do IDDE – Instituto para o Desenvolvimento Democrático. Fundador e primeiro Coordenador Geral da ABRADEP – Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político. Advogado sócio da MADGAV Advogados.

Lucas Tavares Mourão - Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático, em parceria com o Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra (Portugal). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Monitor do Grupo de Estudos em Constituição e Política. Advogado. E-mail: lucastmourao@gmail.com.

Notas sobre Sistemas Electorales Comparados, con Especial Referencia a la Elección de Senadores Nacionales en Argentina

Notas sobre Sistemas Eleitorais Comparados, com Especial Referência à Eleição de Senadores Nacionais na Argentina

Nicolás Egües

Resumen: El presente trabajo pretende analizar la importancia de los sistemas electorales para el moderno Estado de Derecho. Para tal fin, se ha centrado el análisis en el sistema de elección de los Senadores Nacionales en la Constitución Argentina y se ha comparado con los sistemas utilizados en otros estados con notas estructurales similares, concluyendo que la solución electoral que se adopte en cada caso, incide no sólo en la conformación y funcionamiento de un órgano de gobierno, sino también en otros aspectos centrales del Estado como son los niveles de representación y la participación de las Provincias en el gobierno Federal.

Palabras claves: Sistemas electorales. Representación política. Método comparado. Senadores Nacionales. Federalismo.

Resumo: Este artigo tem como objetivo analisar a importância dos sistemas eleitorais para o Estado de Direito moderno. Para o efeito, a análise centrou-se no sistema de eleição dos senadores nacionais na Constituição argentina e foi comparada com os sistemas utilizados em outros estados com notas estruturais semelhantes, concluindo que a solução eleitoral adotada em cada caso, afeta não só a formação e o funcionamento de um órgão de governo, mas também em outros aspectos centrais do Estado, como os níveis de representação e a participação das Províncias no governo federal.

Palavras-chaves: Sistemas eleitorais. Representação política. Método comparativo. Senadores nacionais. Federalismo.

Summary: This paper aims to analyze the importance of electoral systems for the modern rule of law. To that end, the analysis has focused on the system of election of National Senators in the Argentine Constitution and has been compared with the systems used in other states with similar structural notes, concluding that the electoral solution adopted in each case, affects not only the formation and functioning of a governing body, but also in other central aspects of the State such as the levels of representation and the participation of the Provinces in the Federal government.

Keywords: Electoral systems. Political representation. Comparative method. Senators. Federalism.

Artigo recebido em 30 ago. 2017 e aprovado em 9 out. 2017.

1 La Importancia de los Sistemas Electorales

Antes de ingresar al aspecto central de este trabajo, entiendo corresponde efectuar algunas aclaraciones previas.

La primera de ellas se encuentra vinculada con la naturaleza, importancia y características propias de los sistemas electorales, y la segunda relacionada con el método comparativo.

Ha sostenido desde antiguo Alberdi en nuestro ámbito, que "Todo el éxito de los sistemas republicanos en países como los nuestros depende del sistema electoral"(ALBERDI, 1915, p. 153) y que "El sistema electoral es la llave del gobierno representativo"(ALBERDI, 1928, p. 103).

Lo expuesto nos da una idea sobre la centralidad del tema electoral en cualquier estado moderno de derecho, desde que es el mecanismo que permite la concreción de postulados como la soberanía popular y la representación política entendida como "un mecanismo político institucional destinado a: resolver la imposibilidad fáctica de que el pueblo se gobierne a sí mismo. (En este sentido no es un sistema de autogobierno, no supone el ejercicio directo del poder sino de delegación del poder); vincula política y jurídicamente al pueblo y al gobierno; controlar y limitar el ejercicio del poder; posibilitar la participación del electorado, a través de los representantes, en la formación de las decisiones y en el control y ejecución de las mismas; imputar la acción de los gobernantes a los gobernados; conciliar ideas e intereses de orden individual, sectorial y regional, en el marco municipal, provincial y nacional, según corresponda, para la formación de las decisiones y el control de su ejecución (GIUNTA; CUETO, 1991).

Los sistemas electorales son tan importantes que no sólo pueden concretar un ideario político, sino que también pueden llevarlo al fracaso. Podemos hablar y pregonar sobre la soberanía del pueblo, pero si luego diseñamos un sistema donde quienes acceden a votar son sólo unos pocos y lo combinamos, por ejemplo, con un sistema mayoritario donde quien gana se queda con todos los cargos en disputa, claramente estamos creando un mecanismo de representación sesgado y que en la práctica va a resultar políticamente endeble.

Esa trascendencia se refleja también en el hecho de ser estos sistemas la arena de las batallas políticas, el ámbito previo y necesario para

que las doctrinas políticas se transformen en concreciones, al menos en un Estado de derecho [1].

De nada sirve el aspecto teórico, si no se traduce en acción política y lo cierto es que la mejor manera de concretar esas acciones –aunque, claro está, no la única–, es haciéndolo desde el Estado o al menos en la disputa para acceder a los cargos electivos.

Asiste razón en este sentido a Dickinson (1981, p. 13), en cuanto a que "los detalles de la acción política son mucho más conocidos que los del debate ideológico" [2] y en tal entendimiento, resulta de especial interés para el Derecho Constitucional el estudio de los mecanismos que permiten traducir ese debate ideológico en acción, mediante el acceso a la maquinaria estatal.

No desconocemos el carácter instrumental de los sistemas electorales, pero justamente por ser herramientas tienen la primordial misión de

[1] Debe tenerse en cuenta que en el plano del saber político se pueden identificar al menos cuatro niveles. El primer nivel se "sitúa en el ámbito de las reflexiones sistemáticas en torno a lo político, ya sea para reconocer, describir e interpretar los fenómenos políticos, ya para profundizar sobre su esencia y la mejor forma posible de organización a que pueden aspirar los hombres. Es éste el nivel propio de la teoría política…Un segundo nivel refiere aquellas formas del pensamiento que, con menor preocupación por lo sistemático, ponen el acento en lo programático, en un proyecto por realizar en una comunidad dada. Este segundo nivel no excluye el anterior; antes bien, lo involucra como necesario antecedente en tanto el contenido programático se sostiene en apreciaciones teóricas sobre la realidad política… Quedan comprendidas en este nivel las doctrinas políticas….Un escalón más abajo, en lo que a relevancia cognoscitiva se refiere, se ubican aquellas formas de pensamiento involucradas de manera cotidiana con el momento polémico de la actividad política, con la captación de voluntades en la lucha por la obtención del poder. En este nivel, las formas más elaboradas del pensamiento se presentan de manera elemental, sin preocupación alguna por la coherencia, apuntando a conmover, encender pasiones, despertar adhesiones inmediatas. Sartori ubica aquí a las ideologías…En el último nivel, aquel más alejado de la reflexión sistemática, fuertemente involucrado con las opiniones de conjunto y con las pasiones que la actividad política pone en movimiento, se ubican los mitos, símbolos e imágenes…" Egües, Carlos A., "Objeto y método en historia de las ideas políticas", en Investigaciones y Ensayos, enero-diciembre de 1.999, Bs. As., Academia Nacional de la Historia, 1.999, p. 203.

[2] Partiendo de esa premisa, el autor propone en su obra, en premisa que puede extenderse el estudio de cualquier realidad constitucional, "vincular las ideas políticas con la acción política combinar lo que los hombres escribieron y dijeron acerca de la naturaleza del hombre, de la sociedad y del gobierno civil, teniendo en cuenta lo que ellos hicieron en la práctica.." ello en el convencimiento de que "el debate ideológico refleja y confronta las realidades política y social [...]".

servir como nexos entre el debate sobre cómo debe organizarse el Estado y su organización concreta.

Volviendo a la representación política, la historia del Estado moderno nos da la pauta de cómo este principio se ha ido desarrollando de la mano con la implementación de diversas soluciones electorales, que han permitido su desarrollo hasta nuestros días. Se ha dicho en este sentido que (EGÜES, 2016, p. 49):

> El nuevo principio de legitimidad que la teoría representativa aportó a los modernos Estados no habría superado el terreno de la formulación teórica si no se hubiera encontrado un cauce práctico, aunque complejo, que convirtiera las ideas en realidades. Las elecciones han existido a lo largo de la historia como un componente frecuente de las más diversas realidades políticas. Pero en los modernos Estados de Derecho han adquirido una importancia central, superando la condición de una técnica de designación, para integrarse en un fenómeno más sofisticado, denominado *sistema electoral*, que excede en mucho ese papel primario de selección de funcionarios, precisamente por la función legitimante que procuran a la organización institucional del poder.

Sería muy largo detenerse en cada una de las conquistas electorales y cómo éstas se han traducido en mejoras al concepto y práctica de la representación, pero basta como ejemplo la revolución democrática que importó para nuestra sociedad la implementación de una solución electoral integral como fue la Ley Sáenz Peña [3].

En este punto, y sin intención de detenernos en aspectos históricos, cabe recordar que todo sistema electoral, o si se quiere una noción más amplia aún, toda solución electoral, se define sobre la respuesta a las preguntas de quién vota, a quién se vota, cómo se vota, cuánto se vota y dónde se vota, tal como señala Egües (2016).

Y en este sentido, considero que durante gran parte del Siglo XX la búsqueda de soluciones electorales se centró fundamentalmente en la ampliación de la base electoral, es decir, se detuvo sobre todo en intentar responder de manera satisfactoria la pregunta de quién vota.

[3] Sobre el particular puede verse Honorio A. Díaz, Ley Sáenz Peña: pro y contra, Bs. As., Centro Editor de América Latina, 1983.

Hace ya muchos años Tocqueville (1955 apud HUNTINGTON, 1972, p. 16) advertía que "Entre las leyes que rigen a las sociedades humanas hay una que parece mucho más precisa y clara que todas las demás. Si los hombres quieren seguir siendo civilizados o llegar a serlo, el arte de asociarse debe crecer y perfeccionarse en la misma proporción en que aumenta la igualdad de condiciones.".

Creo que es necesario detenerse en esta cita. Al comentarla, Huntington (1972) afirma que en América Latina la igualdad en la participación política evoluciona con mayor rapidez que el arte de asociarse.

La búsqueda de la igualdad en materia electoral concentró los mayores esfuerzos, alcanzando con su logro sólo una pequeña porción de lo que implica una verdadera república democrática representativa.

Volviendo a Tocqueville (1955 apud HUNTINGTON, 1972, p. 16) y a esa suerte de confrontación que plantea entre el acceso al sufragio y lo que denomina el arte de asociarse, los desafíos actuales giran en torno a este segundo elemento. Concretado el libre acceso al sufragio de la mayor cantidad de sujetos posibles dentro de un Estado, queda por centrar los esfuerzos en los demás aspectos propios de un sistema electoral, para lograr una mejor calidad de representación y en consecuencia pulir el arte de asociarse o, en otras palabras, la relación de los individuos entre sí y de estos con el Estado.

Aparecen entonces en juego otros aspectos y pretendo detenerme mayormente en el cómo se vota y a quiénes se vota, circunscribiéndolo sólo a la elección de Senadores Nacionales.

2 El Método Comparado

El segundo aspecto a analizar antes de ingresar en el tema propuesto, tiene que ver con el estudio comparado, que resulta algo novedoso en el ámbito universitario argentino.

Se ha dicho que el "Derecho Constitucional Comparado", como lo indica su nombre, se dirige (DI RUFFIA, 2006, p. 79):

> a través del llamado método comparativo, a cotejar entre sí las normas e instituciones consagradas en los diversos ordenamientos estatales, tanto del presente como del pasado, con el propósito de poner en evidencia, además de las características más significativas, sus no-

> tas similares o diferenciales, y alcanzar por esta vía la determinación posterior de principios y reglas que encuentren una efectiva aplicación en tales ordenamientos.

Con razón indican Pegoraro y Rinella (2016, p. 6) en la introducción a su obra "Derecho Constitucional Comparado", que el objeto de la publicación es su difusión mayormente en América, por cuanto se trata de un ámbito donde el Derecho Comparado en general y el Derecho Constitucional Comparado en particular, no han tenido demasiado desarrollo [4].

Esta materia que constituye parte de los planes de estudio en las Universidades Europeas y que encuentra allí a sus más importantes exponentes, no ha tenido demasiado predicamento en nuestra región, en la que existen mayormente estudios dispersos sobre algunos temas particulares [5].

Lo cierto es que la perspectiva comparada, enriquece el abordaje de las cuestiones institucionales porque nos permite conocer cómo se han solucionado en otros sistemas problemas similares.

Así, más allá de los fines específicos de la comparación que tienen que ver con la sistematización y organización de los conocimientos adquiridos sobre los regímenes constitucionales de diferentes Estados, existen otros fines si se quiere subsidiarios, que resultan sumamente útiles.

En este sentido, se ha afirmado que el Derecho Constitucional Comparado (PEGORARO; RINELLA, 2016, p. 331):

---

[4] Señalan los autores: "Este libro va dirigido específicamente al público ibérico y latinoamericano, donde en las universidades no se practica mucho (o no del todo) el derecho comparado (y, en particular, el Derecho constitucional comparado). Ello –espero– justifica la insistencia sobre algunos puntos, que, en otros países europeos, son consolidados: por ejemplo, la distinción entre derecho comparado y derecho extranjero, la historia de la materia, o las diferencias entre las aportaciones comparatistas de formación en derecho civil y en derecho constitucional […]."

[5] Siguiendo a Biscaretti di Ruffia, puede señalarse como un estudio señero en la materia en nuestro ámbito, la obra de Segundo Linares Quintana, Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional argentino y comprado, Bs. As., Editorial Alfa, 1953, 9 volúmenes. Fuera del ámbito nacional y ampliando el espectro a toda América, el mismo autor refiere distintas publicaciones del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, entre ellas: autores varios, Los sistemas federales del continente americano; Jorge Carpizo, El federalismo latinoamericano; varios autores, La evolución de la organización político constitucional de América Latina, 2 vols.; entre otras. Di Ruffia, op. cit., p. 106.

> es útil para los estudiosos del derecho interno en el análisis de sus ordenamientos y en la tarea correspondiente de verificación. En general, los constituyentes, los legisladores, la diplomacia y los jueces de varios países (especialmente los supremos o constitucionales) tienen presente aquello que sucede fuera de sus fronteras. Entre las llamadas funciones prácticas de la comparación existe precisamente aquella de proporcionar al legislador y a los jueces el material comparativo comentado, ordenado, clasificado, para que puedan utilizarlo con pleno conocimiento o lo que es lo mismo el estudio del derecho propio a través de la comparación [6].

En materia electoral, considerando que los sistemas electorales son "estructuras complejas compuestas por una gran cantidad de elementos diferentes, los cuales pueden ser combinados casi de cualquier modo" (NOHLEN, 1995 apud EGÜES, 2016, p. 49), advertimos muchas veces la necesidad de recurrir a los modelos extranjeros para conocer de qué manera se han combinado esos elementos y cuáles han sido los resultados obtenidos, para de este modo comprender los sistemas propios y las consecuencias posibles en caso de ser modificados.

Sin ser éste un estudio estrictamente comparado, pretende al menos llamar la atención sobre algunas prácticas foráneas, para iniciar al menos el camino comparativo en los sistemas electorales americanos.

3 El Sistema de Elección de Senadores Nacionales en la Constitución Argentina

Desde la perspectiva reseñada en los puntos anteriores, propongo analizar rápidamente el sistema de elección de Senadores Nacionales de conformidad con las modificaciones introducidas en la reforma de 1994,

[6] Señala Di Ruffia entre los fines de la comparación "En primer término…la satisfacción de meras exigencias de orden cultural que se valorizan especialmente en cuanto a las posibilidades de alcanzar los lineamientos dogmáticos de la teoría general del derecho de una manera completa y satisfactoria…Existe otra finalidad que se considera de gran relieve también para aquel que pretenda permanecer en el más estricto ámbito de su propio país. La investigación comparativa, en efecto, conduce con frecuencia a una *mejor interpretación y valoración de las instituciones jurídicas del ordenamiento nacional*, si se tiene en cuenta que el cotejo sistemático con los ordenamientos extranjeros, especialmente si provienen de la misma cepa genealógica, podrá facilitar, en no pocas ocasiones, la identificación de principios que hasta entonces habían permanecido latentes y casi ocultos a los comentadores analíticos del derecho positivo del propio Estado [...]" Di Ruffia, op. cit., p. 80.

puesto que allí se conjugan lo representativo, lo republicano y lo federal y se advierte cómo todos estos elementos dependen de la solución electoral adoptada.

Podemos ver aquí la influencia que ejerce el sistema electoral en el diseño institucional y cómo los elementos centrales del mismo pueden depender de la solución electoral que se adopte.

Interesa entonces determinar respecto de la reforma a la integración y elección de la Cámara de Senadores, cuál fue el análisis que se hizo de la configuración anterior, cuál fue el fundamento del cambio propuesto, cómo se plasmaron estos objetivos en la norma y finalmente qué ha pasado en la práctica.

La composición anterior al 94 del Senado nos muestra una Cámara integrada por dos Senadores elegidos por la legislatura de cada Provincia, que duraban nueve años en su cargo con renovación por tercio cada tres años [7]. Esta composición tiene por objeto lograr una efectiva e igualitaria participación de las Provincias en el gobierno central, prescindiendo de la población de cada una de ellas [8].

[7] El diseño de la Constitución de 1853 se adoptó siguiendo el criterio de Alberdi, para quien "La ejecución del sistema mixto que proponemos será realizable por la división del cuerpo legislativo general en dos cámaras: una destinada a representar las provincias en su soberanía local, debiendo su elección, en segundo grado, a las legislaturas provinciales, que deben ser conservadas; y otra que, debiendo su elección al pueblo de toda la república, represente a éste, sin consideración a localidades, y como si todas las provincias formasen un solo Estado argentino. En la primera cámara serán iguales las provincias, teniendo cada una, igual número de representantes en la legislatura general; en la segunda estarán representadas según el censo de la población, y naturalmente serán desiguales… Así tendremos un congreso general, formado de dos cámaras, que será el eco de las provincias y el eco de la nación: congreso federativo y nacional a la vez, cuyas leyes serán la obra combinada de cada provincia en particular y de todas en general." Juan Bautista Alberdi, Bases y puntos de partidas para la organización política de la República Argentina, Buenos Aires, Losada, 2003, p. 150.

[8] Se ha afirmado en este sentido, antes de la reforma de 1994, que "El Congreso expresa la forma representativa federal de gobierno a través de la elección directa de los diputados, que representan proporcionalmente al pueblo de la Nación, y de la elección indirecta de los Senadores, que representan a los Estados de la federación…" Humberto Quiroga Lavié, Derecho Constitucional, Bs. As., Depalma, 1987, p. 758. Completa la idea el autor afirmando que "[…] El Senado es una Cámara de reflexión, que actúa como filtro temperante del movimiento social, haciéndolo cauto y moderado. Diputados es la expresión inmediata y directa de la voluntad popular; el Senado representa sólo indirectamente al pueblo de las provincias, pero en forma directa a éstas. Diputados basa su representación en la pro-

Todos esos aspectos fueron modificados [9].

Se criticaba al momento de la reforma la duración del mandato y, sobre todo, su forma de elección. Se ha dicho en este sentido que (UBERTONE, 1999, p. 306-307):

> En los años recientes hemos visto una significativa cantidad de casos de elecciones de senadores nacionales, discutibles en cuanto a la regularidad de los procedimientos y de las decisiones adoptadas. Ha habido conflictos institucionales dentro de legislaturas provinciales y entre legislaturas provinciales y el Senado nacional, y han quedado flotando algunos cuestionamientos sobre la legitimidad de algunos de los senadores incorporados al cuerpo.

Esta postura tuvo eco en el seno de la Convención Constituyente, Resultan ilustrativas en este sentido las palabras del Convencional Paixao quien afirmaba (PAIXAO, 1994, Convención Nacional Constituyente):

> La configuración del órgano prevista por la constitución vigente está dada por el voto de las legislaturas provinciales y puede dar como resultado –hecho que ha sido verificado– que una fuerza política, como consecuencia de su predominio en distintos distritos, tenga una representación en el Senado, que no guarde proporción con la real relación de fuerzas del panorama político nacional. Esto puede ser consecuencia del entrecruzamiento de dos componentes que presenta actualmente el modo de integración del Senado: la elección indirecta y la excesiva duración del mandato de los senadores. A esto se

porcionalidad de la población; el Senado lo hace en la igualdad federal [...]". Humberto Quiroga Lavié, op. cit., p. 761.

[9] Señala Ubertone en acertada síntesis: "el perfil del Senado nacional, en lo que se refiere a su composición, es ahora sustancialmente diferente. Veamos: a) habrá 3 senadores por provincia y 3 por la ciudad de Buenos Aires (en lugar de 2); b) los senadores serán elegidos directamente por el pueblo (en lugar de serlo de manera indirecta); c) los senadores durarán 6 años en su mandato (en lugar de 9); d) el Senado se renovará parcialmente cada 2 años (en lugar de cada 3); e) todos los senadores de cada distrito electoral serán elegidos simultáneamente; f) las bancas de cada distrito electoral se distribuirán entre los dos partidos políticos que obtengan mayor cantidad de votos en la correspondiente elección (dos para el más votado y una para el segundo)" Ubertone, Fermín Pedro, "La reforma del Senado" en Ekmekdjian, Miguel Ángel y Ferreyra, Raúl Gustavo (coordinadores), La reforma constitucional de 1994 y su influencia en el sistema republicano y democrático, Bs.As., Depalma, 1999, p. 306-307.

> le agrega una tercera, que es la imprevisión constitucional –lógica en el momento de la sanción de la actual Carta Magna– de representación de las minorías políticas provinciales en el Senado de la Nación.

Son estas notas, que se consideraban disvaliosas las que se pretendían subsanar con la reforma. Para ello se modificó la composición de la Cámara, la duración de los mandatos y la forma de elección de los Senadores, con la idea de lograr una mayor "democratización" del órgano y su consecuente fortalecimiento.

De este modo se disminuyó la duración de los mandatos –pasando a 6 años, con renovación por tercios cada dos–, se agregó un senador más por Provincia y se modificó el sistema de elección, pasando a una elección directa por el pueblo, asignando dos bancas al "partido político" que obtenga el mayor número de votos y una al que le siga.

En definitiva,(Cueto, 1995, p. 538):

> la democratización de la Cámara, su fortalecimiento en el régimen de poder y el respeto por la calidad del órgano representativo de las provincias, fueron los objetivos explícitos y oficialmente reconocidos para el diseño. La reforma –se decía en la Convención– otorgará mayor garantía de pluralismo político, mayor certeza en la mediación entre el pueblo y sus representantes y la seguridad de que no se sentarán en las bancas personas no vinculadas con las provincias. Otorgará un alto perfil institucional y esto incrementará el poder del Congreso.

Advertimos en una primera impresión una colisión entre las ideas proclamadas como objetivo general del proceso constituyente y aquéllas que se invocaron al momento de introducir esta reforma puntual.

Es que no puede soslayarse que la reforma introducida privilegia la "democratización" o si se quiere una mayor "representatividad" en desmedro de la problemática federal, siendo esta última una de las ideas fuerza que impulsaron el proceso reformador y justamente en el órgano que está destinado a garantizar la participación de las Provincias en el gobierno central.

Encontramos aquí un claro ejemplo de cómo el rediseño del sistema electoral ha modificado directamente no sólo la composición, sino también el funcionamiento y la representación del órgano.

Lo expuesto queda en evidencia ni bien se advierte que la representación de las Provincias en el Senado ahora replica las disputas políticas provinciales trasladándolas a la Cámara Alta, debilitando de este modo la defensa de los intereses provinciales.

Ahora los conflictos internos de la Provincia tienen eco en la Cámara, desde que uno o dos de los senadores, necesariamente integra un partido opositor al del gobernador de turno y difícilmente bregue por los intereses de su gobierno en el Senado. Esto no sólo debilita el orden federal, sino que también debilita al propio Senado.

Debe recordarse en este aspecto que nuestro modelo histórico tomaba el diseño norteamericano, que adoptó un sistema que privilegiaba la defensa de los intereses de los Estados en el Congreso Federal y obviamente, para lograrlo, debió resignar otros objetivos también deseables y válidos pero no siempre compatibles [10].

A ello se agrega la consagración de que las bancas corresponden a los partidos políticos, en abierta contradicción con la conformación histórica de la Cámara, también en desmedro del sistema federal [11].

---

[10] Hemos afirmado sobre el particular que "existe otro elemento que caracterizará al sistema de división de poderes norteamericano y que entendemos, resulta clave para comprender la influencia del modelo norteamericano en la Constitución argentina de 1.853.Me refiero a la especial composición social de los Estados Unidos, que ha sido caracterizada con acierto como una "sociedad homogénea en todas sus partes" . Homogeneidad fundada en un fuerte igualitarismo –con las limitaciones propias de la época– y que contrasta con la composición estamental europea que sirvió de base y fuente de inspiración para los modelos propuestos por Locke y Montesquieu… La referida homogeneidad fundamentará una nueva base de representación en las Cámaras del Congreso, que no será social –puesto que no era necesaria– sino política, persiguiendo la representación de los diversos núcleos de poder propios del sistema federal consagrado en la Constitución del 87. Será entonces la puja entre los diversos Estados integrantes de la Federación la que forjará el nuevo perfil del órgano legislativo en el sistema norteamericano…Ese acuerdo necesario para compatibilizar los intereses de los diversos Estados se materializará justamente en la Constitución, que aparece no sólo como un necesario instrumento de gobierno, sino también como un verdadero pacto de unión entre los diversos estados que integran una federación." Nicolás Egües, "Introducción al estudio del Congreso a la luz de la doctrina de la separación de poderes", publicado en suplemento Constitucional de "El Derecho" Nº 13.692, de fecha 19 de marzo de 2015.

[11] Se afirmó en el seno de la Convención que "el tema de la elección directa de senador afecta al federalismo. Se convierte al Senado en otra Cámara de Diputados. El Senado hasta ahora representaba a los gobiernos provinciales. ¿Qué va a pasar cuando los senadores dejen de sentirse atados a los gobiernos para responder directamente a los partidos?" Luis

Los defensores de la reforma hicieron hincapié, en general, en que las modificaciones no alteraban al federalismo desde que las Provincias seguían representadas en un pie de igualdad.

Para esta postura, "lo único esencialmente federal es el principio de igualdad entre los estados provinciales. Todo lo demás puede ser modificado."

Es el convencional Saravia Toledo quien mejor define esta posición al señalar que (TOLEDO, 1994 apud CUETO, 1995, p. 552):

> El Senado de la Nación no ha sido la garantía federal como fue pensado en 1853. El modo de elección de los senadores ha tenido mucho que ver. La mayoría de ellos han representado más que a los estados provinciales, a los partidos políticos que dominaban circunstancialmente las legislaturas.

Las contradicciones resultan evidentes. Si se pretende aislar al Senado de las disputas e intereses partidocráticos, no debería haberse reservado en forma expresa la titularidad de las bancas a los partidos, haciendo que en materia constitucional, el único caso de competencia exclusiva de los partidos para la postulación de candidatos sea en la elección de Senadores, exclusividad que no detentan para el resto de las elecciones, reitero, en el texto constitucional.

Pero también es contradictoria esta postura con la pretensión de mayor representatividad. Antes se criticaba la limitación que importaba la elección por parte de la legislatura, pero lejos de abrir el juego de la representación, se circunscribe todo a los partidos políticos.

Hace tiempo sostengo que una herramienta útil para restaurar el vínculo entre electores y elegidos, es el de las candidaturas independientes, no como negación de los partidos, sino como un estímulo para promover su apertura hacia la ciudadanía. Y lo cierto es que en este entendimiento, la elección directa de senadores, en un esquema de dos y uno, era una notable oportunidad para propiciar candidaturas de esta naturaleza, fuera de las estructuras partidarias.

Enseña Pérez Guihlou (1994, p. 27), comentando la reforma que:

Segundo Varese, Diario de sesiones, Convención Nacional Constituyente, 3ª Sesión Ordinaria, 18° reunión, julio de 1994. Citado por Cueto, op. cit., p. 544.

> Los senadores representaban a las provincias como persona jurídico-política y eran movidos a actuar celosamente en sus responsabilidades con relación a sus respectivas provincias mandantes. Ahora se ha desplazado la representación a la partidocracia, que tiende a responder a los importantes intereses de los partidos que reciben sus consignas desde Buenos Aires más que desde el orden local.

Coincidimos con aquellos que afirman que la esencia del sistema federal de gobierno no sólo requiere preservar igual número de votos para todas las provincias sino también una forma de elección que resguarde el principio de que los senadores son representantes de las provincias como persona jurídico-política [12].

4 Algunas Soluciones en los Sistemas Comparados

Al margen de las consideraciones vertidas hasta aquí, que no son compartidas por toda la doctrina [13] (UBERTONE, 1999), entendemos que el ejemplo seleccionado sirve para ilustrar la centralidad del tema electoral.

Y a los fines de completar el análisis, resulta interesante verificar qué solución han adoptado otras Constituciones en el ámbito comparado.

En este sentido, la Constitución de los Estados Unidos, propone una solución similar a la que contenía nuestra Constitución histórica, de allí que hemos afirmado que este fue el modelo tomado por Alberdi y volcado en el texto de 1853. Puntualmente dispone la Sección Tercera apartado primero que "El Senado de los EE.UU. se compondrá de dos Senadores por cada Estado, elegidos por seis años por la legislatura del mismo, y cada Senador dispondrá de un voto."

[12] Ver sobre el particular Cueto, op. cit.

[13] Señala Ubertone entre otros aspectos positivos de la reforma que "la reforma constitucional garantiza a los partidos de oposición una apreciable cantidad de bancas en el Senado. Esto asegura o amplía el pluralismo político en ese cuerpo, y, como consideramos al pluralismo político como uno de los elementos que caracterizan a la democracia constitucional, valoramos como sumamente positiva esta innovación…". También ha dicho que "Se suele argumentar que la división de las bancas senatoriales entre dos partidos afecta la representación de las provincias, por quitarle unidad. Tengamos claro que tal unidad de representación no existe desde que cada senador tiene un voto, y, aun siendo del mismo partido, puede votar uno en favor y otro en contra de un proyecto, como a veces ha sucedido. Además, el sistema permitía que las dos bancas por una provincia fueran ocupadas por senadores de distintos partidos, lo que ha sido frecuente en los años recientes; mayor probabilidad, por ende, de votos contrapuestos." Ubertone, op. cit., pág. 311.

Distinta es la solución propiciada en otros Estados americanos con esquemas políticos similares –sistema federal, presidencial y con órganos legislativos bicamerales–, como es el caso de Brasil y México.

En el caso de Brasil, por ejemplo, dispone el art. 46 de la Constitución que "El Senado Federal se compone de representantes de los Estados y del Distrito Federal, elegidos según el sistema mayoritario."

La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, por su parte, dispone en su artículo 56 dispone que "Para integrar la Cámara de Senadores, en cada Estado y en el Distrito Federal se elegirán cuatro senadores, de los cuales tres serán electos según el principio de votación mayoritaria relativa y uno será asignado a la primera minoría. Para cada entidad federativa, los partidos políticos deberán registrar una lista con tres fórmulas de candidatos. La senaduría de primera minoría le será asignada a la fórmula de candidatos que encabece la lista del partido político que, por sí mismo, haya ocupado el segundo lugar en número de votos en la entidad de que se trate. La Cámara de Senadores se renovará en su totalidad, en elección directa, cada seis años."

Advertimos en estos ejemplos, la adopción de diversas fórmulas para lograr la representación de los estados locales en la Cámara de Senadores.

En algunos casos se privilegia la representación orgánica-institucional, tal el modelo norteamericano y en otros se privilegia una mayor apertura al electorado, con el riesgo de que la representación de los estado se vea atenuada o desvirtuada. Entre estos ejemplos, destaca la diferencia entre los modelos que asignan directamente la banca a los partidos –caso de Argentina y México– y de aquellos que no lo hacen de manera expresa –Brasil.

Una primera conclusión, a la luz del funcionamiento real de la Cámara de Senadores en cada uno de los Estados analizados, indica la posible inconveniencia de asignar la banca a los partidos.

5 Conclusión

Finalizando con el análisis propuesto, advierto que la elección de Senadores es una clara muestra de la importancia en el diseño de un sistema electoral y como éste puede repercutir en el funcionamiento del Estado en su conjunto.

Resulta necesario remitirse a las palabras de Alberdi una y otra vez: el sistema electoral es la llave de la república, es la clave para el diseño institucional y de él dependerá de qué manera y en qué medida podamos hacer realidad la vigencia de nuestro sistema representativo, republicano y federal.

La actual composición del Senado ha debilitado al federalismo, justo en la Cámara que representa la esencia del sistema Federal. Y ello, so pretexto de una mayor apertura a la ciudadanía que es cierta sólo a medias.

Finalmente, esa división por un lado y traslación por otro de la representación, ha debilitado no sólo a la Cámara sino al Congreso en su conjunto, no obstante estar conscientes de que no es la única ni la más importante de las causas de la opacidad del Congreso Argentino.

La realidad demuestra que los representantes de las Provincias sólo siguen los mandatos partidarios, tal como se preveía, y que rara vez puede verse encolumnados a los tres senadores de una Provincia en la lucha por los intereses de ésta.

Volviendo a Alberdi (op. cit., p. 87), advertimos que su ideal no se ha concretado y que lejos estamos todavía de ser dignos de "la república, que hemos proclamado, que no podemos practicar hoy ni tampoco abandonar […]."

No queda más consuelo que saber que "el camino es largo y hay mucho que esperar hasta llegar a su fin [...]". (ibidem)

Referencias

ALBERDI, Juan Bautista. **Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina**. Bs. As., La cultura Argentina, 1915, Cap. XXII.

ALBERDI, Juan Bautista. **Derecho Público Provincial Argentino**. Bs.As., Talleres Gráficos Argentinos de IJ Rosso, 1928.

CUETO, Walter José. El Senado por venir. In: GUILHOU; SEISDEDOS y otros, **Derecho Constitucional de la Reforma de 1994**. Mendoza, Martín Fierro, 1995, T. I, p. 538.

DICKINSON, H.T. . Libertad y propiedad. **Ideología política británica del siglo XVIII**. Bs. As., EUDEBA, 1981.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. **Introducción al derecho constitucional comparado**. Las "formas de Estado" y las "formas de gobierno". Las Constituciones modernas. México, Fondo de Cultura Económico, 2006.

EGÜES, Carlos A.. Representación política y sistema electoral. **República y Derecho Revista Jurídica**, Volumen I, MMXVI, p. 49.

GIUNTA; María Luisa; CUETO, Walter Cueto. **La reforma legislativa**. Una propuesta de diseño constitucional. Mendoza, Depalma, 1991, pág. 51.

GUILHOU, Dardo Pérez. **Prólogo a la Constitución de la Nación Argentina**. Bs. As., Depalma, 1994, p. XXVII.

HUNTINGTON, Samuel P.. **El orden político en las sociedades en cambio**. Bs. As., Paidós, 1972.

PAIXAO, Enrique. **Diario de sesiones**, Convención Nacional Constituyente, 3° Sesión Ordinaria, 18° reunión, jul 1994.

PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. (Coord.) **Derecho Constitucional Comparado**. Bs. As., Astrea, 2016, T. I, p. 6.

UBERTONE, Fermín Pedro. La reforma del Senado. In: EKMEKDJIAN, Miguel Ángel; FERREYRA, Raúl Gustavo (Coord.). **La reforma constitucional de 1994 y su influencia en el sistema republicano y democrático**. Bs.As., Depalma, 1999, pp. 306-307.

Nicolás Egües - Abogado. Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Cuyo. Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza. Miembro titular y actual vicepresidente del Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos.

O Direito à Participação Política das Pessoas com Deficiência

The Right to Political Participation of Persons with Disabilities

Joelson Dias

Ana Luísa Cellular Junqueira

Resumo: Por ser elemento precípuo na conformação do interesse público, a participação do indivíduo na tomada de decisões políticas está intimamente conectada com a soberania popular. A abertura de canais para o povo opinar e participar transforma o indivíduo subserviente em cidadão ativo, com poder de influenciar de fato as decisões tomadas em seu nome. A garantia ao sufrágio e suas manifestações reclama, dessa forma, a eliminação de obstáculos (atitudinais, físicos e socioeconômicos) limitantes ou demasiadamente onerosos, que impedem os grupos mais vulneráveis expressarem seu potencial político. É precisamente nesse contexto que surgem as normas destinadas a promover a voz cidadã das pessoas com deficiência.

Palavras-chave: Pessoas com deficiência. Participação política. Convenção Internacional da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Lei Brasileira de Inclusão.

Abstract: The participation of individuals in political decision-making is a key element in shaping public interest and is therefore closely connected to popular sovereignty. The opening of new communication channels for people to give their opinions and participate in discussions has transformed the subservient individual into an active citizen with the power to indeed influence the decisions being made on his behalf. The guarantee of the right to vote and such related rights demands, therefore, the elimination of obstacles (attitudinal, physical and socioeconomic) that impede, constrain or, most seriously, prevent the most vulnerable groups from expressing their political rights. It is precisely in this context that standards are emerging which are designed to enable people with disabilities to use their 'voice' as a citizen.

Keywords: Persons with disabilities. Political participation. UN International Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Brazilian Inclusion Law.

Artigo recebido em 31 ago. 2017 e aprovado em 21 set. 2017.

1 Introdução

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

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

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

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

Na construção de um Estado que se oponha à sociedade corrompida pela desigualdade, afastando os obstáculos que oneram ou impedem que os grupos excluídos tenham voz ativa, as chances para o desenvolvimento de capacidades [1] individuais se multiplicam. Existe estreita conexão entre expressão da vontade política e os demais direitos fundamentais. Isso se deve ao fato de que o indivíduo, ao participar ativamente na esfera pública, interfere na construção e na legitimação de suas outras garantias fundamentais: civis, econômicas, sociais e culturais.

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

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

2 Igualdade de Oportunidades na Participação Política como Substrato da Democracia

Em que pese o fato do exercício ao sufrágio [2] ser a pedra angular do direito à participação política, não devemos desconsiderar suas outras múltiplas manifestações que se expressam pelo direito à associação e reunião, ao pluralismo político, ao voto regular e universal, à militância partidária, à presença em manifestações, à pressão exercida sobre governantes, à difusão de informações políticas e discussão sobre temas públicos.

Em outros termos: direitos políticos são os meios necessários ao exercício da soberania popular. São os direitos à cidadania, garantidores da participação ativa do indivíduo nas funções do Estado, por isso, são também considerados como um dos substratos da democracia, já que não existe democracia sem participação popular. Daí a razão dos direitos políticos serem considerados fundamentais.

A expressão política do indivíduo fundamenta a democracia na medida em que lhe confere legitimidade. Não existe regime democrático onde a coletividade – ou parte significativa dela, como os grupos social, econômica ou culturalmente vulneráveis – esteja alijada das esferas onde se forjam o debate e as orientações de caráter público, porque, como enfatiza Urroz (2011, p. 83), a democracia caracteriza-se como o regime no qual as decisões fundamentais defluem de todos os cidadãos e cidadãs. [3]

[2] O direito ao sufrágio envolve dupla dimensão: o direito de sufrágio ativo (direito do cidadão eleger representantes dos poderes Executivo e Legislativo, ou opinar sobre políticas públicas) e o de sufrágio passivo (prerrogativa de se apresentar como candidato durante o processo eleitoral).

[3] Embora as normas de linguagem recomendem a adoção do "masculino extensivo", nos casos que o gênero gramatical masculino se junta a um feminino, usaremos neste texto não só a expressão "cidadãos", como também "cidadãs", e outras afins, no deliberado propósito de reforçar a linguagem inclusiva, combatendo estereótipos e o modelo predominante em que o homem se torna a medida do humano, a norma ou o padrão. O direito à representação linguística pressupõe um direito à identidade, sendo condição necessária para tornar real e efetiva a igualdade entre homens e mulheres.

Nesse aspecto, a abertura de canais para o exercício dos direitos políticos, além de tornar o ambiente social mais plural e em conformidade com a justiça social, transforma o indivíduo subserviente em cidadão ativo, com poder de influenciar de fato as decisões políticas tomadas em seu nome. Há, assim, um ciclo virtuoso entre direitos políticos, cidadania e democracia. Por intermédio da participação, o indivíduo se fortalece como cidadão e, mais fortalecido, participa cada vez mais, solidificando a cultura democrática e concretizando o Estado Democrático de Direito. Mas não é só.

Não obstante a liberdade de participação seja um dos pilares democráticos, a vontade política só será legítima se todos puderem exercer seu direito de sufrágio em igualdade de oportunidades. Uma sociedade livre da opressão e da submissão deve, obrigatoriamente, considerar a participação política em dimensão equânime e inclusiva.

Garantir meios que igualem as oportunidades de acesso às liberdades individuais é contribuir para a radicalização democrática, emancipação e mudança social. A liberdade de se expressar politicamente é por si um valor essencial, mas deve ser garantida de forma igual a todos para que seja alcançada a justiça social.

Como aponta Della Porta (2003 *apud* ALVIM; DIAS, no prelo), a democracia tem amparo na isonomia e, assim, refuta desigualdades nas medidas da participação, porquanto ensejam desequilíbrios na influência política dos diferentes sujeitos e classes. O alijamento político de grupos não centrais – como é o caso das pessoas com deficiência – produz distorções no esquema público de distribuição de justiça, tanto porque embaraça a impressão de seus esforços sociais como porque dificulta a sua mobilização em outros níveis.

Para Rawls (1995, p. 266, tradução nossa), a desigualdade política mais óbvia talvez se exprima na violação do preceito "uma pessoa, um voto". Na formulação de sua "Teoria de Justiça", anuncia que o princípio de (igual) participação, quando aplicado ao processo político, exige que todos os cidadãos devem ter acesso igual ao poder público: "a justiça como imparcialidade começa com a ideia de que, se os princípios gerais são necessários e vantajosos para todos, devem ser elaborados desde o ponto de vista de uma situação inicial de igualdade bem definida, onde cada pessoa está justamente representada.".

Na tentativa de formular um modelo político mais justo ou adequado à complexidade das sociedades contemporâneas, Habermas (2002)

entende que a exclusão do "diferente" se dá por meio de uma vontade consciente de homogeneidade social, que provoca a marginalização interna de grupos sociais. Sua proposta contra essa exclusão sistemática consiste na defesa de que a política própria da democracia deve ser dirigida na direção da "inclusão do outro", uma inclusão que promova a independência de características individuais de cada qual, e que conte com acesso à comunidade política. A condição para isso é que, no maior grau possível, as instituições públicas se dispam de conotações morais densas, e passem a adotar integralmente os procedimentos do direito moderno.

A rigor, como ensina Pateman (1992, p. 41), um sistema realmente democrático deve favorecer a máxima implicação dos cidadãos e cidadãs na definição das leis e no delineamento das políticas: em seu ambiente, o processo participativo deve assegurar que nenhum indivíduo ou grupo esteja acima de outros indivíduos ou grupos; as camadas sociais são dependentes entre si e, desse modo, devem igualmente ser abrigadas pelo sistema legal.

Por sua própria condição, determinados indivíduos necessitam de proteção específica, indispensável para que possam se incluir socialmente e participarem em condições de igualdade. Para que seja atingida integralmente a igualdade, devemos considerá-la em sua dimensão material.

Como aponta Silva (2001), em sociedades corrompidas pela desigualdade, a norma geral aplicada igualmente a todos (igualdade formal) pode gerar injustiças sociais, já que as desigualdades reais não deixarão de existir. Deve-se então, levar em conta as distinções dos grupos sociais (igualdade material), pois, ao contrário, o direito acaba por gerar mais desigualdades. Em outras palavras, o tratamento desigual aos grupos socialmente mais vulneráveis é essencial para se garantir a igualdade na realidade fática da vida. É a chamada "desigualação" positiva, desigualando para igualar. Ademais, a noção de povo como "a razão e fim da sociedade e Estado" deve ser compreendida com base na diversidade humana, respeitando e aceitando as diferenças entre os indivíduos.

Essa é razão das normas que garantem a acessibilidade e o próprio direito à participação política das pessoas com deficiência. A garantia de que esse grupo específico de pessoas possa intervir nas decisões do Estado, especialmente nas questões que lhe dizem respeito mais diretamente, revela-se elemento crucial na construção e promoção de sua inclusão social.

Até porque, existe uma conexão íntima entre o direito de participação política e os demais direitos essenciais para a preservação da dignidade humana. Afinal, ao participar ativamente na esfera pública, o indivíduo interfere na construção e legitimação de seus outros direitos fundamentais: civis, econômicos, sociais e culturais. É, assim, agente de transformação social, incluindo e emancipando grupo socialmente mais vulnerável.

3 Acessibilidade Eleitoral da Pessoa com Deficiência: normas de proteção e promoção

Segundo dados do Relatório Mundial de 2011 sobre as pessoas com deficiência, elaborado pela Organização Mundial de Saúde, mais de um bilhão de pessoas no mundo convivem com alguma forma de deficiência (física, mental, intelectual ou sensorial), dentre as quais, 200 milhões experimentam dificuldades funcionais consideráveis. Só no Brasil, quase 24% da população apresenta algum tipo de deficiência. No grupo socialmente vulnerável, existem, atualmente, milhões de pessoas que deixam de exercer seus direitos de participação nas atividades do Estado por não terem acesso aos meios viabilizadores.

O direito à acessibilidade é compreendido como o direito de ter acesso a direitos. É, portanto, instrumento fundamental para a efetivação dos demais direitos, por isso, há uma relação entre dignidade humana e direito à acessibilidade. A pessoa com deficiência somente poderá usufruir de uma vida digna, caso tenha garantido acesso aos direitos fundamentais.

A acessibilidade eleitoral visa erradicar as barreiras que distanciam os indivíduos do exercício de seus direitos políticos. Não se traduz exclusivamente no direito de votar com facilidade, vai além. Tem como propósito a superação, dentre outros, dos obstáculos arquitetônicos das zonas e seções eleitorais; do preconceito e ignorância social que mitigam as chances de candidatos e candidatas com deficiência serem eleitos; da inacessibilidade das propagandas partidárias e eleitorais, dos informes oficiais e debates televisivos que não contam com audiodescrição, linguagem de sinais e legenda.

A garantia ao sufrágio e às suas manifestações reclama, dessa forma, a eliminação de obstáculos (atitudinais, físicos e socioeconômicos) impeditivos ou demasiadamente onerosos, que limitam principalmente os grupos mais vulneráveis de expressarem seu potencial político. Nessa linha, Dahl (2009 apud ALVIM; DIAS, no prelo) alerta que o axioma da máxima

extensão do sufrágio não se esgota no amplo reconhecimento formal do direito ao voto, pois a satisfação das exigências democráticas pressupõe que "os direitos nela inerentes devem realmente ser cumpridos e, na prática, devem estar à disposição dos cidadãos".

3.1 Normas Internacionais de Direitos Humanos que Asseguram Acessibilidade Eleitoral da Pessoa com Deficiência

No sistema global de proteção dos direitos humanos, a Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) – primeiro Tratado Internacional de Direitos Humanos incorporado ao ordenamento jurídico nacional com equivalência expressa de norma constitucional – [4], surge não apenas como oportuno instrumento de efetivação dos mais variados direitos e garantias, mas como marco normativo revolucionário, que conduz a legislação e as instituições eleitorais ao reencontro com os valores democráticos de inclusão e justiça social.

Em termos gerais, a CDPD traduz-se como importante mecanismo de alcance global para modificar o cenário de exclusão das pessoas com deficiência nos países signatários, destacando as vulnerabilidades enfrentadas pelos beneficiários, e exigindo das autoridades nacionais e dos diversos atores sociais ações concretas para a implementação dos direitos e garantias consagrados em seu texto. A Convenção foi adotada pela Comunidade Internacional com o propósito estruturante de assegurar e promover a emancipação das pessoas com deficiência, principalmente, a partir do princípio da igualdade e da inclusão social, o qual se desdobra no direito à promoção de acessibilidade aos direitos humanos e fundamentais.

[4] Mediante o Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, promulgado pelo Poder Executivo federal por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, o Congresso Nacional aprovou o texto da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem assim seu Protocolo Facultativo, que reconhece a competência do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência para receber e analisar comunicações submetidas por pessoas ou grupos de pessoas narrando violações ao referido tratado internacional. Além do compromisso junto à ONU firmado pela União valer para todos os entes da Federação e para os três Poderes, o texto da Convenção constitui parâmetro de controle de constitucionalidade, sendo que a não observância de seus preceitos enseja mora internacional do Estado brasileiro. Ao Executivo cabe a implementação de medidas necessárias ao cumprimento das obrigações previstas; ao Legislativo, compatibilizar a legislação com os novos compromissos; e ao Judiciário, aplicar e assegurar a obediência ao tratado, conforme o seu status de emenda constitucional.

Como afirma Caldas (2014), a CDPD prevê verdadeiras regras de conduta para os Estados, os quais assumem a responsabilidade de, internamente, implementar as normas internacionais criadas pela Convenção, adequando a legislação interna e criando políticas capazes de intervir na realidade e modificá-la, ao propagar informação, disseminar tecnologias, e assegurar o acesso das pessoas com deficiência aos direitos à educação, saúde e acessibilidade, integrando-as à sociedade.

Em seu art. 1º a CDPD define pessoa com deficiência como aquela com impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras (físicas, atitudinais, socioeconômicas) podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas [5].

Nota-se relevante mudança de paradigma sobre a definição de pessoa com deficiência, afastando de vez o modelo médico do referido conceito. A deficiência deixa de ser tratada como uma limitação do corpo, e passa a ser encarada como construção social e questão contextual.

A pessoa com deficiência apresenta maior dificuldade de acesso não em razão de suas limitações funcionais, mas pela incapacidade da sociedade de incluí-la em sua especificidade. Assim, a limitação funcional do indivíduo deixa de ser um obstáculo quando apoiada pelos recursos de acessibilidade promovidos pelo Estado e pela sociedade, e garantida à pessoa com deficiência a sua inclusão, autonomia e vida independente.

Capítulo especial da Convenção da ONU foi dedicado aos direitos e garantias de participação na vida pública e política das pessoas com deficiência, com o propósito de assegurar sua inclusão política, amortizando, assim, dívida do sistema com a dignidade humana, e revigorando o substrato democrático do estatuto eleitoral. Ao assinar e depois incorporar em seu direito interno como norma constitucional a CDPD, o Brasil assumiu o ônus de adotar medidas necessárias para garantir e promover também a acessibilidade política e eleitoral das pessoas com deficiência [6].

[5] O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, e promover o respeito pela sua dignidade inerente. Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

[6] Vide art. 4.1, *a*, da CDPD.

Em seu art. 29, a CDPD estabelece que os Estados Partes deverão comprometer-se a assegurar o direito das pessoas com deficiência votarem e serem votadas em condições de igualdade com as demais pessoas. Para isso, determina que os procedimentos, instalações e materiais, e equipamentos para votação serão apropriados, acessíveis, e de fácil compreensão e uso, assegurando a proteção ao voto secreto, e garantindo-se, sempre que necessário e a seu pedido, permissão para que a pessoa com deficiência seja auxiliada na votação por alguém de sua escolha. Assegura também o direito das pessoas com deficiência candidatarem-se e desempenharem quaisquer funções públicas em todas as esferas de governo, usando novas tecnológicas assistivas quando apropriado.

Em acréscimo, a CDPD encoraja a promoção de ambiente no qual as pessoas com deficiência possam participar efetiva e plenamente na condução das questões públicas, mediante filiação a organizações não governamentais relacionadas com a vida pública e política do país, e a formação de organizações (em âmbito internacional, regional, nacional e local) que representem seus interesses.

No sistema Regional Interamericano de Direitos Humanos, a proteção normativa especial das pessoas com deficiência está prevista no texto da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas com Deficiência da Organização dos Estados Americanos (Convenção da Guatemala). Embora não contemple artigo específico sobre os direitos políticos, referida Convenção obriga a adoção pelos países signatários de medidas de natureza legislativa, social, educativa, laboral ou outra que sejam necessárias para eliminar a discriminação contra as pessoas com deficiência.

No sistema europeu de direitos humanos, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia prescreve que os Estados-Membros devem reconhecer e respeitar o direito das pessoas com deficiência, a se beneficiarem de medidas destinadas a assegurar a sua autonomia, a sua integração social e a sua participação na vida da comunidade.

No mesmo sentido, a Recomendação (2006)5, de 5 de abril de 2006, do Comitê de Ministros aos Estados-Membros, sobre o Plano de Ação do Conselho da Europa para promover os direitos das pessoas com deficiência, defende que a participação de todos os cidadãos na vida política

e pública, e no processo democrático, é fundamental para o desenvolvimento das sociedades democráticas [7].

Em adição, a Recomendação (2004)10, de 22 de setembro de 2004, do Comitê de Ministros aos Estados-Membros, sobre a proteção dos direitos humanos e da dignidade das pessoas com transtornos mentais, sugere que referidos indivíduos devem poder exercer todos os seus direitos civis e políticos. A justificativa é que quaisquer restrições ao exercício desses direitos devem observar as disposições da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, e não devem se basear em discriminação de pessoa com transtorno mental.

3.2 Lei Brasileira de Inclusão e o Programa de Acessibilidade da Justiça Eleitoral

Para lidar adequadamente com os ditames da Convenção da ONU, foi promulgada no Brasil, em 6 de julho de 2015, a Lei nº 13.146 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – LBI), também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Após praticamente 15 anos de tramitação no Congresso e várias revisões, modificações, audiências públicas e estudos, a LBI foi aprovada com grande expectativa de que possa ser usada como importante instrumento para a afirmação da cidadania e a inclusão social das pessoas com deficiência, indo ao encontro, assim, das obrigações internacionais assumidas pelo País ao ratificar a Convenção Internacional da ONU [8].

[7] De acordo com a Recomendação (2006)5, de 5 de abril de 2006, emitida pelo Comitê de Ministros aos Estados-Membros sobre o Plano de Ação do Conselho da Europa para promover os direitos das pessoas com deficiência: "A participação de todos os cidadãos e cidadãs na vida política e pública e no processo democrático é fundamental para o desenvolvimento das sociedades democráticas. A sociedade tem necessidade de refletir sobre a diversidade dos seus eleis e de tirar benefício da variedade da sua experiência e conhecimento/saber. Assim, é importante que as pessoas com deficiência/incapacidade possam exercer o seu direito de voto e de participar em tais atividades." Disponível em: www.inr.pt/uploads/docs/relacoesinternacionais/planoaccaofinal.rtf, acesso em: 14 de out. de 2017

[8] Embora grande parte dos organismos representativos e do poder público tenha defendido que a reunião dos direitos das pessoas com deficiência em um só instrumento jurídico facilitaria as decisões judiciais, bem como ampliaria a sua visibilidade, importante lembrar que número expressivo de pessoas do próprio segmento mostrou-se contrário à aprovação de um "Estatuto". Temendo que lei especial sobre o tema pudesse derrogar alguns dos direitos garantidos pela legislação então em vigor, essa corrente defendia não ser preciso

Com a LBI, mais precisamente por força do disposto em seu artigo 114, a incapacidade civil absoluta, prevista como causa de restrição de direitos políticos, no inciso II do art. 15 da Constituição Federal, foi reduzida a uma única hipótese, a dos menores de 16 anos, com a nova redação dada ao art. 3º, do Código Civil, assegurando, a partir de então, capacidade política também aos indivíduos com deficiência intelectual ou mental. Com efeito, no §1º do seu artigo 76 a LBI garante às pessoas com deficiência não apenas o direito de voto, mas também o de serem votadas.

No que se refere às garantias destinadas à participação na vida pública e política das pessoas com deficiência, a LBI (art. 76) basicamente reproduz a redação da Convenção da ONU (art. 29), incorporando no texto, todavia, algumas medidas adicionais para a efetivação do referido direito.

Seguindo a Convenção, a LBI visa garantir às pessoas com deficiência o exercício dos direitos políticos e a oportunidade de exercê-los em igualdade de condições com os demais indivíduos, inovando ao vedar expressamente seções eleitorais exclusivas para as pessoas com deficiência. Ressalte-se, por oportuno, que o TSE somente poderá continuar estabelecendo "seções eleitorais especiais" [9] se não forem exclusivas para os eleitores e eleitoras com deficiência e, sem prejuízo, é claro, de garantia da acessibilidade de todo e qualquer local de votação.

Nesse ponto em que segue a Convenção da ONU, o objetivo da LBI é não somente o de evitar a segregação das pessoas com deficiência e preservar o seu direito ao sigilo do voto, mas também, considerando que a maioria dos locais de votação é localizada em edifícios públicos, promover a acessibilidade dos prédios públicos ou de uso coletivo, e de suas imediações [10]. Com efeito,

---

remodelagem legislativa, tendo em vista que o sistema jurídico brasileiro de proteção aos direitos das pessoas com deficiência é dos mais avançados do mundo. Além do mais, no inciso I de seu artigo 14, a LC nº 95/98 prevê expressamente não ser o caso da edição de nova lei, mas de consolidação da legislação sempre que já existentes normas que tratem da mesma matéria ou de assuntos a ela vinculados.

[9] Ver, por exemplo, Resolução TSE nº 21.008/2002 (art. 1º) e Resolução TSE nº 23.381/12 (art. 3º, III e IV).

[10] Vide, ainda, o disposto no art. 21, parágrafo único, do Decreto nº 5296/2004, que dispõe sobre a acessibilidade nos prédios de uso coletivo e público para as pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida.

a LBI incluiu o §6º-A no art. 135 da Lei nº 4737/65 (Código Eleitoral) [11], dispondo:

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

A LBI (art. 76, §1º, III) também exige que os recursos de legenda, Libras e audiodescrição estejam disponíveis em pronunciamentos oficiais, na propaganda eleitoral obrigatória e debates transmitidos pelas emissoras de televisão [12]. Anota-se que tal medida é recomendada pelo Relatório da ONU (2011) sobre a participação das pessoas com deficiência na vida pública e política.

Aliás, ainda no incentivo ao desempenho de funções públicas, garante-se constitucionalmente a reserva de cargos e empregos públicos às pessoas com deficiência (art. 37, VIII, da CR/88). De acordo com o Decreto nº 3.298/99 (que regulamenta a Lei nº 7.853/89), o candidato com deficiência concorrerá a todas as vagas, sendo reservado, no mínimo, o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida (art. 5º, §2º).

Sobre a relação entre capacidade jurídica e voto, como ressaltam Dias e Junqueira (2016, p. 296), o artigo 85 da LBI, deu passo importantíssimo, inclusive conceitual, em direção à efetiva implementação da Convenção da ONU e à concretização dos direitos das pessoas com deficiência, ao expressamente afirmar que a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, não podendo restringir, dentre outros, o direito de voto.

Já era tempo de reconhecer que eventual necessidade de proteção patrimonial não pode implicar desnecessária limitação aos direitos existen-

[11] Tal dispositivo foi inspirado no art. 3º, I, do Programa de Acessibilidade da Justiça Eleitoral (Resolução TSE nº 23.381/12) o qual dispõe: "Objetivando a plena acessibilidade nos locais de votação, os Tribunais Regionais Eleitorais, em conjunto com as respectivas Zonas Eleitorais, elaborarão plano de ação destinado a: I - expedir, a cada eleição, instruções aos Juízes Eleitorais, para orientá-los na escolha dos locais de votação de mais fácil acesso ao eleitor com deficiência física."

[12] Vide, no particular, o disposto também no art. 57, parágrafo único, do Decreto nº 5296/2004.

ciais do sujeito. Na linha da nova abordagem inaugurada pela Convenção da ONU, sobre a capacidade jurídica das pessoas com deficiência [13], enfatiza-se que a curatela é medida extraordinária (LBI, artigo 84, parágrafo 3º), que não pode lhes impor restrições indevidas em contraposição ao direito da pessoa com deficiência à tomada de decisão apoiada (LBI, artigo 84, parágrafo 2º). Com essa medida, o País também acompanha a mais recente jurisprudência de organismos internacionais de direitos humanos sobre a garantia na sua mais absoluta plenitude do direito de voto das pessoas com deficiência [14].

Nesse sentido, a Lei Brasileira de Inclusão opera verdadeira mudança de paradigma, vista por Gagliano e Pamplona Filho (2016, p. 50) como uma homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana: a pessoa com deficiência deixou de ser genérica e aprioristicamente rotulada como incapaz, para passar a ser avaliada, em uma "perspectiva constitucional isonômica", como "dotada de plena capacidade legal, ainda que haja a necessidade de adoção de institutos assistenciais específicos, como a tomada de decisão apoiada e, extraordinariamente, a curatela, para a prática de atos na vida civil".

Importante destacar que, antes mesmo da promulgação da Lei Brasileira de Inclusão, na tentativa de equiparar oportunidades no exercício da cidadania aos eleitores e eleitoras com deficiência ou mobilidade redu-

[13] Com efeito, em seu artigo 12, que garante às pessoas com deficiência o gozo de capacidade jurídica em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida, a Convenção da ONU prescreve, no item 4, do referido dispositivo normativo, que os "Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa."

[14] No caso Alajos Kiss contra Hungria, por exemplo, a Corte Europeia de Direitos Humanos afirmou, à unanimidade, que a "supressão indiscriminada dos direitos de voto, sem uma avaliação judicial individualizada e assente apenas numa deficiência mental que carece de tutela parcial, não pode ser considerada compatível com os motivos legítimos para restringir o direito de eleger." Corte Europeia de Direitos Humanos, Alajos Kiss contra Hungria, nº 38832/06, acórdão de 20 de Maio de 2010.

zida, o Tribunal Superior Eleitoral já havia criado o Programa de Acessibilidade da Justiça Eleitoral (Resolução nº 23.381/2012), que, na mesma linha do que posteriormente seria preconizado também pela LBI, garante acessibilidade nos procedimentos, instalações e materiais para votação [15].

Tendo como objetivo a implantação gradual de medidas que removam barreiras físicas, arquitetônicas e de comunicação, o objetivo do Programa é promover o acesso, amplo e irrestrito, com segurança e autonomia, às pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida no processo eleitoral.

Nesse sentido, por exemplo, o Programa estabelece que as urnas eletrônicas, além das teclas em Braille, também devem ser habilitadas com sistema de áudio, fornecendo os Tribunais Regionais Eleitorais (TREs) fones de ouvido nas seções eleitorais especiais ou, quando solicitados, por eleitor com deficiência visual. Ou ainda: os mesários devem ser orientados pelos Tribunais Eleitorais para facilitar todo o processo de adaptação à Resolução, estando previsto, inclusive, parcerias para incentivar o cadastramento de colaboradores com conhecimento em Língua Brasileira de Sinais (Libras).

Além disso, os TREs devem contar com comissão multidisciplinar destinada a elaborar plano de ação contemplando as medidas previstas na Resolução, acompanhar as atividades realizadas, e encaminhar o respectivo relatório ao TSE até o dia 20 de dezembro de cada ano.

Quanto à acessibilidade digital, os sites dos TREs devem ser adaptados a todos os tipos de deficiência, para garantia do pleno acesso, e disponibilizar a legislação eleitoral também em áudio.

Releva notar que, em seu 1º Relatório Nacional sobre o cumprimento das disposições da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o Brasil admite que ainda não garante a participação política das pessoas com deficiência em toda a sua plenitude devido a obstáculos como a falta de acesso a informações sobre as plataformas políticas e as propostas dos candidatos e candidatas. O Relatório também registra que, por diversas vezes, as campanhas eleitorais brasileiras não são apresentadas em formato acessível, principalmente no que diz respeito aos sítios eletrônicos e ao material impresso. Informa, também, que, no interior

[15] Vide art. 76, §1º, I da LBI.

do País, é ainda mais difícil o acesso aos colégios eleitorais, o que dificulta a participação de pessoas com mobilidade reduzida [16].

Em suas observações finais sobre o referido relatório brasileiro, de 1º de setembro de 2015, o Comitê da ONU que supervisiona a implementação da Convenção pelos países que a ratificaram, externou preocupação com a discriminação sofrida pelas pessoas com deficiência no exercício do seu direito de voto, especialmente em razão de interdição e restrições a sua capacidade jurídica, da falta de acessibilidade em muitos locais de votação, e da indisponibilidade das informações sobre as eleições em todos os formatos acessíveis [17].

4 Recomendações e Boas Práticas

Em apoio aos esforços nacionais para a consecução dos seus objetivos, a Convenção da ONU destaca a importância também da cooperação internacional entre os países, e de parcerias com organizações internacionais e com a sociedade civil, especialmente, com entidades de pessoas com deficiência [18]. Dentre outras medidas, a Convenção da ONU prevê, no particular, o apoio à capacitação, inclusive por meio do compartilhamento de informações, experiências, programas de treinamento e melhores práticas [19].

No mesmo sentido, ao prescrever, por exemplo, a obrigatoriedade da acessibilidade nos sítios da internet, a LBI, em seu art. 63, também menciona as melhores práticas e diretrizes de acessibilidade adotadas internacionalmente como medidas a serem consideradas na garantia de acesso das pessoas com deficiência à informação e à comunicação.

A seguir, listamos algumas dessas "melhores práticas e políticas inovadoras" em diferentes países, as quais têm proporcionado às pessoas com deficiência maior participação na vida pública e política. Na seleção, lançamos mão de Estudo Temático da ONU sobre a participação das pessoas com deficiência na vida pública e política, do Relatório Anual de 2015

[16] 1º Relatório nacional sobre o cumprimento das disposições da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-com-deficiencia/dados-estatisticos/relatorio-de-monitoramento-da-convencao>. Acesso em 21 jan. 2016.

[17] Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/220/75/PDF/G1522075.pdf?OpenElement>. Acesso em 31 ago. 2017.

[18] Vide art. 32, 1, da CDPD.

[19] Vide art. 32, 1, b, da CDPD.

elaborado pelo *Zero Project* [20] e do Relatório do Instituto Nacional Democrata (IND) em parceria com a Fundação Internacional para Sistemas Eleitorais (IFES) [21]:

PRÁTICA/POLÍTICA INOVADORAS	PAÍS	DESCRIÇÃO
Reserva de cargo eletivo no poder executivo para pessoas com deficiência	Uganda	Cada vila, subcondado, condado e conselho do distrito deve reservar, pelo menos, um cargo eletivo destinado à pessoa com deficiência.
Acesso igualitário aos meios de divulgação das atividades parlamentares	África do Sul	Durante os discursos parlamentares, o país disponibiliza intérprete de sinais, unidade de produção de material em Braile e tela com texto eletrônico.
Direito de voto e capacidade jurídica	Croácia e Eslovênia	Ampla campanha de sensibilização da opinião pública, mediante oficinas e informações transmitidas pela televisão e rádio sobre direitos das pessoas com deficiência. Os países passaram a admitir como eleitores as pessoas com deficiência intelectual.
E-voting	Austrália	Criou-se um software que auxilia o processo de votação dos deficientes visuais, dos analfabetos, daqueles que não sabem ler a língua inglesa. O software foi disponibilizado nas seções oficiais de votação e também nos centros oficiais de votação antecipada.
Fundo de financiamento eleitoral	Reino Unido	Suporte financeiro destinado às pessoas com deficiência que ocuparem mandatos políticos ou que lançarem candidatura política.

[20] *Zero Project* é uma iniciativa internacional da Fundação Essl, da Áustria, com foco na garantia e promoção dos direitos das pessoas com deficiência em âmbito global. Seu principal propósito é o de oferecer plataforma de soluções práticas inovadoras e eficazes para efetivação dos direitos das pessoas com deficiência. Relatório anual de 2015: Vida Independente e Participação Política. Disponível em <http://zeroproject.org/downloads/#-toggle-id-26>. Acesso em 20 jan. 2015

[21] A Fundação Internacional para Sistemas Eleitorais (IFES) é uma organização internacional, sem fins lucrativos, que presta assistência e apoio às eleições nas democracias novas e emergentes. Fundação Internacional Para Sistemas Eleitorais (IFES). Relatório em parceria com o Instituto Nacional Democrata (IND). Igualdade de Acesso: Como incluir as pessoas com deficiência nas eleições e nos processos políticos, 2014. Disponível em: <http://www.ifes.org/news/2014-annual-report>. Acesso em 12 jan. 2016.

PRÁTICA/POLÍTICA INOVADORAS	PAÍS	DESCRIÇÃO
Votação por telefone	Nova Zelândia	Desde 2014, a Nova Zelândia tem utilizado o sistema de votação por telefone para as pessoas com deficiência visual ou outro tipo de deficiência que as impeçam de marcar o voto na célula.
Semana das Pessoas com Deficiência	Filipinas	Anualmente, realiza-se a "Semana das Pessoas com Deficiência", campanha nacional de sensibilização a favor da participação política das pessoas com deficiência.
Código de Conduta	Serra Leoa	Código de conduta eleitoral destinado aos partidos políticos, sob o risco de sanção em caso de descumprimento. O documento tenta promover um ambiente eleitoral sem violência e intimidação, incentivando a participação das mulheres e outros grupos socialmente marginalizados.

Quadro 1 – Melhores práticas e políticas inovadoras
Fonte: Dias e Junqueira (2016)

Com base em recomendações da ONU e da Agência da União Europeia para Direitos Fundamentais – FRA (2014), enumeramos algumas medidas que, a partir da experiência internacional, também o Brasil, na implementação da Convenção da ONU e da LBI, pode tomar como referência no louvável e necessário esforço de maior inclusão das pessoas com deficiência e efetivação do seu direito de participação na vida pública e política:

RECOMENDAÇÃO	DESCRIÇÃO
Aumentar a conscientização social e emancipar as pessoas com deficiência	Segundo as Nações Unidas, a disseminação de informação e educação é o instrumento mais efetivo para se erradicar estereótipos, para se garantir a emancipação política das pessoas com deficiência e suprimir as barreiras de acessibilidade. Um relatório preparado pelo Centro de Vida Independente de Hanoi (Vietnã) detectou que, dentre as 50 famílias de pessoas com deficiência entrevistadas, metade acredita que as pessoas com deficiência não devem votar, para não se preocuparem com questões políticas. Como também aponta o relatório, a razão mais comum das pessoas com deficiência não terem seus documentos nacionais é o fato de seus familiares não acharem necessário.

RECOMENDAÇÃO	DESCRIÇÃO
Participação no desenvolvimento de políticas	Segundo a FRA, as organizações representativas e as próprias pessoas com deficiência devem participar ativamente na formulação, no monitoramento e na avaliação de políticas e medidas destinadas a promover e proteger os seus direitos políticos. As pessoas com deficiência não devem ser apenas objeto de programas de ajuda, devem também participar ativamente como líderes de seus respectivos governos.
Eliminação dos obstáculos administrativos à participação política	Segundo a FRA, na maioria dos países subsistem obstáculos jurídicos e administrativos que continuam a impedir que algumas pessoas com deficiência denunciem lesão ou ameaça de lesão de seus direitos políticos. São exemplos de obstáculos: • processos administrativos inacessíveis e complexos, suscetíveis de privar as pessoas com deficiência do direito de voto; ou seja, processos que na prática podem privar as pessoas com deficiência dos seus direitos; • dificuldades no acesso aos mecanismos de apresentação de requerimentos nos casos em que as pessoas com deficiência enfrentam problemas no exercício do direito de voto.
Dissociação entre voto e capacidade jurídica	O Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência recomendou à Espanha e à Tunísia revisarem suas legislações, de forma a conceder o direito de voto e de participação na vida pública às pessoas com deficiência intelectual ou psicossocial sob tutela ou curatela. (CDPD/C/TUN/1) e (CDPD/C/TUN/CO/1 par. 35).
Recolha de dados para medir a participação política das pessoas com deficiência	Segundo Relatório mundial da ONU sobre a deficiência, ainda não é possível avaliar com rigor a situação existente no que respeita à participação política das pessoas com deficiência, devido à falta de dados fiáveis e comparáveis. Não há identificação clara a respeito dos tipos de barreiras enfrentados pelas pessoas com deficiência em sua participação política, bem como há uma imprecisão na identificação dos suportes necessários que garantirão a acessibilidade eleitoral.
Disseminação de boas práticas	O artigo 32, da CDPD, requer cooperação internacional mediante troca e partilha de informações sobre experiências e boas práticas. Isso inclui assegurar acessibilidade aos programas de eleições inclusivas para que as pessoas com deficiência participem. Além disso, bons exemplos e materiais educativos devem ser compilados e divulgados em todo o mundo, principalmente por intermédio de ferramentas eletrônicas acessíveis.
Aprimorar a acessibilidade ao voto	Segundo a Conferência dos Estados Partes na Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência (ONU, 2011), devem ser garantidas cabines de votação que permitam o acesso em cadeiras de rodas, iluminação adequada, lugares de estacionamento acessíveis, espaços com portas suficientemente largas, formas alternativas de voto (voto eletrônico, estações móveis de voto, voto por correspondência, votação por procuração e votação antecipada).

Quadro 2 – Medidas para a maior inclusão das pessoas com deficiência e a efetivação do seu direito de participação na vida pública e política.

Fonte: Elaborado pelos autores.

5 Conclusão

Em sua investigação historiográfica a respeito dos elementos que marcam a tradição republicana, Pocock (2013, p. 28) rememora o contexto do "*humanismo cívico*", na Florença do Renascimento, assinalando que esse "*estilo de pensamento*" considera que o "*desenvolvimento do indivíduo, em direção a sua própria realização, só é possível quando esse indivíduo age como cidadão, ou seja, como um participante consciente e autônomo de uma comunidade política que autonomamente toma as suas decisões, a pólis, ou república.*"

A ideia, que era a de que a república, sob pena de se corromper, não pode subsistir sem a participação, sem a parceria de todos os seus cidadãos na busca do bem geral, ainda nas sociedades atuais parece-nos central. Não por outro motivo, temos que a participação política é elemento crucial e precípuo para a efetivação também dos direitos das pessoas com deficiência, e a consecução dos objetivos da Convenção da ONU.

Ao participarem da tomada de decisões políticas, especialmente sobre os assuntos que mais diretamente lhes dizem respeito, as pessoas com deficiência criam as condições favoráveis e incidem diretamente na construção e efetivação de seus direitos fundamentais. Tal participação facilita ainda o diálogo e a cooperação com governos, demais poderes e atores sociais. Como diz o lema de seu movimento internacional, "nada sobre as pessoas com deficiência, sem as pessoas com deficiência".

Não obstante as normas de proteção e promoção de acessibilidade eleitoral sejam mais um importante avanço, a efetivação do direito de participação das pessoas com deficiência reclama o planejamento e a execução de políticas públicas intersetoriais (que viabilizem a universalização do acesso a bens e serviços públicos), educação em direitos humanos (a fim de que as pessoas com deficiência se reconheçam como titulares ou sujeitos de direitos), e o desenvolvimento de programas de apoio à participação na sociedade civil. (REICHER; ATALLA, 2015).

Referências

AGÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA PARA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS (FRA). **O direito à participação política das pessoas com deficiência**, 2014.

ALVIM, Frederico; DIAS, Joelson. **A Lei Brasileira de Inclusão e a efetivação do direito à participação política das pessoas com deficiência**. Impactos do Estatuto da Pessoa com Deficiência no ordenamento brasileiro. Editora Jus Podivm. No prelo.

ANDRIOLI, A.I. A democracia Direita em Rousseau. **Revista Espaço Acadêmico**, 03/2003. In: ROUSSEAU, Jean-Jacques Rousseau. O Contrato Social. São Paulo: Formar, 1980.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil** – Promulgada em 5 de outubro de 1988, p. 13. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/ default/files/publicacoes/a-protecao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia_0.pdf>. Acesso em: 1 jan. 2016.

CALDAS, Roberto. Obrigações Gerais do art. 4º da Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência. In: DIAS, Joelson; GUGEL, Maria Aparecida, outros (Organ.) **Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência**: Novos comentários. Presidência da República. Brasília: 2014. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencao-sdpcd-novos-comentarios.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2017

DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Brasília: UNB, 2009.

_____. Sobre a democracia. Brasília: UNB, 2009. In: ALVIM, Frederico; DIAS, Joelson. **A Lei Brasileira de Inclusão e a efetivação do direito à participação política das pessoas com deficiência**. Impactos do Estatuo da Pessoa com Deficiência no ordenamento brasileiro. Editora Jus Podivm. No prelo.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O que é participação política. São Paulo: Brasiliense, 2004. In: VOLPATO, R. **A participação popular como direito fundamental em um estado democrático de direito**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/33782/a-participacao-popular-como-direito-fundamental-em-um-estado-democratico-de-direito#ixzz3uofXH37c>. Acesso em: 12 dez. 2015.

DIAS, Joelson; JUNQUEIRA, Ana Luísa Cellular. A lei brasileira de inclusão e o direito das pessoas com deficiência à participação na vida pública e política. In: LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016.

FUNDAÇÃO INTERNACIONAL PARA SISTEMAS ELEITORAIS (IFES). Relatório em parceria com o Instituto Nacional Democrata (IND). **Igualdade de Acesso**: Como incluir as pessoas com deficiência nas eleições e nos processos políticos, 2014. Disponível em: <http://www.ifes.org/news/2014-annual-report>. Acesso em: 12 jan.2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2016.In: ALVIM, Frederico; DIAS, Joelson. **A Lei Brasileira de Inclusão e a efetivação do direito à participação política das pessoas com deficiência**. Impactos do Estatuto da Pessoa com Deficiência no ordenamento brasileiro. Editora *Jus Podivm*. No prelo.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola. 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1205.

NAÇÕES UNIDAS. Oficina do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos: **Estudo temático sobre a participação das pessoas com deficiência na vida política e pública**, 2011.

_____. Organização Mundial de Saúde. Relatório mundial da ONU sobre a deficiência, 2011

PATEMAN, Carole. Participação e teoria democrática. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. In: ALVIM, Frederico; DIAS, Joelson. **A Lei Brasileira de Inclusão e a efetivação do direito à participação política das pessoas com deficiência**. Impactos do Estatuto da Pessoa com Deficiência no ordenamento brasileiro. Editora *Jus Podivm*. No prelo.

POCOCK, John. Cidadania, Historiografia e Res Publica. **Contextos do Pensamento Político**. Coimbra: Almedina, 2013.

RAWLS, John. **Teoria de la justicia**. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1995.

REICHER, Stella; ATALLA, Regina. **A Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência** – Status de Implementação nos países do G20. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/4434-1442-5-30.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2015.

REQUIÃO, M. **Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>. Acesso em: 20 dez. 2015.

ROCHA, Carmen Lúcia. **O processo eleitoral como instrumento para a democracia**. Disponível em: <https://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/edicoes-impressas/integra/2012/06/o-processo-eleitoral-como-instrumento-para-a-democracia/index49ea.html?no_cache=1&cHash=ff561b25fe4f395adf3f064a96fe90a1>. Acesso em: 20 dez. 2015.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

URROZ, Juan Calanchini. Gobernabilidad: legitimidad – eficacia efectividad – estabilidad – participación política. In: CALANCHINI, Juan J (coord.). Lecturas de Ciencia Política. Tomo II. Montevideo: 2011. In: ALVIM, Frederico; DIAS, Joelson. **A Lei Brasileira de Inclusão e a efetivação do direito à participação política das pessoas com deficiência**. Impactos do Estatuto da Pessoa com Deficiência no ordenamento brasileiro. Editora *Jus Podivm*. No prelo.

ZERO PROJECT. **Relatório Anual de 2015**: Vida Independente e Participação Política. Disponível em: <http://zeroproject.org/downloads/#toggle-id-26>. Acesso em: 20 jan. 2016.

Joelson Dias - Mestre em Direito pela Universidade de Harvard. Ex-Ministro substituto do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Advogado e sócio do escritório Barbosa e Dias Advogados Associados (Brasília-DF). Vice-Presidente da Comissão Nacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Ana Luísa Cellular Junqueira - Doutoranda pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade do Minho. Advogada e parceira do escritório Barbosa e Dias Advogados Associados (Brasília-DF).