Tribunal Superior Eleitoral

# ESTUDOS ELEITORAIS

Volume 15 Número 1

JANEIRO/JUNHO
2021

Brasília
TSE
2021

EJE
Escola Judiciária Eleitoral
Tribunal Superior Eleitoral

Tribunal Superior Eleitoral

# ESTUDOS ELEITORAIS

Volume 15 Número 1

JANEIRO/JUNHO
2021

Brasília
TSE
2021

EJE
Escola Judiciária Eleitoral
Tribunal Superior Eleitoral

**© 2021 Tribunal Superior Eleitoral**

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra sem a autorização expressa dos autores.

Secretaria de Gestão da Informação
SAFS, Quadra 7, Lotes 1/2, 1° andar
Brasília/DF – 70070-600
Telefone: (61) 3030-9225

**Secretária-Geral da Presidência**
Aline Rezende Peres Osorio

**Diretor-Geral da Secretaria do Tribunal**
Rui Moreira de Oliveira

**Diretor da EJE**
Ministro Carlos Bastide Horbach

**Unidade responsável pelo conteúdo**
Escola Judiciária Eleitoral do TSE (EJE/TSE)

**Secretário de Gestão da Informação**
Cleber Schumann

**Coordenador de Editoração e Publicações**
Washington Luiz de Oliveira

**Capa, projeto gráfico e diagramação**
Leandro Morais
Seção de Editoração e Programação Visual (Seprov/Cedip/SGI)

**Revisão**
Caroline Sant' Ana Delfino, Luciana Ferreira Pinto da Silva e Edilan Kelma Nascimento Sousa
Escola Judiciária Eleitoral (EJE/TSE)

**Impressão e acabamento**
Seção de Serviços Gráficos (Segraf/Cedip/SGI)

As ideias e opiniões expostas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores e podem não refletir a opinião do Tribunal Superior Eleitoral.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Tribunal Superior Eleitoral – Biblioteca Professor Alysson Darowish Mitraud

Estudos eleitorais / Tribunal Superior Eleitoral. – Vol. 1, n. 1 (jan./abr. 1997)- . – Brasília : Tribunal Superior Eleitoral, Secretaria de Documentação e Informação, 1997- .
v. ; 24 cm.

Semestral: 2021.
Quadrimestral: 1997-2020.
Interrompida: maio de 1998 a dez. 2005; set. 2006 a dez. 2007; maio a dez. 2008; 2019; set. a dez. 2020
Editor: Tribunal Superior Eleitoral: 2008-.
Unidade responsável pelo conteúdo: Escola Judiciária Eleitoral do TSE, 2008-.
Número especial: Vol. 4 (2009).
Edição especial: Vol. 14, n. 1 (jan./abr. 2020).
Disponível, também, na Internet (2009-):
<https://www.tse.jus.br/o-tse/catalogo-de-publicacoes/lista-do-catalogo-de-publicacoes>
ISSN 1414-5146 (impresso).

1. Direito eleitoral – Brasil – Periódico. I. Brasil. Tribunal Superior Eleitoral. II. Escola Judiciária Eleitoral (Brasil).

CDD 342.810 705
CDU 342.8(81)(05)

Bibliotecária: Sabrina Ruas Lopes – CRB-1/1865

**CONSELHO EDITORIAL**

Ministro Ricardo Lewandowski
Ministra Nancy Andrighi
Ministro Aldir Guimarães Passarinho Junior
Ministro Hamilton Carvalhido
Ministro Marcelo Ribeiro
Álvaro Ricardo de Souza Cruz
André Ramos Tavares
Antonio Carlos Marcato
Clèmerson Merlin Clève
Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti
José Jairo Gomes
Luís Virgílio Afonso da Silva
Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo Santos
Marco Antônio Marques da Silva
Paulo Bonavides
Paulo Gustavo Gonet Branco
Paulo Hamilton Siqueira Junior
Walber de Moura Agra
Walter de Almeida Guilherme

**CONSELHO HONORÍFICO**

Carlos Eduardo Frazão do Amaral
Marilda de Paula Silveira
André Lemos Jorge
Carlos Enrique Arrais Caputo Bastos
Daniel Castro Gomes da Costa
Gustavo Bonini Guedes
Henrique Neves da Silva
Luciana Christina Guimarães Lóssio
Patrícia Cerqueira Kertzman Szporer
Sérgio Antônio Ferreira Victor

**COMPOSIÇÃO DA EJE**

**Diretor**
Ministro Carlos Bastide Horbach

**Vice-Diretora**
Ministra Maria Claudia Bucchianeri Pinheiro

**Assessora-Chefe**
Renata Dallposso de Azevedo

**Servidores**
André Ricardo Neto Nascimento
Camila Fonseca Brandão Cavalcanti Lopes Silva
Edilan Kelma Nascimento Sousa
Joseneide de Sousa Martins
Luciana Ferreira Pinto da Silva

**Colaboradores**
Caroline Sant' Ana Delfino
Cristianne Sampaio de Oliveira
Keylla Cristina de Oliveira Ferreira
Victor Hugo Gomes Martins

**Estagiário**
Pedro Henrique Elias Guimarães

# Sumário

**Apresentação**.....7

**Estudos Eleitorais**

**A declaração de inelegibilidade após o término do mandato do agente da conduta: o julgamento do RO n° 5376-10.2014.6.13.0000**
Luiz Edson Fachin
Francisco Gonçalves Simões ..... 10

**A participação feminina na vida político-social brasileira ante a constituição de 1988: uma breve incursão sobre o poder judiciário no feminino**
Angela Issa Haonat
Kamile Moreira Castro..... 29

**A inaplicabilidade da lei anticorrupção aos partidos políticos a partir de uma perspectiva constitucional e de direito comparado**
Rafael Araripe Carneiro
Mariana Albuquerque Rabelo..... 49

**Ativismo judicial eleitoral**
Leonardo Fernandes de Souza
Juliana Helena Romero
Bruno Smolarek Dias ..... 64

**Da sub-representação à participação das mulheres na política: uma breve análise sobre o projeto "elas no congresso"**
Bruna Camilo de Souza Lima e Silva
Samantha Ribeiro Meyer- Pflug Marques
Samira Rodrigues Pereira Alves ..... 79

**Estudo de caso: efeito da impugnação de candidatura *Eleitores punem fichas-sujas?***
Igor Sant'anna Tamasauskas ..... 97

**Eventos de arrecadação e a vedação a *showmício*: um estudo de caso da *livemício* de caetano veloso**
Gustavo Bohrer Paim
Caetano Cuervo Lo Pumo
Everson Alves dos Santos
Laura Iahnke Garbin ..... 121

**Propaganda eleitoral e a proteção de dados nas campanhas eleitorais**
Luiza Peixoto Veiga ..... 144

**"Se não puder falar bem, não diga nada": liberdade de expressão e propaganda política no TRE-MG e TRE-RJ**
Rodolfo Assis
Larissa Lourdes Luiz Soares
Lucas Felipe de Oliveira Soares ..... 160

**"Somos todas terezas" – a (re) inclusão feminina e a igualdade de gênero na sociedade e na política**
Roberta Ferme Sivolella ..... 188

**Estudos Eleitorais na história**

**Proposta de reformulação do sistema eleitoral brasileiro**
Fábio Konder Comparato ..... 210

**Estudos Eleitorais no mundo**

**Una mirada inclusiva en la democracia representativa: los derechos políticos-electorales de las personas LGBTQ+**
Elena Isabel Gómez ..... 223

# Apresentação

A Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral (EJE/TSE) apresenta novo número da revista *Estudos Eleitorais*, reafirmando seu compromisso com a formação e o aprimoramento das práticas eleitorais.

O ano de 2021 tem sido marcado por diversas mudanças no cenário mundial, diante da gravidade da pandemia da Covid-19, o que reforça a importância de se manter um diálogo acadêmico democrático, pautado pela ponderação e pela longevidade.

O artigo *A declaração de inelegibilidade após o término do mandato do agente da conduta: o julgamento do RO n° 5376-10.2014.6.13.0000*, de autoria do Ministro Luiz Edson Fachin e de Francisco Gonçalves Simões (TSE), abre este número ao oferecer, diante da viragem jurisprudencial ocorrida no RO n° 5376-10.2014.6.13.0000, uma perspectiva do direito processual para a conduta abusiva durante a campanha eleitoral.

Em seguida, Ângela Issa Haonat (UFT) e Kamile Moreira Castro (juíza-TRE/CE) investigam *A participação feminina na vida político-social brasileira ante a Constituição de 1988: uma breve incursão sobre o Poder Judiciário no feminino*, analisando se o entrosamento das mulheres no espaço público-político pós-Constituição de 1988 causaria o aumento da participação feminina no Poder Judiciário.

Em *A inaplicabilidade da lei anticorrupção aos partidos políticos a partir de uma perspectiva constitucional e de direito comparado*, Rafael Araripe Carneiro (IDP) e Mariana Albuquerque Rabelo (UnB) perscrutam a aplicabilidade da Lei n° 12.846/2013 sob uma perspectiva sistêmica, considerando se os partidos políticos constariam do rol do art. 1°, §1°, da Lei n° 12.846/2013 e em que medida sua responsabilização seria processada – se administrativa ou judicialmente e por quais atos lesivos.

Leonardo Fernandes de Souza (Unipar), Juliana Helena Romero (Unicuritiba) e Bruno Smolarek Dias (Unipar), no artigo *Ativismo Judicial Eleitoral*, buscam, a partir da diferenciação entre ativismo judicial eleitoral e judicialização da política, contornar o primeiro, embora haja alguma identidade entre os fenômenos.

A partir de uma breve análise da plataforma de monitoramento do projeto *Elas no congresso*, Bruna Camilo de Souza Lima e Silva (UFMG), Samantha

Ribeiro Meyer-Pflug Marques (PUC/SP) e Samira Rodrigues Pereira Alves (PUC-PR), no artigo *Da sub-representação à participação das mulheres na política: uma breve análise sobre o projeto "elas no congresso"*, propõem discussão teórica sobre como se tem encaminhado as proposições no parlamento e quais os vieses sobre a participação das mulheres na política brasileira.

Igor Sant'anna Tamasauskas (USP), em *Estudo de caso: efeito da impugnação de candidatura eleitores punem fichas-sujas?*, examina se o eleitor avalia de forma diferente um candidato cujo registro eleitoral seja objeto de impugnação – portanto, sob a possibilidade de ser identificado como "ficha-suja" – vis-à-vis de um candidato que teve o registro deferido sem impugnação.

O artigo *Eventos de arrecadação e a vedação a Showmício: um estudo de caso da livemício de Caetano Veloso*, de Gustavo Bohrer Paim (UFRGS), Caetano Cuervo Lo Pumo (ABRADEP), Everson Alves dos Santos (IGADE) e Laura Iahnke Garbin (UFRGS), traz análise narrativa de representação eleitoral, envolvendo a exposição de argumentos de magistrados, representantes do MPE e advogados das partes, a fim de demonstrar a insegurança jurídica que envolve a matéria, buscando-se colaborar com a discussão posta para apresentar sugestões para facilitar futuros julgamentos de casos semelhantes.

Luiza Peixoto Veiga (ABRADEP), em seu artigo *Propaganda eleitoral e a proteção de dados nas campanhas eleitorais*, trata da influência da coleta em massa de dados sociais pelas tecnologias usadas para fins eleitorais. O estudo destaca, ainda, os princípios de proteção de dados normatizados pela LGPD, como instrumento de regulamentação do tratamento de dados para fins políticos, como forma de garantir transparência aos eleitores e legitimidade ao pleito eleitoral.

Em *"Se não puder falar bem, não diga nada": liberdade de expressão e propaganda política no TRE-MG e TRE-RJ*, Rodolfo Assis (PUC-RIO), Larissa Lourdes Luiz Soares (Doctum) e Lucas Felipe de Oliveira Soares (Doctum) fazem pesquisa sobre as decisões envolvendo "liberdade de expressão" no TRE/MG e no TRE/RJ. O estudo tem como objetivo apresentar os dados gerais oriundos de decisões judiciais e de outras referências de pesquisa.

Encerrando a seção **Artigos**, Roberta Ferme Sivolella (Juíza auxiliar – Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho) discute a reinclusão feminina e da igualdade de gênero na sociedade e na política por meio da análise da personagem Tereza da obra de Jorge Amado, "Tereza Batista cansada de guerra", no

artigo *Somos todas Terezas" – a (re) inclusão feminina e a igualdade de gênero na sociedade e na política*.

Na sequência, resgata-se, na seção **Estudos eleitorais na história**, o artigo *Proposta de reformulação do sistema eleitoral brasileiro*, originalmente publicado na revista *Estudos Eleitorais* n° 3, set./dez. de 1997. No texto, o professor emérito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo Fábio Konder Comparato apresenta propostas que atendam às exigências de aperfeiçoamento da democracia representativa, como a adoção de medidas para a eleição dos componentes da Câmara dos Deputados e nas eleições para as Assembleias Legislativas e Câmaras de Vereadores, a redução de três para dois dos senadores eleitos por cada estado, com mandato de quatro anos, e a abolição dos suplentes de senador, entre outros.

Por fim, a seção **Estudos eleitorais no mundo** é contemplada com o artigo *Una mirada inclusiva en la democracia representativa: los derechos políticos-electorales de las personas LGBTQ+*, de Elena Isabel Gómez (Universidade de Buenos Aires), que analisa o acesso a cargos públicos eletivos, ou seja, o direito de ser elegível, das pessoas LGBTQ+ e a implicação da identidade de gênero na integração das candidaturas.

Com mais um número da revista Estudos Eleitorais, a Escola Judiciária Eleitoral consolida seu compromisso com a valorização dos estudos eleitorais, sobretudo no que tange ao aprimoramento das práticas eleitorais com vistas ao fortalecimento da democracia, propósito almejado pela Justiça Eleitoral.

**Ministro Carlos Bastide Horbach**
Diretor da EJE/TSE

# A declaração de inelegibilidade após o término do mandato do agente da conduta: o julgamento do RO n° 5376-10.2014.6.13.0000

*The declaration of ineligibility after the term of the office of the conduct's agent: the judgment of RO n° 5376-10.2014.6.13.0000*

**Luiz Edson Fachin**[1]

**Francisco Gonçalves Simões**[2]

[1] Ministro do Supremo Tribunal Federal e Vice-Presidente do Tribunal Superior Eleitoral.

[2] Assessor de Ministro no TSE, cedido pelo TRE-PR.

## Resumo

A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, e da Justiça Eleitoral como um todo, entendia o término do mandato eletivo do agente que exerceu conduta abusiva durante a campanha eleitoral como termo para a possibilidade de julgamento de tais atos e da imposição da sanção de inelegibilidade prevista no art. 22, inciso XIV, da Lei Complementar n° 64/90. No julgamento do Recurso Ordinário n° 5376-10.2014.6.13.0000, houve viragem jurisprudencial para afastar o mencionado óbice temporal, com fundamentação constitucional voltada para o direito material. O presente artigo busca oferecer uma perspectiva do direito processual, notadamente na eficácia declaratória da sentença de procedência nas demandas fundadas em atos de abuso de poder, e assim prover mais fundamentos para amparar a viragem jurisprudencial.


**Palavras-chave**: Abuso de poder. Término de mandato eletivo. Possibilidade de julgamento da AIJE. Sentença declaratória de inelegibilidade.


## Abstract

The precedentes from the Superior Electoral Court, and from the Electoral Justice as a whole, sustained that the end of term for elected officials who acted with abuse of power during electoral campaings as the end of the possibility to trial such actions and to impose the sanction of inelegibility as estiputaled on art. 22, item XIV, Complementary Law n° 64/90. On the trial of the Ordinary Appeal n° 5376-10.2014.6.13.0000, there was a overrruling to discard the mentioned temporal obstacle, with constitucional arguments focused on material law. This paper seeks to offer a perspective of civil procedure law, mainly on the declaratory judgement that results from the trial of actions based on acts of abuse of power, and thus offer more arguments to sustain the overruling.


**Keywords**: Abuse of power. End of term of the office. Possibility of trial of AIJE. Declaratory judgement.

# Nota Prévia

Eleições devem ser o cerne da democracia. O sistema eleitoral, a fim de cumprir essa relevante função, há de primar por probidade e isonomia do pleito. É com essa diretriz que, a quatro mãos, os coautores sintetizam aqui elementos racionais e sistemáticos de uma mudança jurisprudencial.

A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) construiu, desde 2011, a compreensão que culminou no reconhecimento da perda de interesse de agir na Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), proposta contra o candidato eleito e o agente do ato de abuso de poder, se no momento do encerramento do mandato não houvesse decisão judicial que lhe cominasse as sanções previstas no art. 22, inciso XIV, da Lei Complementar n° 64, de 18 de maio de 1990, em razão de compreender que a cassação do registro, diploma ou mandato e a inelegibilidade somente poderiam ser cominadas concomitantemente.

No julgamento do Agravo Regimental no Recurso Ordinário n° 5376-10.2014.6.13.0000, o TSE rompeu com essa posição, e o que se busca neste estudo é aprofundar os fundamentos de processo civil que servem de lastro para a evolução da compreensão, especialmente a natureza da cominação de inelegibilidade, adotadas as premissas fixadas nas decisões proferidas pelo STF nas ADCs 29 e 30 e no RE n° 929.670, a compreensão dos elementos sobre os quais repousa o interesse de agir nessa espécie processual e, por fim, a teoria de cumulação de pedidos.

## Introdução: o caso, o tema

Até o ano de 2020, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral alinhava-se à compreensão de que o encerramento do mandato eletivo pelo decurso do tempo ocasionava o desaparecimento do interesse de agir nas Ações de Investigação Judicial Eleitoral nas quais a decisão judicial objeto de recurso fosse absolutória, especialmente em razão da indissociabilidade, até então reconhecida, entre as sanções de cassação e de inelegibilidade.

No julgamento do Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Ordinário n° 5376-10.2014.6.13.0000, de Minas Gerais, o Tribunal Superior Eleitoral rompeu com esse entendimento e firmou a tese de que, "acaso inexistente um mandato a ser cassado, seja pelo mau desempenho nas urnas, pela condição de terceiro ou pelo cumprimento do destino *pro tempore* da representação republicana, a declaração de inelegibilidade em face de abusos graves é medida que o quadro regente não apenas autoriza como também impõe".

Em adição às substanciosas razões materiais contidas no acórdão, é possível acrescer uma visão processual sobre o fenômeno, como se passa a fazer.

## Resgate histórico: o mandato eletivo e o interesse e agir nas Ações de Investigação Judicial Eleitoral

Para melhor compreensão da questão posta em debate, é preciso identificar quando e por qual motivo foi inaugurada a linha de entendimento do Tribunal Superior Eleitoral que resultou na incindibilidade das consequências jurídicas previstas na parte final do art. 22, inciso XIV, da Lei Complementar n° 64/90:

> XIV – julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e de ação penal, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar;

Ressalte-se que o texto legislativo assenta a possibilidade de duas consequências jurídicas distintas em razão da condição do cidadão em relação à conduta abusiva: (i) se agente do ato abusivo, declara-se a inelegibilidade; (ii) se beneficiário do ato, comina-se a cassação do registro, diploma ou mandato eletivo.

Não se descarta a hipótese de que o candidato seja o próprio agente do ato e dele venha a auferir benefícios, atraindo ambas as consequências jurídicas.

Contudo, em primeira leitura, a redação do dispositivo legal não opera a incindibilidade entre ambas as cominações, sendo essa compreensão fruto de construção jurisprudencial inaugurada em 24 de fevereiro de 2011, no julgamento do Recurso Especial Eleitoral n° 36601,[3] de Abadiânia (GO), no sentido de que "as cominações do art. 41-A da Lei n° 9.504, de 30 de setembro de 1997 – multa e cassação do registro – são, necessariamente, cumulativas, alcançando os candidatos que figurem em chapa.[4]

No ponto, restou vencido o E. Min. Relator, que, diante de um quadro processual no qual somente o candidato ao cargo de prefeito compusera o polo passivo da demanda, entendeu ser possível afastar a perda do interesse de agir em razão da ausência de formação de litisconsórcio passivo necessário, impondo apenas a sanção de multa ao candidato e apontando a impossibilidade de lhe cassar o mandato.

Inaugurada a divergência, firmou-se a maioria de votos no sentido da cumulatividade das sanções previstas no art. 41-A da Lei das Eleições, posicionamento que se manteve hígido na jurisprudência da Corte.

Em segundo momento, a posição jurisprudencial dominante evoluiu para entender que, nos casos nos quais a decisão recorrida fosse absolutória, o término do mandato importaria no desaparecimento do interesse de agir, constatando-se o prejuízo do binômio necessidade e utilidade do provimento jurisdicional, porque o final do mandato tornaria inviável a sua cassação e, em razão

[3] Recurso Especial Eleitoral n° 36601, Acórdão, Relator(a) Min. Arnaldo Versiani, Relator(a) designado(a) Min. Marco Aurélio, Publicação: RJTSE – *Revista de jurisprudência do TSE*, Volume 22, Tomo 2, Data 24/02/2011, Página 72.

[4] Art. 41-A. Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinquenta mil Ufir, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990.

da cumulatividade das sanções, não haveria interesse de agir a guarnecer o recurso especial eleitoral para a simples imposição da sanção de multa.[5]

O próximo passo na construção desse entendimento encampou a hipótese do art. 30-A da Lei n° 9.504/1997,[6] que, em razão da sanção exclusiva de cassação do mandato (§ 2°), também passou a ser englobada no rol de demandas nas quais, encerrado o mandato e inexistente decisão condenatória no Tribunal de origem, reconhecer-se-ia a perda do interesse de agir em razão do término do mandato,[7] culminando-se com o entendimento de que:

> A inelegibilidade referida no art. 1°, inciso I, alínea j, da LC n. 64/1990 não constitui sanção a ser imposta na decisão judicial no caso de eventual procedência de ação de investigação judicial eleitoral, mas possível efeito secundário da condenação, verificável no momento em que o cidadão requerer registro de sua candidatura, desde que atendidos os requisitos exigidos. Dessa forma, não persiste o interesse recursal.[8]

O encerramento do mandato era igualmente eficaz para acarretar a perda do interesse de agir das ações de impugnação ao mandato eletivo, em razão da natureza única de sua sanção, qual seja, a cassação do mandato,[9] na forma do art. 14, § 10°, da Constituição Federal.[10]

---

[5] Recurso Especial Eleitoral n. 39703, Acórdão, Relator(a) Min. Dias Toffoli, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 20/11/2012.

[6] Art. 30-A. Qualquer partido político ou coligação poderá representar à Justiça Eleitoral, no prazo de 15 (quinze) dias da diplomação, relatando fatos e indicando provas, e pedir a abertura de investigação judicial para apurar condutas em desacordo com as normas desta Lei, relativas à arrecadação e gastos de recursos.
[...]
§ 2° Comprovados captação ou gastos ilícitos de recursos, para fins eleitorais, será negado diploma ao candidato, ou cassado, se já houver sido outorgado.

[7] Agravo de Instrumento n. 288090, Acórdão, Relator(a) Min. Laurita Vaz, Publicação: *DJe - Diário da justiça eletrônica*, Tomo 84, Data 08/05/2014, Página 80; Recurso Especial Eleitoral n. 5172861, Acórdão, Relator(a) Min. Aldir Passarinho Junior, Relator(a) designado(a) Min. Luciana Lóssio, Publicação: *DJe - Diário da justiça eletrônica*, Tomo 174, Data 17/09/2014, Página 7-8.

[8] Recurso Especial Eleitoral n. 50451, Acórdão, Relator(a) Min. Gilmar Mendes, Publicação: *DJe - Diário da justiça eletrônica*, Tomo 104, Página 25.

[9] Agravo de Instrumento n. 155852, Acórdão, Relator(a) Min. Laurita Vaz, Publicação: *DJe - Diário da justiça eletrônica*, Data 29/08/2013, Página 43.

[10] Art. 14. *Omissis*.
[...]
§ 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.

A compreensão de que o final do mandato eletivo impossibilitava a sua cassação alcançou, enfim, as ações judiciais eleitorais nas quais se debatia a prática de atos consistentes em abuso de poder. Encerrado o mandato e inexistente decisão de cassação, reconhecia-se a perda superveniente do interesse de agir.

Ressalte-se, no ponto, o acórdão proferido nos autos do Agravo de Instrumento n° 604-82/MG,[11] no qual o relator acolhe a tese de prejuízo do interesse de agir em razão do princípio da colegialidade, mas afirma sua ressalva de entendimento no sentido de que

> [...] subsistiria o interesse jurídico recursal, ainda que haja o término do mandato e não tenha sido determinada a cassação do mandato, porquanto seria suficiente o juízo de procedência na AIJE, independentemente de aplicar-se (ou não) a cassação, para atrair a inelegibilidade futura, por ocasião da ulterior formalização do registro de candidatura.

A ressalva de entendimento escora-se na percepção da natureza jurídica da inelegibilidade, questão resolvida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADCs 29 e 30, e do RE n° 929.670, merecendo análise mais detida.

## Inelegibilidade e Ficha Limpa

A Lei Complementar n° 135, de 4 de junho de 2010, também conhecida como Lei da Ficha Limpa, realizou extensa modificação e atualização na Lei Complementar n° 64/1990 – a Lei das Inelegibilidades –, ampliando as hipóteses legisladas de inelegibilidade, bem como o prazo de duração dessa condição jurídica, de 3 (três) para 8 (oito) anos.

A constitucionalidade da norma precisou ser reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal, o que aconteceu no julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade 29 e 30.

Pinça-se desse extenso julgamento a compreensão, exposta pelo e. Min. Relator, de que a elegibilidade consiste na "adequação do indivíduo ao regime jurídico – constitucional e legal complementar – do processo eleitoral", notadamente no "não preenchimento de requisitos negativos (as inelegibilidades),[12] de modo que a alteração legislativa imposta pela Lei da Ficha Limpa

[11] Agravo de Instrumento n. 60482, Acórdão, Relator(a) Min. Luiz Fux, Publicação: *DJe – Diário da justiça eletrônica*, Data 16/02/2018, Página 63.

[12] ADC 29, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 28-06-2012 PUBLIC 29-06-2012 RTJ VOL-00221-01 PP-00011, p. 18.

poderia alcançar fatos que lhe fossem pretéritos sem que isso importasse em retroatividade normativa, mas sim em mera retrospectividade.

A retrospectividade, conforme leciona Canotilho (2012, p. 262), também é denominada de retroatividade inautêntica, e se constata "quando uma norma jurídica incide sobre situações ou relações jurídicas já existentes embora a nova disciplina jurídica pretenda ter efeitos para o futuro".

A compreensão foi repetida no julgamento do RE n° 929670[13] e esmiuçada, demonstrando-se que a inelegibilidade imposta por decisão judicial somente virá a produzir efeitos se o cidadão se candidatar a cargo eletivo ou, na hipótese de recurso contra expedição de diploma nos casos de causa de inelegibilidade infraconstitucional.

Rejeitou-se, no mesmo julgamento, que a inelegibilidade agasalhe a natureza jurídica de sanção e, também, que "o pronunciamento judicial da prática do abuso de poder econômico ou político já atrai *per se* a declaração (e não a constituição) da inelegibilidade"[14] anotando-se que, portanto, a situação jurídica da inelegibilidade preexiste e está apenas sendo reconhecida judicialmente.

Infere-se que o Supremo Tribunal Federal entende que a inelegibilidade cominada em razão da prática de atos de abuso de poder não encerra uma espécie de sanção, e que decorre da existência de decisão judicial que declara a prática de ato ilícito específico, sendo automática a sua declaração. Restou afastada, expressamente, a constituição da causa de inelegibilidade em razão da decisão judicial.

A consequência jurídica de a inelegibilidade cominada não ostentar a natureza de sanção, em conjunto com a incidência do fenômeno da retrospectividade (retroatividade inautêntica), é a possibilidade de lhe ser atribuído um prazo de duração maior do que aquele previsto em lei à época da decisão judicial que reconheceu a prática do ato jurídico ilícito.

O efeito concreto da decisão foi o de permitir que o prazo de 8 (oito) anos de duração da inelegibilidade, previsto na Lei Complementar n° 135/2010, alcançasse, também, as decisões judiciais anteriores ao início da vigência do diploma legislativo.

[13] RE 929670, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-076 DIVULG 11-04-2019 PUBLIC 12-04-2019, p. 67.

[14] Idem, p. 80.

## Contraponto doutrinário e problematizações

Sem a pretensão de esgotar todas as menções doutrinárias possíveis quanto ao tema da inelegibilidade, pinçam-se alguns posicionamentos suficientes para demonstrar a amplitude de compreensões sobre o tema.

De saída, a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal é objeto da crítica feita por Costa (2016, p. 192), ao afirmar que "a inelegibilidade cominada é sempre efeito de um fato jurídico ilícito, decretada por decisão judicial de eficácia preponderante constitutiva negativa". Anota ainda que a "decisão judicial que a decreta tem relevante efeito declaratório da ocorrência do fato jurídico ilícito".

Em outra quadra, Alvim (2016, p. 143) afirma que as inelegibilidades encerram "circunstâncias que retiram do cidadão os seus direitos políticos passivos, seja de maneira geral, obstando o acesso a todos os cargos (inelegibilidades absolutas), seja de maneira específica, fechando o acesso a apenas alguns (inelegibilidade relativa)". Prossegue ainda em apontar que sua natureza jurídica é tema polêmico, mas predomina a compreensão de que não se trata de medida punitiva, mas sim de "requisito para reinvindicação do direito de postular mandatos eletivos".[15]

Ao sentir de Jorge, Liberato, Rodrigues (2017, p. 103), a "inelegibilidade é a situação jurídica subjetiva de quem não reúne condições para ser eleito", entendendo que o termo pode ser utilizado para quem "não reúne alguma condição de elegibilidade, caso em que se denomina inelegibilidade inata", ou ainda para a inelegibilidade cominada, "decorrente de algum fato ilícito, aplicada como sanção que impede o sujeito de concorrer a um cargo eletivo".

Ao discutirem a sentença proferida na AIJE, afirmam os autores que não se trata de sentença condenatória, o que impede sua execução provisória, reforçando seu posicionamento de que as consequências jurídicas impostas em decorrência da procedência da demanda são de natureza constitutiva, positiva no caso da inelegibilidade, ou negativa, se impuser a cassação de registro, diploma ou mandato (Jorge; Liberato; Rodrigues, 2017, p. 560).

Já para Gomes (2018, p. 227), a inelegibilidade é "fator negativo cuja presença obstrui ou subtrai a capacidade eleitoral passiva do nacional,

[15] Na nota de rodapé n. 282, indica Alvim (2016, p. 143) que "a celeuma sobre a natureza jurídica das inelegibilidades (condição jurídica ou sanção) tem como principal repercussão a possibilidade ou a impossibilidade de aplicação a fatos pretéritos".

tornando-o inapto para receber votos e, pois, exercer mandato representativo". Ao tratar da natureza jurídica da inelegibilidade, o autor menciona que o "*status* de inelegível impõe restrições à esfera jurídica da pessoa, a qual não pode ser eleita" (2018, p. 232), vindo em seguida a abordar o julgamento das ADCs 29 e 30, e do RE n° 929.670, para concluir que a "compreensão do Pretório Excelso não é incompatível com a abordagem da inelegibilidade como *status* eleitoral" (2018, p. 233).

Quanto ao julgamento da AIJE, Gomes (2018, p. 805) anota que a sentença declara a ocorrência do abuso de poder, em harmonia com o posicionamento do STF, porém, mais à frente, afirma que a natureza da decisão é, em relação à inelegibilidade, constitutivo-positiva, porque "cria ou constitui nova situação jurídica" (2018, p. 807).

Por derradeiro, cumpre pontuar o posicionamento de Zilio (2018, p. 216-217), no sentido de que:

> Resumidamente, pode-se afirmar que a inelegibilidade, no ordenamento jurídico brasileiro, possui um regime jurídico dúplice: é prevista como efeito anexo de decisões condenatórias proferidas por órgãos judiciais, políticos ou administrativos (v.g.: art. 1°, inciso I, e, da LC n. 64/1990); é prevista como sanção aplicada diretamente no provimento jurisdicional condenatório (art. 22, inciso XIV, da LC n. 64.1990). [...] Na segunda hipótese (inelegibilidade como sanção), a petição da AIJE parte de um requerimento de aplicação dessa sanção de inelegibilidade, esse pedido é objeto de debate judicial entre as partes e, ao final, o dispositivo da sentença vai deliberar sobre o reconhecimento (ou não) da inelegibilidade como sanção.

No ponto referente à eficácia da cominação de inelegibilidade, Zilio entende-a constitutiva (2018, p. 659).

Embora se encontrem na doutrina posicionamentos que ecoam a posição defendida pelo Supremo Tribunal Federal – e, renove-se, aqui tomada como premissa –, nota-se que o debate doutrinário não encontra consenso quanto à natureza de consequência jurídica de inelegibilidade prevista no art. 22, inciso XIV, da LC n° 64/1990.

## Fundamentos de direito material no julgado analisado

O acórdão proferido pelo Tribunal Superior Eleitoral no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Ordinário n° 5376-10.2014.6.13.0000 apresenta,

inicialmente, a posição da doutrina de direito eleitoral de que as consequências jurídicas decorrentes do julgamento procedente de ação de investigação judicial eleitoral, em razão da prática de ato de abuso, não devem mais ser lidas de forma cumulativa, usando-a como ponto de partida para romper com a jurisprudência do TSE.

Distingue então as consequências jurídicas da procedência da AIME e da AIJE, para afirmar que da norma não se extrai "a necessidade de aplicação conjunta das medidas de cassação e inabilitação", indicando que (i) a "proteção da legitimidade eleitoral, tal como desenhado pela Constituição da República (art. 14, § 9°), resguarda a probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato; (ii) o estímulo a um estado de impunidade incompatível com o espírito de depuração das competições políticas" decorrente da compreensão que exige a imposição conjunta das consequências jurídicas previstas no art. 22, inciso XIV, da LC n° 64/1990; e (iii) o texto normativo permite a autonomia das consequências jurídicas em razão da qualidade do agente, se candidato ou não.

Conclui, ainda, que:

> Ao fim e ao cabo, sob a ótica processual, creio que o cerne da questão em exame reside no fato de que a AIJE possui um objeto duplo e independente, uma vez que, em paralelo com um provimento com carga desconstitutiva (cassação do registro ou do diploma), também se busca uma decisão de caráter positivo, destinada à criação de uma situação jurídica limitadora da capacidade eleitoral passiva (GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 587). Assim sendo, embora, como regra, ambas as consequências caminhem em compasso – uma vez que os pedidos deduzidos em AIJE são de cumulativos sucessivos (RAMAYANA, Marcos. Direito Eleitoral. 16. ed. Niterói: Impetus, 2018, p. 719) –, a impossibilidade prática do primeiro provimento não inviabiliza, por si, a entrega jurisdicional concernente à inabilitação política.

Pinça-se a compreensão de que a decisão que comina inelegibilidade é de caráter positivo, sem que, entretanto, se tenha afirmado a natureza jurídica desse conteúdo decisório.

Sem se olvidar a compreensão fixada pelo Supremo Tribunal Federal quanto à natureza da inelegibilidade e do provimento jurisdicional que a comina – declaratório –, faz-se necessário aprofundar o debate, por um prisma processual, dos efeitos do encerramento do mandato eletivo sobre o interesse de agir na AIJE – ou no recurso respectivo –, na qual não haja decisão judicial ou a decisão judicial existente seja absolutória.

## A visão processual da questão

A novel tese encampada pelo Tribunal Superior Eleitoral, como visto, tem forte fundamentação em aspectos de direito material e do núcleo duro da proteção da probidade administrativa, amplitude argumentativa na qual é imune a retoques. Porém, é possível espelhar, pela lente do processo civil, um conjunto de argumentos que oferece suporte à tese, sem jamais ofuscar o direito material já debulhado e assentado como correto pelo Plenário do TSE.

Dentro dessa perspectiva, entende-se proveitoso o debate sobre o interesse de agir, que passa inexoravelmente pelo binômio da utilidade e necessidade, bem como pela aferição de momento de eventual decadência do direito deduzido em juízo.

Rememore-se, uma vez mais, que a análise que se propõe observa, estritamente, os limites conceituais fixados pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos das ADCs 29 e 30 e do RE n° 929670, mais especificamente o de que a inelegibilidade cominada não constitui uma espécie de sanção, e o de que "o pronunciamento judicial da prática do abuso de poder econômico ou político já atrai *per se* a declaração (e não a constituição) da inelegibilidade".

Cotejando-se essas duas balizas – (i) não é uma sanção e (ii) a sentença judicial não constitui a inelegibilidade – com a classificação quinaria das ações feita por Pontes de Miranda, é possível afastar, de proêmio, que a eficácia preponderante das decisões de procedência em AIJE, por ato de abuso de poder, seja condenatória ou constitutiva.

Ressalte-se que a proposta de analisar processualmente um acórdão judicial adota o recorte teórico extraído do entendimento citado do Supremo Tribunal Federal, pois, nessa qualidade, deve ser observado nos julgamentos dos demais órgãos do Poder Judiciário.

Retomando, cumpre aferir se a eficácia que reveste a decisão de imposição da inelegibilidade cominada reveste o caráter executivo *lato sensu*, mandamental ou declaratório.

A ausência de um título judicial que permita ao autor da demanda que o investigado lhe cumpra determinada obrigação, de qualquer natureza, não parece ser adequada o reconhecimento de que a espécie de decisão analisada agasalha eficácia preponderante executiva *lato sensu*. Pelo mesmo motivo, ausente

provimento jurisdicional que determine a uma autoridade pública o cumprimento de determinada ordem judicial, não se pode falar em eficácia mandamental.

Assim, por exclusão, e dentro dos limites do debate já expostos, somente é possível entender que a decisão proferida em AIJE e que comina inelegibilidade, em razão de ato de abuso de poder, é de eficácia preponderantemente declaratória.

Quanto à ação meramente declaratória, afirma Didier Jr. (2017, p. 331) que "tem o objetivo de certificar a existência, a inexistência ou o modo de ser de uma situação jurídica", ajustando a compreensão da redação da parte final do art. 19, inciso I, do Código de Processo Civil, no qual se lê relação jurídica, expondo que aquela é espécie e essa gênero.[16]

A afirmação de que a eficácia atinente à consequência jurídica "inelegibilidade" é declaratória não pode ser isolada do restante dos comandos judiciais possíveis na sentença de procedência da AIJE. Isso porque se sabe, segundo a classificação das ações proposta por Pontes de Miranda, que toda decisão judicial contém mais de uma espécie de eficácia e, entre elas, há uma relação de preponderância.

Dentro de uma proposta esquemática das ações de investigação judicial eleitoral, em caso de procedência da demanda, observa-se que há o reconhecimento judicial de que uma conduta pretérita consubstanciou um ato de abuso de poder – *eficácia declaratória* – e a imposição das consequências jurídicas previstas no art. 22, inciso XIV, da LC n° 64/1990: a cassação de mandato eletivo – *eficácia constitutiva negativa* – e a inelegibilidade cominada – *eficácia declaratória*.

Conciliando-se a eficácia declaratória atribuída à espécie de decisão analisada, com o seu aspecto positivo, conclui-se que a petição inicial deve deduzir em juízo a indicação de dúvida quanto à existência de uma situação jurídica e a pretensão ao seu reconhecimento judicial.

Transpondo essa racionalidade para termos práticos, a petição inicial da AIJE deve indicar a dúvida quanto ao reconhecimento de determinadas condutas como atos de abuso de poder – econômico, de autoridade ou consistente no uso indevido dos meios de comunicação – e ao surgimento da situação jurídica de inelegibilidade a elas atrelado. Ao final, o requerimento agasalha o pedido de declaração do ato de abuso, de declaração da inelegibilidade cominada e,

[16] Op. cit., nota de rodapé n. 22, p. 331.

de forma cumulada e autônoma, da providência de natureza constitutiva negativa consistente na cassação de eventual diploma.

Essa compreensão se revela compatível com o voto vencedor do RE n° 929.670, ao afirmar que a lei impõe ao magistrado a declaração da inelegibilidade, do que se pressupõe que essa situação jurídica é preexistente e vem a ser reconhecida judicialmente.

Aprofundando a questão, a percepção de que a inelegibilidade cominada tem por antecedente lógico a ocorrência de um ato de abuso de poder combinada com o entendimento de que a decisão judicial que endereça a conduta abusiva produz a declaração de uma inelegibilidade já existente, então é possível concluir que, à luz da compreensão do Supremo Tribunal Federal, o surgimento – momento de constituição – da inelegibilidade cominada é concomitante à prática do ato de abuso de poder[17] e independe de decisão judicial nesse sentido.

Partindo dessas premissas teóricas é que se pode escrutinar o binômio de necessidade e utilidade do provimento jurisdicional, bem como eventual incidência de prescrição e decadência.

Em atenção aos requisitos da necessidade e da utilidade, que informam o interesse de agir, é pertinente o alerta de Didier Jr. (2017, p. 404) de que sua aferição é "sempre, *in concreto*, à luz da situação narrada no instrumento da demanda. Não há como indagar, em abstrato, se há ou não interesse de agir, pois ele sempre estará relacionado a uma determinada demanda judicial".

Sob o prisma da necessidade, cuida-se de precisar os motivos que exigem a intervenção do Poder Judiciário para a declaração da existência da situação jurídica pretendida pelo autor.

Com efeito, embora seja costumeiro que o autor da demanda afirme entender que a conduta descrita na petição inicial consubstancie ato de abuso de poder, e a parte investigada negue essa qualidade da conduta, somente por meio da atividade judicial é que se pode obter a certeza quanto aos contornos jurídicos (i) lícitos da conduta posta sob lupa.

[17] O efeito dessa inelegibilidade cominada, contudo, contempla lapso temporal distinto, a saber as eleições a se realizarem nos oito anos subsequentes à eleição em que se verificou a conduta abusiva, na forma do art. 22, inciso XIV, da Lei Complementar n. 64/1990.

Em relação à utilidade do provimento jurisdicional, esta pode ser desvelada em dois níveis: (i) o reconhecimento da prática de ato de abuso de poder, com gravidade apta a infirmar a isonomia entre todos que disputam o cargo eletivo e de comprometer a higidez do resultado das urnas, acarretando a retirada do agente da disputa eleitoral, por meio da cassação de seu registro, diploma ou mandato; (ii) sob o prisma de que o processo eleitoral também tem o dever de tutelar o direito coletivo de não ser governado por pessoa que descumpre o ordenamento jurídico, o provimento jurisdicional também é instrumento útil à garantia da população de que será governada por cidadão que cumpre e obedece às leis do país.[18]

Essa segunda perspectiva é que valida a utilidade da tutela declaratória do ato de abuso de poder e a consequência jurídica, também de eficácia declaratória, da inelegibilidade do agente.

A declaração de inelegibilidade serve como óbice à adequação do indivíduo ao regime jurídico do processo eleitoral pelas eleições que se realizarem pelos oito anos subsequentes à eleição na qual se constatou o abuso do poder, ou seja, a norma busca preservar a tutela de todos os cidadãos da circunscrição eleitoral de não serem governados por quem age em desacordo com o ordenamento jurídico durante o lapso temporal ali previsto.

Revela-se presente, assim, o binômio necessidade-utilidade que informa o interesse de agir na declaração da consequência jurídica da inelegibilidade nas ações de investigação judicial eleitoral, mesmo após o término do mandato e quando, até então, existente decisão absolutória.

De outro ângulo, é interessante anotar que a menção ao prazo de oito anos para a duração da inelegibilidade não autoriza a análise da questão sob o prisma da prescrição ou mesmo da decadência.

Um primeiro argumento de rejeição dessa investigação está assentado nas conclusões de Amorim Filho (1997, p. 741) de que as ações declaratórias são incompatíveis com a prescrição e com a decadência, porque "o objetivo da

[18] Nesse sentido apontam Jorge, Liberato, Rodrigues (2017, p. 411) que "se, por um lado, não há dúvidas de que o direito de votar e o de ser votado são direitos individuais, dúvidas também não pode haver de que o direito ao devido processo eleitoral é um direito de natureza coletiva, tal qual apregoa o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/90. As regras que envolvem o sufrágio, o exercício da democracia direta, tai como o plebiscito e o referendo, o pluralismo político, a fidelidade partidária, a capacidade eleitoral ativa e passiva etc., e que estão previstas no Texto Constitucional e em leis extravagantes, são de interesse direto de toda a coletividade e não apenas daqueles que estejam envolvidos no pleito eleitoral".

prescrição é liberar o sujeito passivo de uma prestação, e o da decadência, o de liberá-lo da possibilidade de sofrer uma sujeição".

Também se deve acrescentar que o Tribunal Superior Eleitoral fixou entendimento de que o prazo-limite para o ajuizamento da AIJE não é regido por regra de prescrição, mas sim pela aferição da presença de interesse de agir, o que se detecta até a data da diplomação dos eleitos.[19]

Em relação ao exaurimento do prazo de oito anos da inelegibilidade, não se há falar em decadência, mas sim no desaparecimento do interesse de agir sob o aspecto da sua utilidade.

Tomando-se como ponto de partida o resultado da aferição do binômio necessidade-utilidade, constata-se que, enquanto não escoado o prazo de oito anos da declaração de inelegibilidade, contados da data do certame eleitoral no qual se constatou a conduta abusiva, persiste o direito coletivo de todos os cidadãos de não serem governados por quem não se adequa ao regime jurídico do processo eleitoral.

Por fim, cumpre focar, sob a lente processual, a anterior compreensão do Tribunal Superior Eleitoral quanto ao requisito da cumulatividade das consequências jurídicas de cassação de registro, diploma ou mandato e de inelegibilidade cominada.

O ponto nodal da questão é o entendimento quanto à espécie de cumulação de pedidos que se opera na espécie processual debatida.

A compreensão de que o término do mandato eletivo impede a cominação de cassação do mandato e, portanto, não haveria interesse jurídico em perseguir a declaração de inelegibilidade opera, ao fim e ao cabo, com a lógica de que existe uma relação de prejudicialidade entre ambos os pedidos, ou seja, sem que um deles seja possível, o outro igualmente não o será.

Nesse norte, a compreensão se amolda ao conceito de cumulação própria de pedidos na qual, como expõe Didier Jr (2017, p. 640), "há cumulação própria de pedidos quando se formulam vários pedidos, pretendendo-se o acolhimento simultâneo de todos eles", e mais especificamente, à cumulação própria de pedidos sucessivos, cujo signo distintivo é um "vínculo de precedência lógica entre os pedidos, de forma que o acolhimento de um pedido pressupõe o acolhimento do anterior" (Didier Jr., 2017, p. 640-641).

[19] Por todos: Recurso Especial Eleitoral n. 148, Acórdão, Relator(a) Min. Sérgio Banhos, Publicação: *DJe - Diário da Justiça eletrotônico*, Tomo 36, Data 20/02/2020, Página 95-97.

A compreensão que se adotou para romper com a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral é de que a cumulação própria de pedidos formulada na AIJE é, em verdade, da variante simples, nas quais "as pretensões não têm entre si relação de precedência lógica (pedido prejudicial ou preliminar), podendo ser analisadas uma independentemente da outra" (Didier Jr., 2017, p. 640).

O caráter simples da cumulação própria de pedidos é inferido também a partir da diferenciação de consequências jurídicas em razão das condições pessoais do candidato – se agente, beneficiário, ou se agente que se beneficia dos próprios atos –, prevista no próprio texto do art. 22, inciso XIV, da Lei Complementar n° 64/1990.

A particularidade permite distintas possibilidades de resultados no julgamento de procedência de uma ação de investigação judicial eleitoral: (i) a imposição de inelegibilidade ao agente da conduta que não ostenta a condição de candidato; (ii) a imposição de cassação de registro, diploma ou mandato ao candidato beneficiado pela conduta, mas que não a praticou; e (iii) a imposição da inelegibilidade e da cassação de registro, diploma ou mandato ao agente que pratica o ato abusivo e dele se beneficia.

A evolução na concepção da espécie da cumulação simples de pedidos permite que a leitura do art. 22, inciso XIV, da Lei Complementar n° 64/1990 informe ao intérprete a extensão máxima de pedidos que podem ser formulados na petição inicial, mas não vincula, como anteriormente se defendia, que os pedidos somente poderiam ser adjudicados de forma concomitante.

Em outras palavras, o legislador fixou os limites das consequências jurídicas pleiteáveis na Ação de Investigação Judicial Eleitoral sem, contudo, estabelecer que a cassação do registro, diploma ou mandato do agente da conduta abusiva é uma condição *sine qua non* para a cominação da inelegibilidade.

Ressalte-se, por fim, que a compreensão ora defendida tem aplicação mais extensa do que apenas na hipótese que levou ao julgamento analisado.

Abre-se o caminho para a declaração de inelegibilidade de todos os candidatos que praticaram atos de abuso de poder nas eleições, mas que não lograram êxito nas urnas.

Nesse passo, revela-se a autonomia das relações jurídicas existentes entre os candidatos na disputa eleitoral, especialmente sob o prisma da isonomia e da paridade de condições de concorrência, e a impossibilidade de que os atos

de abuso de poder cometidos para prejudicar esse equilíbrio possam ser extintos em razão do resultado da relação jurídica existente entre o candidato e os eleitores no dia das eleições.

No ponto, ressalta-se que a doutrina de direito eleitoral defende, sem esmorecer, a possibilidade de cominação de inelegibilidade ao candidato não eleito, como aponta Gomes (2018, p. 806) e "se o candidato-réu não for eleito? Ainda assim deve a AIJE prosseguir, haja vista a possibilidade de aplicar-se-lhe a sanção de inelegibilidade". No mesmo sentido, Zilio (2018, p. 659), ao afirmar que "não ocorre a perda do objeto da AIJE em caso de o representado não ter sido eleito, na medida em que é possível, ainda, a sanção de constituição de inelegibilidade".

## Conclusão

A evolução da compreensão jurisprudencial sobre a dissociabilidade das consequências jurídicas previstas no art. 22, inciso XIV, da Lei Complementar n° 64/90, tal como exposta, representa o atual entendimento do Tribunal Superior Eleitoral sobre a questão sem, contudo, lhe conferir ares de definitividade e imutabilidade.

Como visto, o anterior posicionamento jurisprudencial foi construído amiúde em casos concretos, iniciando-se na interpretação do art. 41-A, da Lei das Eleições, depois do art. 30-A, da mesma Lei, da Ação de Impugnação ao Mandato Eletivo, especialmente em razão da redação do art. 14, § 10°, da Constituição Federal, cada passo servindo de incremento e fundamento para o próximo, culminando na compreensão de que as consequências jurídicas do art. 22, inciso XIV, da Lei Complementar n° 64/90 também deveriam ser aplicadas sempre de forma unificada aos candidatos que fossem agentes das condutas abusivas.

A própria compreensão do instituto da inelegibilidade, na forma das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADCs 29 e 30, e do RE n° 929.670, foi essencial para a conformação processual da questão, vindo a produzir efeitos na compreensão processual do interesse de agir que serve de fundamento às ações declaratórias.

A chave da viragem jurisprudencial está na mudança da compreensão de que cada uma das consequências jurídicas advindas dos atos de abuso de poder em campanhas eleitorais decorre de condições pessoais distintas e da

espécie de cumulação de pedidos que contempla essa situação, superando-se o reconhecimento da cumulação própria sucessiva e adotando-se a compreensão de que se trata de cumulação própria simples.

O novel entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, exposto no julgamento do AgR no RO n° 5376-10.2014.6.13.0000, permite, s.m.j., uma melhor rede de proteção judicial à probidade e à isonomia do pleito eleitoral, tanto pelos sólidos fundamentos de direito material nele expostos quanto pela lente processual ora apresentada. Oxalá assim se mantenha.

## Referências

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

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério cientifico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 3, p. 95-132, jan./jun. 1961.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. 11. reimpr. Coimbra: Almedina, 2012.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*: teoria da inelegibilidade e direito processual eleitoral. 10. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: JusPodivm, amp. e atual., 2017.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. São Paulo: Altas, 14. ed., ver., atual. e amp., 2018.

JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelho Abelha. *Curso de direito eleitoral*. Salvador: JusPodivm. 2. ed. rev., amp. e atual., 2017.

ZILIO, Rodrigo López. *Direito eleitoral*. 6. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018.

# A participação feminina na vida político-social brasileira ante a constituição de 1988: uma breve incursão sobre o poder judiciário no feminino[1]

*The women's participation in political and social life before the 1988 brazilian constitution: a brief incursion on the judiciary in the feminine*

**Angela Issa Haonat**[2]

**Kamile Moreira Castro**[3]

[1] Artigo recebido em 15 de março de 2021 e aprovado para publicação em 27 de abril de 2021.

[2] Pós-Doutora em Los Retos Del Derecho Publico pela Universidade de Santiago de Compostela. Doutora em Direito do Estado, com ênfase em Direito Constitucional pela PUC. Professora da Graduação e da Pós-Graduação *Stricto Sensu* do Programa de Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Tocantins.

[3] Juíza Eleitoral Titular e Ouvidora Substituta do TRE/CE. Especialista em Direito e Processo Eleitoral pela ESMEC-PUC/MG. Especialista em Direito Processual Penal pela UNIFOR. Mestre em Direito pela UNINOVE e em Ciências Políticas pela Universidade de Lisboa/ISCSP. Professora. Advogada.

## Resumo

Foi conquista das mulheres, com tradução na Lei Maior de 1988, a igualdade de direitos e de responsabilidades. Apesar de a Constituição brasileira ser bem expressiva ao assinalar a ideia de que homens e mulheres têm direitos e obrigações iguais perante a lei, sabe-se que a letra da lei é passível de não corresponder às práticas vigentes. Como paradigma do entrosamento das mulheres no espaço público-político, pós-Constituição de 88, é interessante entender se este fato se traduz em um aumento de participação feminina no Poder Judiciário. Para tal, será utilizada uma metodologia de tipo qualitativa de análise e interpretação de textos.


**Palavras-chave**: Constituição. Direito das Mulheres. Gênero. Poder Judiciário.


## Abstract

It was a conquest by the women, from the translation of the Major Law of 1988, the equality of rights and responsibilities. Although the Brazilian Constitution, be very expressive, in highlighting the idea that men and women have equal rights and duties before the law, it is known that the letter of the law is liable to not correspond to current practices. As a paradigm for the integration of women in the public-political space, after the Constitution of 88, it is interesting to understand whether this fact translates into an increase in female participation in the Judiciary. To this end, a qualitative methodology of analysis and interpretation of texts will be used.


**Keywords**: Constitution. Women's Rights. Gender. Judicial power.

# Introdução

Refletir sobre a posição das mulheres na vida sociopolítica das comunidades modernas talvez seja apenas analisar a relação entre a voz da mulher[4] e a força dessa palavra na esfera pública. Como expressa Hannah Arendt, a *palavra*, quando dita em público, é a própria política. Desde a Antiguidade, o discurso da mulher só era admissível em circunstância privada, excetuando-se duas ocasiões: quando vítimas ou mártires, mostravam a razão que as levava à morte ou, em certas circunstâncias especiais, em defesa dos seus filhos ou marido. De resto, falar em público era uma espécie de desnudamento (BEARD, 2018). Evidentemente, se está a referir a épocas passadas, mas, quando se examina a posição das mulheres à extensão dos séculos da civilização ocidental, observa-se uma evolução participativa muito tênue e descontinuada, com avanços e retrocessos e, somente depois da II Guerra Mundial, nota-se uma participação feminina na vida pública, mais efetiva. Uma análise mais atenta, porém, faz realçar a enorme disparidade que ainda existe entre a participação da vida pública das mulheres e dos homens. Quando se reporta à vida *pública*, se intenta dizer *poder*, já que o poder político só se expressa na vida pública, nas suas mais diversas modalidades.

É de importância relevante e de atualidade premente a reflexão sobre esta temática. Com este texto, o objetivo é colocar uma abordagem exploratória do objeto de estudo proposto, que se apresenta como a participação das mulheres na vida político-social perante a Constituição brasileira de 1988 com especial foco para a participação feminina no Poder Judiciário. Para tal, será utilizada uma metodologia de tipo qualitativa de análise e interpretação de textos.

Entender o papel das mulheres na sociedade, antes de tudo, conforma ter uma outra noção de poder. Passar de uma noção de poder como *algo* que se possui e se quer, a todo custo, manter, para uma noção mais relacional de poder, à maneira de Arendt e Foucault. Poder será, então, uma etapa do empoderamento, em que se *assentam ao serviço* da comunidade os *talentos* de cada um, e as *expertises* dos grupos a que se pertence. Importante também será evitar alguns *artifícios* que se expressam nas interpretações de fatos. Exemplo disso é a grande percentagem de mulheres no Parlamento da República de Ruanda (60%) ou sua grande proporção no Conselho Nacional da

[4] Usam-se, neste texto, indistintamente, os vocábulos *mulher* e *mulheres*, atribuindo-se-lhes significados equivalentes, considerando-se que a unidade de ideia *mulher* abrange uma enorme diversidade no âmbito desse gênero.

Arábia Saudita, o que faria indicar um grande empoderamento das mulheres nesses países, o que, de fato, na prática, não se verifica.[5]

Não será neste artigo, obviamente, que se vai aportar o debate sobre a condição feminina no espaço mundial, sincrônica nem diacronicamente. Aqui, tão só, se pretende pontuar alguns aspectos relacionados com a comparência feminina na vida político-social brasileira, dedicando-se, com alguma outra especialidade, ao espaço do Poder Judiciário, e ao tempo marcado pelo *momento constitucional* da Carta Cidadã de 1988.

## 1. Vestígios femininos do poder no Brasil

Ao largo da história do Brasil, encontram-se diversos rastros da afirmação das mulheres na vida pública, pequenas conquistas que, quando enunciadas, não demonstram a importância de tais desideratos terem sido alcançados, nem, muito menos, as lutas e os sacrifícios que, por vezes, lhes deram origem. Por isso, mesmo os *fatos* em Ciências Sociais têm sempre que ser enquadrados no tempo e no espaço, e exigem uma reflexão diacrônica sobre outras ocorrências que lhes deram origem. Não há *geração espontânea* em ciência. Em razão, no entanto, da natureza deste escrito, bem assim da necessária economia de espaço que é preciso resguardar, mune-se do atrevimento de enunciar alguns marcos balizadores de relevantes manifestações na cena pública brasileira e que dizem respeito ao empoderamento feminino.

Em 1910, a professora baiana Leolinda Figueiredo Daltro, em conjunto com outras mulheres, fundou o Partido Republicano Feminino e bateu-se pela necessidade de se estender o voto às mulheres, constituindo-se, assim, como uma das mais emblemáticas sufragistas brasileiras (PINTO, 2003). Já mais tarde, em 1922, a paulistana Bertha Lutz fundou a Federação Brasileira pelo Progresso Feminino, que continuou a pugnar pelo voto das mulheres no Brasil. Estudou Biologia na Europa, na Sorbonne, e era uma conhecida bióloga nos meios acadêmicos brasileiros. Posteriormente, graduou-se em Direito, já no Brasil (Rio de Janeiro), e tentou candidatar-se, sem sucesso, como professora da (hoje) Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), e somente em 1965 veio a exercer o magistério dessa emérita instituição. Bertha Lutz tinha uma visão global da luta das mulheres pela sua autonomia, tendo representado as mulheres brasileiras na Assembleia Geral da Liga das Mulheres Eleitoras, realizada nos Estados Unidos, onde foi eleita vice-presidente da Sociedade Pan-Americana das Mulheres (PINTO, 2003).

[5] Diversos estudos sobre este tipo de casos existem e as razões que justificam estes quadros são discutidas por diversas disciplinas científicas e vários investigadores (CAMPS, 2012; HENDERSON e JEYDEL, 2010; STEVENS, 2007; PHILLIPS; 2003).

No Brasil, só em 1928, foi eleita a primeira mulher prefeita, e a primeira para funções semelhantes em toda a América Latina, no Município de Lajes, no Estado do Rio Grande do Norte. Luzia Alzira Teixeira Soriano aderiu aos ideais de Bertha Lutz e, apesar da intensa campanha misógina de que foi alvo, foi eleita com a obtenção de mais de 60% dos votos. Relembre-se o fato de que o Governador do Rio Grande do Norte, Juvenal Lamartine, tinha conseguido aprovar uma lei eleitoral que dava a capacidade de voto às mulheres. Essa lei foi considerada inválida pela União e os votos femininos foram anulados (SEVERI, 2016).

Em 1932, no entanto, o Código Eleitoral aprovado por Getúlio Vargas, finalmente, concede o voto às mulheres. Aliás, a Revolução de 1930 havia tido, como principal objetivo anunciado, a reforma do Código Eleitoral. Este Código, publicado pelo Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, previa três aspectos cruciais: o voto secreto, o voto feminino e o sistema proporcional. Só os analfabetos (que eram muitos)[6] ficavam impedidos de votar. Importante é realçar o fato de que foi exatamente esse Código a instituir a Justiça Eleitoral, concentrando nela todos os aspectos que estivessem relacionados com as eleições, fossem gerais ou municipais.

No fim do Estado Novo brasileiro, em 1945, uma Carta das Nações Unidas estabeleceu a igualdade de direitos entre homens e mulheres e, em 1951, a OIT (Organização Internacional do Trabalho) aprovou a necessidade de se implementar a mesma remuneração, para trabalho igual, de homens e mulheres. O estado das coisas no Brasil, quanto ao papel das mulheres na vida pública, continuava a evoluir, porém muito lentamente. Em 1962, por meio de uma lei de 27 de agosto, foi publicado o *Estatuto da Mulher Casada* (Lei Ordinária n. 4.121/1962, que alterou diversos dispositivos do Código Civil e o art. 469 do Código de Processo Civil), que, entre outras disposições, estabeleceu que deixava de ser necessário ter autorização do marido para a mulher trabalhar ou receber heranças. Importante avanço notado foi que, com este Estatuto, à mulher era permitido, em caso de separação, pedir a guarda dos filhos (PINTO, 2003).

Somente em 1979, pela primeira vez, uma mulher brasileira se tornou senadora.[7] Ainda assim, era suplente e assumiu o cargo por falecimento do

[6] Nos anos de 1930, mais de 60% dos brasileiros eram analfabetos (BRAGA e MAZZEU, 2017).

[7] Se não tomarmos em consideração a Princesa Isabel, que foi senadora por direito dinástico.

titular (João Bosco de Lima). Eunice Michiles, do PSD do Estado do Amazonas, posteriormente, se tornou deputada da Assembleia Nacional Constituinte, que redigiu a Constituição de 1988. Foi, ainda, eleita conselheira do Tribunal de Contas do Amazonas e foi vice-presidente do Colegiado até à sua aposentadoria em 1999 (SOUZA, 2017). Portanto, percebe-se que apenas em datas bem próximas das atuais foi que as mulheres começaram a participar da vida política brasileira.

Também em 1979, é publicado o Decreto-Lei n. 3.199, de 14 de abril de 1941, da era Vargas. De fato, no seu art. 54, esse Decreto proibia às mulheres a prática dos esportes "[...] incompatíveis com as condições de sua natureza, devendo, para este efeito, o Conselho Nacional de Desportos (CND) baixar as necessárias instruções às entidades desportivas do país". A ditadura civil-militar regulamentou esse decreto em 2 de agosto de 1965, pela Deliberação n. 7, explicitando: "Não é permitida [à mulher] a prática de lutas de qualquer natureza, do futebol, futebol de salão, futebol de praia, polo aquático, polo, *rugby*, halterofilismo e *baseball*". Ora, em 1979, a equipe de judô feminina inscreveu-se com nomes de homens para ter a possibilidade de participar no Campeonato Sul-Americano realizado na Argentina, gerando um intenso clamor popular e uma discussão pública que terminou por fazer com que o Decreto n° 3.199 fosse revogado (SILVA e CAMURÇA, 2010).

Em 1983, o Ministério da Saúde brasileiro criou o Programa de Atenção Integral à Saúde da Mulher (PAISM). Pela primeira vez, a abordagem da saúde feminina deixava de ser vista exclusivamente por uma óptica da saúde materno-infantil e passava a ter uma visão global e muito atenta à saúde sexual e reprodutiva. Dois anos depois, surgiu, em São Paulo, a primeira delegacia policial com atendimento especializado a mulheres e que se multiplicou por todos os estados. Também em 1985,[8] foi instituído o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), ligado ao Ministério da Justiça, tendo como objetivo promover políticas que visassem a eliminar a discriminação contra a mulher e a assegurar sua participação nas atividades políticas, econômicas e culturais do país (BRUSCHINI, 2000; SOUZA, 2017).

Em 1987 e 1988, o movimento reivindicativo das mulheres subiu de tom, querendo que a Constituição em gestação salvaguardasse as especificidades femininas: as 26 mulheres constituintes lideraram um movimento de apoio

[8] Nesse mesmo ano, as Nações Unidas criaram o UNIFEM, Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher, que substituiu o Fundo de Contribuições Voluntárias das Nações Unidas para a Década da Mulher.

às reivindicações feministas, que logrou na Constituição Cidadã garantir a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres perante a lei. Esse movimento ficou conhecido por *Lobby do batom*. Em 1986, foram eleitas 26 mulheres para a Câmara dos Deputados de 16 estados brasileiros, de um total de 166 candidatas. São Paulo, Rio de Janeiro e Amazonas elegeram o maior número delas: três representantes cada um. Bahia, Distrito Federal, Espírito Santo e Rondônia, duas deputadas cada qual. E Acre, Amapá, Ceará, Goiás, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte e Roraima, uma deputada para cada estado. A novidade representou um aumento de 1,9 % para 5,3% da representação feminina no Parlamento (PINTO, 2003).

As constituintes formavam um grupo heterogêneo com representação partidária de amplo espectro, da direita à esquerda, representando oito partidos — PMDB, PT, PSB, PSC, PFL, PCdoB, PTB e PDT — a maioria do PMDB, 11 representantes, uma proporção de 42,3% em relação à bancada. Elas eram, principalmente, jornalistas, advogadas e professoras; mas também havia profissionais da área de saúde, uma pesquisadora, uma assistente social, uma empresária e uma atriz.

A atuação da bancada atendeu às expectativas do movimento reivindicatório das mulheres brasileiras que participaram da campanha Mulher e Constituinte, promovida pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), criado dois anos antes, para estimular a participação da população feminina no processo e eleger maior número de parlamentares do sexo feminino (PINTO, 2003; SILVA e CAMURÇA, 2010; SACCHET, 2012; Souza, 2017).

A *Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes*, entregue ao presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Deputado Ulysses Guimarães, pela Presidente do CNDM, Jacqueline Pitanguy, em março de 1987, foi resultado de uma intensa campanha nacional, em articulação com ativistas, movimentos feministas e associações diversas de todo o país durante dois anos. Com esse documento, elas levavam ao Parlamento brasileiro a principal conclusão da campanha: Constituinte pra valer tem que ter direitos das mulheres.[9]

Em 1995, foi instaurado, pelo Congresso, o sistema de cotas na Legislação Eleitoral. Por esse sistema, os partidos foram obrigados a colocar nas suas listas, pelo menos, 20% de mulheres no registro em que a eleição é feita pelo método proporcional. Já com a Lei n. 12.034, de 29 de setembro de 2009, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o

[9] Fonte: Agência Senado (2018).

máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo. Em 2020, o Plenário do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) deliberou que a regra de reserva de gênero de 30% para mulheres nas candidaturas proporcionais também incida sobre a constituição dos órgãos partidários, como comissões executivas e diretórios nacionais, estaduais e municipais (CTA 0603816-39). No mesmo ano, o TSE (CTA 0600306-47) e o STF (ADPF 738) determinaram que os recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) devem ser distribuídos pelos partidos de forma proporcional entre as candidaturas de brancos e negros (Resolução n. 23.605/2020 do TSE nos termos do art. 6º, atualizada pela Resolução-TSE n. 23.624/2020). A aplicação, entretanto, segundo o TSE, deveria ocorrer somente nas eleições de 2022. Por liminar de agosto de 2020, do Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Ricardo Lewandowski, que atendeu a pedido de liminar feito pelo Partido Político Psol, a regulamentação do FECC deveria aplicar-se já nas eleições municipais de 2020.

Apenas no século XXI, mais concretamente em 2006, foi aprovada a Lei n. 11.340, de 7 de agosto, que pune com maior rigor as agressões contra mulheres. Nascia uma norma que ficou conhecida por *Lei Maria da Penha*.[10] Desde a sua publicação, em setembro de 2006, a lei é considerada pela Organização das Nações Unidas como uma das três melhores legislações do mundo no enfrentamento à violência contra as mulheres. Tipificando cinco formas de violência contra as mulheres (patrimonial, sexual, física, moral e psicológica), a Lei é considerada por muitos observadores e estudiosos como uma das mais avançadas do mundo.

## 2. A Assembleia Nacional Constituinte de 1987 e a Carta das mulheres brasileiras ao poder político

As questões sobre as mulheres sempre tiveram o problema de transitarem entre a esfera pública e a ordem privada. Sendo sempre essa uma questão de poder, só as que digam respeito à esfera pública seriam do âmbito político. No entanto, matérias passíveis de classificação como sendo do foro privado – como sexualidade, *status* da esposa etc. –tiveram regulamentações impostas pelo Estado. A violência doméstica é um caso típico desta "transição" entre

[10] A designação vulgar desta Lei relaciona-se diretamente com Maria da Penha Maia Fernandes. Esta é uma farmacêutica brasileira (cearense, de Fortaleza) que lutou para que seu agressor viesse a ser condenado. Maria da Penha tem três filhas e hoje é líder de movimentos de defesa dos direitos das mulheres, vítima emblemática da violência doméstica.

âmbito público e privado. Na verdade, a violência doméstica só começou a tornar-se visível, socialmente, após instituídas as delegacias da mulher e, mais expressamente, por intermédio da Lei Maria da Penha (SOUZA, 2017).

Aliás, os detratores desta lei apontavam como um dos seus defeitos, precisamente, a intromissão do Estado na zona de intimidade e da vida privada. Por outro lado, o lançamento dos conselhos dos direitos da mulher foi estabelecendo uma pressão junto do Estado para que as mulheres tivessem igualdade nos direitos de cidadania, e esses colégios protagonizaram importantes avanços neste aspecto, numa época em que o país se redemocratizava. Ditos colegiados concederam origem, na contextura nacional, ao Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), que se formou pela pressão das feministas do PMDB e apoio do Presidente Tancredo Neves. Relembre-se o fato de que o movimento *Diretas Já* teve um equivalente feminino, no movimento *Mulheres pelas Diretas Já* (SOUZA, 2017).

Em 1985, começou a ser expressiva uma campanha por uma nova Constituição. Este movimento foi acompanhado, com grande vivacidade, pelos diversos atos femininos que advogavam uma participação ativa das mulheres nos trabalhos constituintes. Tal movimentação foi catalisada pelo CNDM, que lançou a campanha *Mulher e Constituinte*, com escuta da opinião das mulheres por todo o país, procurando, por um lado, dar legitimidade às suas demandas e, de outra parte, estabelecer canais de comunicação entre os movimentos que atuavam na sociedade e as pessoas reais, com o poder político decisional. Nesse período, nasceu o *slogan Constituinte pra valer tem que ter palavra de mulher*.

O já referido *Lobby do batom* articulou-se com eficácia, congregando as mulheres de partidos diferentes e, por vezes, superando divergências de opinião entre as deputadas, como, por exemplo, em relação ao aborto. Questões mais comezinhas, entretanto, e práticas, também, eram dirimidas, como, por exemplo, conquistar um banheiro para mulheres dentro do Plenário, já que as estruturas físicas do edifício não tinham sido pensadas para partilha do espaço entre os gêneros. Recorde-se de que, até à Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, as mulheres só tinham colaborado na feitura de um texto constitucional em 1934, com a participação de Carlota Pereira (COSTA e SARDENBERG, 2008).

Os objetivos das mulheres constituintes estavam em pontos-chave, como a licença-maternidade de 120 dias, o direito feminino à posse de terras, a igualdade de salários para trabalho igual e mecanismos legislativos que combatessem efetivamente a violência doméstica. Em cerca de 80%, as reivindicações

foram atendidas.[11] Assim, foram conquistas das mulheres na Constituinte de 1987, com tradução na Lei Maior de 1988, a igualdade de direitos e de responsabilidades na família, a proibição da discriminação no trabalho debaixo do princípio geral de não discriminação por sexo, raça ou etnia, direitos específicos no campo da saúde reprodutiva e uma ampliação geral dos direitos civis, sociais e econômicos para as mulheres. Alguns desideratos, todavia, não foram alcançados, como, *exempli gratia*, demandas na área dos direitos sexuais e reprodutivos, particularmente, quanto ao aborto, por terem intensiva oposição dos outros constituintes.[12]

Registre-se o fato de que as 26 mulheres constituintes não trabalharam apenas no que diz respeito aos interesses femininos, pois intervieram em todos os assuntos que foram debatidos, com especial relevância aos que diziam respeito à ordem social e política do país. Segundo a Agência Senado, as mulheres constituintes ofereceram 3.321 emendas, o que, curiosamente, corresponde a 5% do total de emendas (mais ou menos 62.000) e que é a percentagem de mulheres nesta Constituinte.

A campanha *Mulheres e Constituinte* lançada pelo CNDM, e que teve a publicação de resultados e análises em 26 de agosto de 1986, está na gênese da *Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes*. Esta *Carta* é um documento fundamental para se entender a história das mulheres brasileiras na sua demanda por voz social e política. Importa realçar, entretanto, que este documento não se limita a pugnar pelas lutas femininas, mas insere-as num campo mais vasto de democratização e respeito pela igualdade e diversidade, a que todas as sociedades aspiram. Aludindo a este enquadramento, o documento exprime no preâmbulo:

> Para nós, mulheres, o exercício pleno da cidadania significa, sim, o direito à representação, à voz e à vez na vida pública, mas implica, ao mesmo tempo, a dignidade na vida cotidiana, que a lei pode inspirar e deve assegurar; o direito à educação, à saúde, à vivência familiar sem traumas. O voto das mulheres traz consigo essa dupla exigência: um sistema político igualitário e uma vida civil não-autoritária. Nós, mulheres, estamos conscientes que esse país só será verdadeiramente democrático e seus cidadãos e cidadãs verdadeiramente livres quando, sem prejuízo de sexo, raça, cor, classe, orientação sexual, credo político ou religioso, condição física ou idade, for garantido igual tratamento e igual oportunidade de acesso às ruas, palanques, oficinas, fábricas, escritórios, assembleias e palácios. [13]

[11] Fonte: Agência Senado (2018).

[12] Ibidem.

[13] Fonte: Agência Senado (2018).

Não há dúvidas de que a *Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes* e a assertividade e articulação das deputadas na Constituinte foram fundamentais para que a Constituição de 1988 fosse um texto realmente democrático, dentro de um tipo de democracia social ocidental e que marca um profundo avanço na sociedade brasileira. Esses contributos fizeram do Texto Maior uma Constituição mais representativa e, arrisca-se a dizer, com um certo cunho feminino.

A Constituição de 1988 foi a que mais contributos recebeu da sociedade brasileira e, por isso, exprime-se que a sua fonte de legitimidade é plena. É também neste sentido que se avalia a contribuição das mulheres para essa Constituição. De fato, se as mulheres são agentes da transformação sociopolítica que a Constituição opera, elas também são pessoas cooperantes dessa mesma transformação.

Do ponto de vista jurídico, a Constituição de 1988 é, com certeza, um marco na proteção dos direitos humanos[14] e abriu caminho para que o Brasil adotasse a maior parte dos documentos internacionais neste nível. Nas palavras de Leila Linhares Barsted (1999),

> [...] nosso país não só assinou todos os documentos relativos ao reconhecimento e às proteções aos direitos humanos das mulheres, como apresenta um quadro legislativo bastante avançado no que se refere à igualdade de direitos entre homens e mulheres. (BARSTED, 1999, p. 34).

Exprime-se que a Constituição de 1988 foi a plataforma com base na qual se constituíram uma atitude política e um corpo legal, que situou em atenção um necessário equilíbrio democrático, baseado nas preocupações sociais e na igualdade de direitos. E se o texto tem em consideração etnias, grupos sociais, desequilíbrios econômicos e regionais, entre outros, tem também as questões de gênero[15] sobre foco.

## 3. As mulheres no Poder Judiciário Brasileiro

Fez-se, embora brevemente, um acompanhamento da presença das mulheres brasileiras no mundo político-social, e tentando entender o que a Constituição de 1988 trouxe de novo neste âmbito. Interessa agora fazer uma brevíssima incursão sobre a presença das mulheres no Poder Judiciário brasileiro, depois da entrada em vigor dessa Lei Maior.

[14] Vulgarmente conhecida por *Constituição Cidadã* em razão do destaque que deu aos direitos sociais e à afirmação da cidadania.

[15] Não impende aqui discutir a terminologia "sexo *versus* gênero", considerando a noção de que, com esses dois termos, são designadas realidades sociais distintas.

A Constituição brasileira de 1988, no inciso I, do art. 5º, é bem expressiva, ao assinalar a ideia de que homens e mulheres têm direitos e obrigações iguais perante a lei. Sabe-se, contudo, que a letra da lei, mesmo que seja da Lei Maior, é passível de não corresponder às práticas vigentes. Se não se concorda com Lassale (1933) quando afirma que as constituições têm que corresponder exatamente à realidade para não se transformarem numa simples folha de papel, entende-se que, muitas vezes, a conformação da prática ao ordenamento jurídico não é simples e demanda tempo.

Tende-se, no entanto, a concordar mais com a posição de Konrad Hesse (1991), que vê as constituições como normas jurídicas que apontam o futuro numa lógica de passagem do *ser* para o *dever-ser*. A Constituição brasileira de 1988 tem elementos desse *porvir* que descreve um futuro a atingir. Também na busca pela igualdade entre homens e mulheres, a Constituição se institui como luz que ilumina o caminho para se conseguir tal desiderato, reconhecendo-se que a realidade ainda não é conforme a sua letra. É sob essa óptica que neste escrito se examina, ainda que brevemente, a participação das mulheres no Poder Judiciário brasileiro.

Como aprioristicamente evidente, o afastamento das mulheres da vida política e das zonas decisórias dos poderes públicos implicou também o distanciamento da esfera do Poder Judiciário.[16] Por isso será interessante entender se o progressivo entrosamento das mulheres no espaço público-político, pós-Constituição de 1988, também se traduz num aumento de sua participação no Poder Judiciário.

Rememore-se que, *verbi gratia*, no Supremo Tribunal Federal, até o ano de 2000, não havia registro de nenhuma mulher. Só no começo do século XXI, em 2001, a ministra Ellen Gracie Northfleet integrou os assentos daquela Corte. E, até 1995, não havia mulheres nos tribunais superiores, sendo que esta situação se foi modificando, gradual e lentamente, nos anos seguintes.

Consoante alvitra Flavia Piovesan (2008), no início do século XXI, no Brasil, nos tribunais superiores, eram estes os percentuais:

[16] Atualmente, o Poder Judiciário no Brasil é o agrupamento dos órgãos públicos com os quais ocorre a atribuição constitucional brasileira da função jurisdicional. Ele é formado por sete órgãos (art. 92, da CF/88): Supremo Tribunal Federal (STF), Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Superior Tribunal de Justiça (STJ), Tribunais e Juízes do Trabalho, Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, Tribunais e Juízes Eleitorais, Tribunais e Juízes Militares, e Tribunais e Juízes dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

**Quadro 1 – Presença das mulheres no Poder Judiciário**

| Mulheres | | % | Homens | % | Total |
|---|---|---|---|---|---|
| STF – Supremo Tribunal Federal | 1 | 9,09 | 10 | 90,91 | 11 |
| STJ – Superior Tribunal de Justiça | 3 | 9,09 | 30 | 90,91 | 33 |
| TST – Tribunal Superior do Trabalho | 1 | 5,88 | 16 | 94,12 | 17 |
| Total | 5 | 8,20 | 56 | 91,80 | 61 |

Fonte: Piovesan (2008).

Por outro lado, parece haver um viés na carreira judiciária que favorece os homens no decorrer daquela. A Juíza Federal, e depois desembargadora no TRF 1º Região, Neuza Alves, fala da sua experiência que:

> Eu não era lembrada para as comissões tidas como importantes. Eu não posso atribuir isso, peremptoriamente, ao fato de ser mulher ou ao fato de ser mulher negra. Mas certo é que, tendo ingressado no tribunal em 17 de dezembro de 2004, até quando me despedi, por aposentadoria, fui convidada apenas para compor uma comissão que ninguém queria, no Acervo Documental, que todo mundo chamava de "comissão de descarte", sem atribuir relevância ao trabalho. [...] Apenas quando eleita vice-presidente, e por prerrogativa expressamente estabelecida no regimento interno, eu participei da comissão do último concurso público para o cargo de juiz federal substituto, na condição de presidente. Não posso garantir, mas me arrisco a apontar isso como uma das dificuldades enfrentadas pelo fato de ser mulher. (COMISSÃO AJUFE MULHERES, 2019, p. 19).

Realça-se que, conforme algumas investigações (BONELLI, 2013; KAHWAGE e SEVERI, 2019), existem:

> Mecanismos sutis de viés e estereótipos em relação às mulheres são mencionados pelas candidatas nas etapas orais dos concursos de ingresso, com perguntas sobre a condição de gênero, que não são formuladas aos homens, tornando o processo mais hostil a elas. (BONELLI e OLIVEIRA, 2020, s/p.)

De fato, o caminho da presença feminina no Poder Judiciário tem sido complicado e moroso. Note-se que, no Brasil, até à aprovação do Código Civil de 2002, pela Lei n. 10.406, de 10 de janeiro, a ordem jurídica patriarcal demonstrava, por um lado, os parâmetros igualitários da Constituição de 1988 e, de outra parte e em contradição, os parâmetros discriminatórios do então Código Civil de 1916. Só com adoção do novo Código Civil, houve a recolocação

da ordem jurídica brasileira. Por exemplo, em relação à definição de família, no Código de 1916 comenta Leila Linhares Barsted (1999):

> A família descrita no Código era organizada de forma hierárquica, tendo o homem como chefe e a mulher em situação de inferioridade legal. O texto de 1916 privilegiou o ramo paterno em detrimento do materno; exigiu a monogamia; aceitou a anulação do casamento face à não virgindade da mulher; afastou da herança a filha mulher de comportamento "desonesto". O Código também não reconheceu os filhos nascidos fora do casamento. Por esse Código, com o casamento, a mulher perdia sua capacidade civil plena, ou seja, não poderia mais praticar, sem o consentimento do marido, inúmeros atos que praticariam sendo maior de idade e solteira. Deixava de ser civilmente capaz para se tornar "relativamente incapaz". Enfim, esse Código Civil regulava e legitimava a hierarquia de gênero e o lugar subalterno da mulher dentro do casamento civil (BARSTED,1999, p. 17).

Esta discrepância entre o texto da Constituição e a legislação infraconstitucional, como o caso do antigo Código Civil que ficou em vigor até 2002, demonstra bem os obstáculos que as mulheres tiveram que ultrapassar.

O documento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) intitulado *Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário*, editado em 2019, registra dados muito importantes e recentes sobre o assunto. É fruto da Resolução - CNJ n. 255, de 4 de setembro de 2018, que instituiu a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário e colige os dados fornecidos por 68 dos 90 tribunais aos quais foram solicitadas informações sobre a atuação feminina no Poder Judiciário, referentes ao período de primeiro de janeiro de 2009 a 31 de dezembro de 2018.

Expressa o documento, na página 6:

> A coleta de dados compreendeu o histórico dos cargos ocupados pelos Presidentes, Vice-Presidentes e Corregedores, Ouvidores e Diretores de Escolas Judiciais, além de contemplar a lista dos Desembargadores, Juízes Titulares, Juízes Substitutos, Juízes Convocados, e servidores. As informações dos juízes foram detalhadas por nível de entrância. Em relação aos servidores priorizou-se a identificação da ocupação dos cargos de chefia, além das funções de confiança e cargos em comissões (CNJ, 2019).

Na média dos dez anos, conclui-se que os homens ocupam 61,2% dos cargos de magistratura (relembre-se o fato de que os homens são 48,4% da população). Quando se analisa a participação feminina na magistratura, por cargo, nota-se que ela é ainda menor (CNJ, 2019). A percentagem de magistradas ocupando o lugar de desembargadoras, corregedoras, vice-presidentes e presidentes foi tendo um pequeno incremento à extensão dos anos, mas

situam-se ainda entre os 25 e os 30% para estes cargos. Nos tribunais superiores, considerando-se somente as magistradas em atividade, a participação das mulheres caiu de 23,6% para 19,6%, nos dez anos analisados. De notar, ainda, que houve aumento no percentual de magistradas que ingressaram de 2006 a 2012. No tempo de 2006 a 2018, foi verificada uma redução nesse percentual, que, ao final do período, era inferior a 10%.

Na Justiça Estadual, traz o Relatório:

> O percentual de atuação de magistradas vem aumentado desde 1988 (21,9%), sendo que cerca de 35,7% dos juízes que atuaram nos últimos 10 anos eram mulheres; atingindo 37,4% ao final de 2018, ao considerar somente os magistrados em atividade. Com relação aos servidores, observa-se que as mulheres têm sido a maioria tanto em representação (58,2%) como na ocupação de funções de confiança e cargos comissionados (60,2%) e de cargos de chefia (58,7%) nos últimos 10 anos (...). Também se verifica aumento no percentual de magistradas que ingressaram entre os anos de 1980 e 2006. Já no período de 2006 a 2018, foi verificada redução no percentual de mulheres que ingressaram na magistratura, que ao final era de aproximadamente 30% (CNJ, 2019).

Nos Estados, as mulheres em cargos de presidente, vice-presidente e corregedora ficaram abaixo dos 23% na média dos dez anos; e, em 2018, era menor do que 34%. Nos cargos de juízes substituto e titular, a proporção de mulheres aproximou-se de 40,4% e subiu para 42,4% ao considerar somente os ativos em 2018. Já na Justiça Federal, deu-se o movimento contrário, sendo que a percentagem de magistradas desceu de 34,6% em 2008 para 31,2%. Na Justiça do Trabalho, as magistradas passaram a ocupar mais cargos, pois, em 2018, eram em maior número do que os homens magistrados. Na Justiça Militar Federal, somente foram obtidos dados de dois tribunais (TJM-MG e TJM-SP) e aí observa-se que as mulheres magistradas, que em 1988 representavam 14,3%, em 2018, são apenas 3,7%.

Na Justiça Eleitoral, o relatório do CNJ (2019) afirma que

> [...] o percentual de magistradas ao final 2018 ficou abaixo da média dos últimos 10 anos, passando de 33,6% para 31,3%, ao considerar somente os magistrados em atividade.Com relação aos servidores, observa-se que as mulheres têm sido a maioria tanto em representação (60,3%) como na ocupação de funções de confiança e cargos comissionados (50,2%) e cargos de chefia (48,4%) nos últimos 10 anos (...) houve aumento no percentual de magistradas que ingressaram entre os anos de 2007 e 2018, partindo de aproximadamente 30% em 2007 e alcançando cerca de 48% em 2018.

> Em relação aos servidores, observa-se que, no período de 2007 a 2018, o número de mulheres que ingressaram na Justiça Eleitoral foi maior do que o número de homens. De forma geral, observa-se aumento no percentual de mulheres

> que entraram em exercício, partindo de aproximadamente 51% em 1980, com pico de 62% em 2018.

Mudando, por necessário, somente neste parágrafo, a pessoa do discurso do ensaio sob relato, é de se notar, ilustrativamente, que a coautora deste escrito é a primeira mulher a ocupar a vaga de juiz titular (classe de jurista e para o biênio 2020-2022), no Tribunal Regional Eleitoral do Ceará (TRE-CE), impondo-se informar que o TRE Cearense foi instalado em 2 de agosto de 1932, extinto em 1937 e reinstalado em 9 de junho de 1945, ao tempo do Governo de Faustino de Albuquerque Sousa.

Oportuno é, ainda, assinalar que Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), instituída em 10 de setembro de 1949, apenas em 2019, elegeu a primeira mulher Presidente (juíza Renata Gil), desde que foi criada a Associação.

Por curiosidade, refira-se, também, ao fato de que, segundo o *Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário* (2019),

> Em relação ao percentual de magistradas, servidoras e funções por tribunal, (...), observa-se que os TRT5 (58%), TRT2 (57%) e TRT6 (55%) foram os Tribunais com maior representatividade de mulheres no ingresso da magistratura. Por outro lado, os TRE-AL (8%), TRE-PI (6%) e TJM-SP (0%) foram os de menores percentuais nos últimos 10 anos. Quanto aos magistrados ativos, os Tribunais com maior representatividade de mulheres foram o TRT 5 (61%), TRT 2 (58%) e TRT 6 (55%) (CNJ, 2019).

O estudo conclui que, malgrado a presença feminina ter crescido nos tribunais, ela ainda é baixa. É na Justiça do Trabalho (50,5%) e na Justiça Estadual (37,4%) que é mais expressiva a presença de mulheres, sendo inferior nos tribunais superiores (19,6%) e militares (3,7%).

## Conclusão

Conforma-se veraz expressar o fato de que é global, no mundo, a tendência de crescimento da participação feminina nas profissões ligadas ao mundo jurídico, não sendo diferente no Brasil. Sem dúvida, a Constituição de 1988 e toda a legislação subsequente produziram mudanças importantes que facilitam o acesso das mulheres às diversas zonas do Poder. Também é notório, entretanto, o fato de que esse incremento de participação, que se tem o lance de registrar, dá-se muito mais expressivamente nos níveis mais inferiores das carreiras profissionais.

Estudo de Fabiana Severi de 2016, ao relatar essas constatações, assevera que, na magistratura, quanto mais elevado o cargo ou função, menor é o número de mulheres. Severi refere-se mesmo a uma *ilusão* que afirma a igualdade de gênero no acesso aos sucessivos patamares da carreira, apontando como razão a diferença de critérios para o ingresso no início da carreira, que é por concurso público, e para a progressão, que considera, sobretudo, antiguidade e merecimento (SEVERI, 2016).

Uma discussão com frequência suscitada é acerca da maneira como a participação das mulheres no Poder Judiciário é capaz de influenciar na própria carreira, por um lado, e na administração da Justiça, de outra parte. Não se tem aqui espaço para acompanhar esse interessante debate, mas sempre se infirma que estes influxos estão sobretudo na esfera das contribuições específicas que as mulheres estão habilitadas a conceder ao Poder Judiciário e respeitantes à legitimidade democrática, situando-as, com efeito, no nível de outros grupos que também estão sub-representados (KOHEN, 2008). Evidentemente, se levantam incontáveis aspectos a debater como, por exemplo, se as mulheres têm ou não mecanismos psicológicos de decisão diferentes dos homens, que lhes dariam uma maneira distinta de decidir; ou se o aumento do quantitativo de magistradas tem ou não influência num maior acesso à Justiça por parte das mulheres em geral, e se o acesso ao Poder Judiciário, por parte delas seria um contributo importante para a quebra de estereótipos do papel da mulher na sociedade. Tem-se, portanto, muito espaço para a reflexão e estudo sobre o assunto.

Alguns investigadores (SACCHET, 2012 e BARBALHO, 2008) se reportam à existência de um *teto de vidro* - *glass ceiling* - que seria um dos fatores impedientes para a progressão das mulheres na carreira judiciária. De fato, as barreiras profissionais a elas impostas começam por serem comuns às dos homens, mas, posteriormente, aparecem outros obstáculos paredistas específicos, impeditivos de que se levantem quando querem chegar a patamares mais elevados das suas carreiras: rendimentos desiguais, tempo mais limitado pela sua vida pessoal, estereótipos sociais etc. Os *telhados de vidro* seriam mais um destes impedimentos específicos, que se conceitua como um conjunto de "[...] barreiras invisíveis que dificultam ou impedem o acesso das mulheres a posições elevadas na hierarquia profissional, não obstante a existência de uma aparente igualdade de oportunidades de crescimento na carreira" (BARBALHO, 2008).

De tal maneira, o panorama da participação da mulher na vida pública em geral, na política em particular, e nas zonas de "administração do poder", em especial, é de uma nítida evolução, mas, muito longe ainda, da plena igualdade de acesso que os documentos oficiais internacionais pugnam e que a Constituição de 1988 proclama. Se algo é verdade em política é que o poder nunca se dá a troco de nada, nem fica, por muito tempo, desocupado. Ao largo da História do mundo, e da brasileira, também, viu-se que as mulheres tiveram que conquistar os direitos que, agora, já estão plasmados na letra da lei, mas que, por vezes, estão afastados da prática. Com certeza, continuará a ser necessária essa conquista.

## Referências

AGÊNCIA SENADO. *Carta das mulheres brasileiras aos constituintes*. 2018. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/03/06/lobby-do-batom-marco-historico-no-combate-a-discriminacoes. Acesso em: 22 fev. 2021.

BARBALHO, Rennê Martins. *A feminização das carreiras jurídicas*: construções identitárias de advogadas e juízas no âmbito do profissionalismo. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade Federal de São Carlos. São Carlos, 2008.

BARSTED, Leila Linhares. A Legislação civil sobre família no Brasil. In: As mulheres e os direitos civis. *Coletânea Traduzindo a legislação com a perspectiva de gênero*. Rio de Janeiro: Cepia, 1999.

BEARD, Mary. *Mulheres e poder*. Um manifesto. Lisboa: Bertrand, 2018.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. São Paulo: Difel, 1960.

BRAGA, Ana Carolina e MAZZEU. April. *Revista online de Política e Gestão Educacional* 21 (1):24-46. DOI: 10.22633/rpge. V.21; n1.2017.9986. 2017. Acesso em: 3 mar. 2021.

BONELLI, Maria da Gloria. *Profissionalismo, gênero e diferença nas carreiras jurídicas*. São Carlos: EDUFSCar, 2013.

BONELLI, Maria da Gloria; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Mulheres magistradas e a construção de gênero na carreira judicial. *Novos estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 39, n. 1, p. 143-163, 2020.

BRUM, Eliane; JEAN, Frederic. A lista de Aracy. *Revista Época*. Rio de Janeiro: Globo, n. 517, 14 abr. 2008, p 118-124.

BRUSCHINI, C. Gênero e trabalho feminino no Brasil: novas conquistas ou persistência da discriminação? Brasil, 1985 a 1995. In: ROCHA, M.I.B. (org.). *Trabalho e gênero*: mudanças, permanências e desafios. Campinas: ABEP/ NEPO Unicamp/ Cedeplar-UFMG / Editora 34, 2000.

CAMPS, V. La visibilidad de la mujer en el siglo XXI. *Media & Jornalismo*, n. 21, v. 11, p. 13-23, 2012.

COMISSÃO AJUFE MULHERES. *Conhecendo as juízas federais*. Brasília: Ajufe, 2019. v. 1.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário* – 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/81f29f0813e465dbe85622cfad08b4b1.pdf. Acesso em: 26 fev. 2021.

COSTA, Ana Alice Alcantara; SARDENBERG, Cecilia Maria. O feminismo no Brasil: uma (breve) retrospectiva. In: COSTA, Ana Alice Alcantara; SARDENBERG, Cecilia Maria (org.). *O feminismo no Brasil*: reflexões teóricas e perspectivas. Salvador: UFBA – Núcleo de Estudos Interdisciplinares sobre a Mulher, 2008.

FONSECA, R.M.G.S. *Mulher e cidadania na nova ordem social*. São Paulo: Núcleo de Estudos da Mulher e Relações Sociais de Gênero (NEMGE/USP), 1996.

HENDERSON, S. L. & JEYDEL, A. S. *Women and politics in a global world*. Oxford and New York: Oxford University Press, 2010.

HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE,1991. (*E-book*)

KAHWAGE, Tharuell; SEVERI, Fabiana. Para além de números: uma análise dos estudos sobre a feminização da magistratura. *RIL*, Brasília, v. 56, n. 222, p. 51-73, 2019.

KOHEN, Beatriz. Family judges in the city of Buenos Aires: a view from within. *International Journal of the Legal Profession*, v. 15, n. 1-2, p. 111-122, 2008.

LASSALE, F. *Que é uma Constituição?*. São Paulo: Publicações Brasil, 1933. (*E-book*)

PHILLIPS, A. The representation of women. In: R. Dahl, I. Shapiro & J. A. Cheibub. *The democracy sourcebook*. Cambridge, Massachusetts, London: MIT Press, 2003. p. 354-362.

PIMENTEL, Sílvia. *A mulher e a constituinte*: uma contribuição ao debate. 2. ed. São Paulo: Cortez/EDUC, 1987.

PINTO, Céli Regina Jardim. *Uma história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Max Limonad, 2008.

SACCHET, Teresa. Representação política, representação de grupos e política de cotas: perspectivas e contendas feministas. *Revista de Estudos Feministas*, v.20, n. 2, p. 399-431, 2012.

SEVERI, Fabiana Cristina. O gênero da justiça e a problemática da efetivação dos direitos humanos das mulheres. *Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 07, n. 13, p. 81-115, 2016.

SILVA, Carmen; CAMURÇA, Silvia. *Feminismo e movimento de mulheres*. Recife: SOS Corpo – Instituto Feminista para a Democracia, 2010.

SOUZA, Michelle Rabelo de. *Eunice Michiles e a política*: uma história para contar. Manaus: Universidade Federal do Amazonas, 2017.

SQUIRES, J. *Gender in political theory*. Polity Press: Cambridge,1999.

STEVENS, A. *Women, power and politics*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2007.

TUCCI CARNEIRO, Maria Luiza. *O anti-semitismo na Era Vargas* (*1930- 1945*): fantasmas de uma geração. São Paulo: Brasiliense, 1988.

# A inaplicabilidade da lei anticorrupção aos partidos políticos a partir de uma perspectiva constitucional e de direito comparado[1]

*The inapplicability of the anti-corruption law to political parties: systemic and comparative law perspective*

**Rafael Araripe Carneiro**[2]

**Mariana Albuquerque Rabelo**[3]

[1] Artigo recebido em 4 de fevereiro de 2021 e aprovado para publicação em 22 de fevereiro de 2021.

[2] Mestre em Direito Público e doutorando pela Universidade Humboldt de Berlim. Professor de graduação e pós-graduação do IDP. Presidente da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/DF. Advogado.

[3] Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Especialista (pós-graduação *lato sensu*) em Direito Eleitoral pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Secretária Geral da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/DF. Advogada.

## Resumo

Este artigo propõe-se a analisar a aplicabilidade da Lei n. 12.846/2013, a chamada Lei Anticorrupção, aos partidos políticos. Sob uma perspectiva sistêmica, considera-se se os partidos políticos constariam do rol do art. 1°, §1° da Lei n. 12.846/2013 e em que medida sua responsabilização seria processada, se administrativa ou judicialmente e por quais atos lesivos. Em seguida, avaliamos se as penalidades previstas se coadunam com o regime constitucional dos partidos políticos, pelo qual se busca sua perpetuação e estabilidade, enquanto garantidores institucionais do sistema democrático. Por fim, numa perspectiva de direito comparado, analisamos como as principais legislações estrangeiras de referência, dos Estados Unidos e do Reino Unido, ajudam-nos a entender a mens legis da Lei Anticorrupção.


**Palavras-chave**: Lei 12.846/2013. Lei Anticorrupção. Partidos políticos. Democracia. Responsabilização administrativa. Justiça Eleitoral. FCPA. Bribery-Act.


## Abstract

This article seeks to analyze the applicability of Law n. 12.846/2013, the so-called Anti-Corruption Law, to political parties. From a systemic perspective, we consider whether political parties are included in the list of article 1, paragraph 1 of Law 12.846/2013 and to what extent their liability would be processed, whether administratively or judicially and for which illegal actions. Next, we evaluate whether the penalties provided for in the Law are consistent with the constitutional regime of political parties, which seeks their perpetuation and stability as institutional guarantors of the democratic system. Finally, from a comparative law perspective, we analyze how the foreign legislations from the United States and the United Kingdom allow us to understand the mens legis of the Brazilian Anti-Corruption Law.


**Keywords**: Law 12.846/2013. Anti-Corruption Law. Political Parties. Democracy. Administrative Liability. Electoral Justice. FCPA. Bribery Act.

# 1. Introdução

A problemática da corrupção tem ocupado espaço central nas reflexões da sociedade brasileira – no âmbito dos poderes institucionalizados, na academia e, ainda, na esfera pública informal. Eis que a cooptação de agentes públicos por interesses privados tem o condão de gerar graves deturpações na atuação do Estado, em franco prejuízo aos cidadãos, condenados a arcar com os custos dessa perniciosa prática.

A complexa situação do país em relação ao tema restou refletida no último Índice da Percepção da Corrupção (IPC),[4] no qual o Brasil obteve apenas 35 pontos – em uma escala na qual a pontuação 0 revela uma altíssima impressão sobre o nível de corrupção no país, enquanto a pontuação 100 representa firme percepção de integridade – e ficou na 106ª posição, entre 180 países considerados.[5]

Esse quadro se relaciona diretamente com a constante revelação de escândalos de corrupção envolvendo agentes políticos das mais diversas esferas de poder e com as dificuldades institucionais de combater esse modelo de falta de integridade – o que, além de incutir na população uma sensação de que essa prática atinge as relações entre particulares e poder público de forma generalizada, também gera uma concepção de que as entidades de representação democrática estão associadas ao cometimento de tais ilicitudes.

O cenário é preocupante, pois a enorme desconfiança que recai sobre agentes políticos e agremiações partidárias reforça a sensível crise de representatividade que atinge a democracia brasileira, exigindo, com urgência, a estruturação de medidas efetivas para reversão desse quadro.

Esse é o contexto em que toma relevo a discussão acerca da aplicabilidade da Lei n. 12.846, de 1° de agosto de 2013, denominada Lei Anticorrupção, aos partidos políticos. O normativo veio à tona justamente na esteira dos esforços de combater condutas ilícitas perpetradas por particulares em desfavor da administração pública, e estabelece um regime jurídico de responsabilização objetiva de pessoas jurídicas que intentam a corrupção de agentes públicos.

[4] O Índice de Percepção da Corrupção é elaborado pela Transparência Internacional desde 1996, a partir da avaliação do grau de percepção de corrupção do setor público por especialistas e executivos. Trata-se de índice formado por uma combinação de treze pesquisas e análises elaboradas por diferentes instituições.

[5] TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Índice da percepção da corrupção 2019*. Disponível em: https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/67:indice-de-percepcao-da-corrupcao-2019?stream=1. Acesso em: 29 dez. 2020.

A matéria, embora já tenha sido abordada por doutrinadores da mais alta relevância no cenário nacional, carece de aprofundamento. O presente artigo propõe, para além de analisar a delimitação subjetiva da Lei Anticorrupção, investigar aspectos teóricos e práticos, inclusive do direito comparado, a fim de verificar a real possibilidade de conformação dos partidos políticos ao regime jurídico sancionador instaurado pela norma.

## 2. Incompatibilidade da Lei n. 12.846/2013 com o Estatuto Jurídico Constitucional das Agremiações

Um ponto comum à análise daqueles que já se debruçaram sobre as possibilidades de aplicação da Lei Anticorrupção aos partidos políticos tem sido a redação do parágrafo único de seu art. 1°, que elenca as entidades alcançadas pela norma:

> Art. 1° [...]
>
> Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.[6]

Como bem anotam Gilson Dipp e Manoel L. Volkmer de Castilho na obra *Comentários sobre a Lei Anticorrupção*, "o texto do parágrafo único em exame é extremamente abrangente e pode propiciar dificuldades no recorte do alcance das entidades sujeitas ao regime da lei".[7]

Destarte, a redação aberta do dispositivo no que tange ao seu alcance subjetivo permitiria a conclusão de que os partidos políticos, enquanto pessoa jurídica de direito privado que são, estariam automaticamente abrangidos pela Lei Anticorrupção. Tal é a compreensão externada, por exemplo, por Modesto Carvalhosa:

[6] BRASIL. *Lei n. 12.846, de 1° de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 23 dez. 2020.

[7] DIPP, Gilson; CASTILHO, Manoel L. Volkmer de. *Comentários sobre a lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2016.

> O parágrafo único do art. 1° elenca as pessoas jurídicas que serão sujeitos ativos de delito de corrupção tipificados no art. 5°.
> São elas as pessoas jurídicas de fato e de direito, organizadas empresarialmente ou não, tenham ou não fins lucrativos, podendo ser personificadas ou não (consórcios, fundos de pensão, etc.).
> Incluem-se nesse rol as pessoas jurídicas com fins sociais, políticos (partidos políticos), filantrópicos, assistenciais e associativos [...].[8]

O entendimento é também partilhado por Santos, Bertoncini e Costódio Filho, que anotam:

> As organizações religiosas, os partidos políticos e as empresas individuais de responsabilidade limitada, como espécies de pessoas jurídicas de direitos privado expressamente inseridas no rol do art. 44. IV, V e VI, do CC/2002, respectivamente, não devem ser consideradas imunes aos dispositivos da Lei 12.846/2013, na hipótese de praticarem atos de corrupção e fraude contra a Administração Pública, enquadráveis nos tipos do seu art. 5°.
> Com efeito, não parece compatível com o princípio constitucional da igualdade interpretar o parágrafo único do art. 1° da Lei 12.846/2013 excluindo de seu campo subjetivo de incidência algumas das espécies de pessoas jurídicas de direito privado listadas no art. 44 do CC/2002, sob a alegação de que não estão citadas no texto.[9]

De fato, diante da amplitude conferida pelo legislador ao conceito de pessoa jurídica no parágrafo único do art. 1°, da Lei n. 12.846/2013, pode-se afirmar apressadamente que os partidos políticos estão abrangidos pelo referido dispositivo. Entretanto, a interpretação literal da norma merece ser confrontada com o regime jurídico constitucional dos partidos para se concluir pela aplicação ou não da lei às agremiações.

Os partidos políticos são, há muito, garantidores institucionais do sistema democrático. Situados na confluência entre organização da militância social, canalização de demandas, expressão eleitoral das identidades, proposição de políticas, organização da atividade legislativa e fornecimento de quadros para os governos, eles institucionalizaram conflitos que, sob outras circunstâncias, tenderiam a acabar em violência. Sob o império dos partidos, os espasmos cíclicos de violência cederam terreno à barganha institucionalizada e à acomodação racional de interesses.[10]

[8] CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas*: Lei 12.846/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 60.

[9] SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Comentários à Lei 12.846/2013*: Lei anticorrupção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 73.

[10] REIS, Bruno P. W. Um réquiem para os partidos políticos? Sistema partidário no Brasil, daqui para o futuro. *Journal of Democracy*. Maio, 2018. Disponível em:

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu o papel central das agremiações no sistema democrático brasileiro, garantindo-lhes maior proteção contra intervenções estatais indevidas: "é livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana" (*caput* do art. 17).

O texto determina que "os partidos políticos devem prestar contas à Justiça Eleitoral" (art. 17, III), garante o "funcionamento parlamentar de acordo com a lei" (art. 17, V), assegura-lhes "autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento" (art. 17, § 1°), além de definir que, "após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral" (art. 17, §2°).

É a partir dessas garantias constitucionais atribuídas aos partidos políticos em conjunto com as especificidades da Lei Anticorrupção e de sua finalidade de combater a corrupção de natureza *empresarial* que propomos debater o tema, com destaque para três questões: (i) a responsabilização administrativa, (ii) as condutas tipificadas e (iii) as sanções cominadas pela Lei n. 12.846/2013.

## 2.1. Responsabilização administrativa

O primeiro ponto que merece atenção é a responsabilização administrativa prevista a partir do art. 6° da Lei n. 12.846/2013. Esse é um traço marcante da Lei Anticorrupção: estimular o controle administrativo dos ilícitos de forma descentralizada pelos diversos entes federativos, independentemente da intervenção judicial.

Sucede que os processos administrativos de responsabilização são naturalmente mais discricionários e menos formais que os processos judiciais. Esse cenário tende a se tornar bastante sensível ao se envolver partidos políticos, o que acrescenta ao processo sancionador interesses e parcialidades políticas, especialmente quando se considera que a autoridade administrativa máxima do órgão envolvido é competente para a instauração e o julgamento do processo administrativo, nos termos do art. 8° do normativo.

https://medium.com/funda%C3%A7%C3%A3o-fhc/um-r%C3%A9quiem-para-os-partidos-sistema-partid%C3%A1rio-no-brasil-daqui-para-o-futuro-c2167d5384d4. Acesso em: 23 dez. 2020.

Atento a essas peculiaridades, o próprio Ministério Público Federal, ao tratar da responsabilização objetiva dos partidos políticos e criminalização do *caixa 2*, no âmbito de suas *10 medidas contra corrupção*,[11] propôs que as sanções aplicáveis às agremiações sejam fruto de processo judicial, de competência da Justiça Eleitoral.

Dessa forma, a natureza política das agremiações não se encontra consentânea com o modelo de responsabilização administrativa trazido pela Lei Anticorrupção, sendo inegável que a responsabilização dessas entidades deve ocorrer na seara da Justiça Eleitoral. Isto permitiria, de um lado, maior *accountability* das agremiações e, de outro, isenção e segurança jurídica para que essas instituições possam desempenhar com plenitude seu relevante papel democrático.

## 2.2. Atos lesivos à administração pública

Outra questão que demanda análise cuidadosa quando se tem em conta a aplicabilidade da Lei Anticorrupção aos partidos políticos são as condutas tipificadas pelo art. 5° da Lei n. 12.846/2013 como atos lesivos à administração:

> Art. 5° Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1°, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:
>
> I – prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;
>
> II – comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;
>
> III – comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;
>
> IV – no tocante a licitações e contratos:
>
> a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
>
> b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

[11] MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *10 medidas contra a corrupção*: responsabilização dos partidos políticos e criminalização do caixa 2. Disponível em: http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas/docs/medida_8_versao-2015-06-25.pdf. Acesso em: 23 dez. 2020.

> c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
>
> d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
>
> e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
>
> f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou
>
> g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;
>
> V – dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Ao examinar as condutas tipificadas pelo art. 5°, nota-se que, apesar da possibilidade de as agremiações praticarem atos previstos nos incisos I, II e III, as demais situações previstas pela norma, em especial aquelas relativas a procedimentos licitatórios e contratos públicos, não fazem parte da atuação dos partidos políticos.

Em contrapartida, as atividades partidárias que potencialmente envolvem maiores riscos à legalidade e moralidade administrativa – como, por exemplo, o recebimento de verbas provenientes de ilicitudes perpetradas contra a Administração e o desvio dos repasses públicos – não são tipificadas pela norma.[12] Isso decorre do fato de que a Lei n. 12.846/2013 foi concebida com vistas ao combate da corrupção pública movida por interesses empresariais, o que reforça que a inclusão, no âmbito de alcance da lei, de atos da vida partidária se mostraria alheia à vontade do legislador.

## 2.3. Sanções administrativas

A viabilidade de aplicação das sanções administrativas previstas pela Lei n. 12.846/2013 às agremiações partidárias é matéria que também demanda análise mais detida. A norma prevê, em seu art. 6°, dois tipos de

[12] PINHEIRO, Maria Claudia Bucchianeri. Tomemos a sério o debate em torno do *compliance* partidário: uma primeira reflexão crítica dos Projetos de Lei nºs 60/2017 e 429/2017, do Senado Federal, em busca de um modelo efetivo. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Mora (Coord.). *Direito Partidário*: tratado de direito eleitoral – tomo 2. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 232.

penalidade pela instância administrativa: multa e publicação extraordinária da decisão condenatória.[13]

A multa pode variar de 0,1% a 20% do faturamento bruto do exercício anterior ao da instauração do processo administrativo e nunca deverá ser inferior à vantagem auferida. Nesse ponto nos deparamos com algumas perplexidades na possível aplicação do dispositivo aos partidos políticos.

Há quem defenda que o conceito de faturamento bruto é "absolutamente alheio à realidade dos partidos políticos",[14] o que inviabilizaria por completo a aplicação do referido dispositivo, da forma como positivado, às agremiações. De outro lado, há posicionamentos no sentido de que os partidos políticos possuem vida financeira como qualquer empresa e que seus rendimentos podem ser aferidos a partir da prestação de contas feita anualmente à Justiça Eleitoral:

> Nesta linha, as organizações partidárias conseguem ter uma vida financeira como outra empresa qualquer, obtendo, inclusive, rendimentos de certas operações que realizam, como tipos de investimentos bancários automáticos [...]. Portanto, para estimar uma espécie de 'faturamento' dos partidos, bastaria confrontar as prestações de contas apresentadas na Justiça Eleitoral de um ano para outro. A variação, se positiva, indicaria lucro e, se negativa, prejuízo.[15]

Ocorre que, mesmo que se considere um superávit nas contas do partido político como o seu faturamento bruto, ultrapassando uma primeira barreira interpretativa, a determinação legal de que o valor da multa nunca será inferior ao valor da vantagem auferida – quando possível a sua estimação – traz à tona outra questão sensível.

É certo que a aplicação desse dispositivo pode levar à inviabilidade de manutenção das atividades da pessoa jurídica punida, situação que, se já causa preocupação no âmbito empresarial, ganha especial relevo no âmbito partidário, tendo em vista seu relevante papel democrático e proteção constitucional.

[13] "Art. 6° Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:
I – multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e
II – publicação extraordinária da decisão condenatória."

[14] PINHEIRO. Op. cit., p. 226.

[15] SANTANO, Ana Claudia; NETTO, Fernando Gama de Miranda. A lei anticorrupção aplicada aos partidos políticos: uma primeira aproximação teórica. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). *Direito Administrativo e suas transformações atuais*. Curitiba: Íthala, 2016. p. 612

De fato, a despeito da inequívoca necessidade de fortalecimento de uma cultura ética nas esferas partidárias, a inviabilização de agremiações em razão de insuficiência econômica, derivada da aplicação de sanção administrativa sem participação do Poder Judiciário, constitui cenário que não se coaduna com o regime democrático previsto constitucionalmente.

E mesmo a extinção de partido político por decisão da Justiça Comum – federal ou estadual – com base no art. 19, III, da Lei Anticorrupção encontraria severos obstáculos legais, porquanto o art. 28 da Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos), que regulamenta os arts. 17 e 14, § 3°, inciso V, da Constituição Federal,[16] estabelece que o cancelamento compulsório de agremiação é de competência da Justiça Eleitoral.

Com efeito, a Lei dos Partidos Políticos, de caráter especial, dispõe que o cancelamento do registro civil de partidos políticos está previsto apenas para as situações em que for comprovado que o partido (*i*) recebeu recursos financeiros de procedência estrangeira; (*ii*) está subordinado a entidade ou governo estrangeiros; (*iii*) deixou de prestar as devidas contas à Justiça Eleitoral; ou (*iv*) mantém organização paramilitar.

Interessante pontuar que semelhante discussão sobre a possibilidade de dissolução da pessoa jurídica como consequência das sanções da Lei Anticorrupção foi debatida no âmbito das empresas estatais. Entretanto, o tema acabou sendo superado pela superveniente Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016, que, em seu art. 94, dispôs que, apesar de as estatais se submeterem à Lei Anticorrupção, a elas não se aplicam as sanções de suspensão ou interdição parcial das atividades, dissolução compulsória e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público,

[16] "Art. 28 O Tribunal Superior Eleitoral, após trânsito em julgado de decisão, determina o cancelamento do registro civil e do estatuto do partido contra o qual fique provado: [...]" (BRASIL. *Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995*. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3°, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9096.htm. Acesso em: 23 dez. 2020).
No mesmo sentido, Lei n. 4.737/65:
"Art. 29. Compete aos Tribunais Regionais:
I – processar e julgar originariamente:
a) o registro e o cancelamento do registro dos diretórios estaduais e municipais de partidos políticos, bem como de candidatos a Governador, Vice-Governadores, e membro do Congresso Nacional e das Assembléias Legislativas;" (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/codigo-eleitoral-1/codigo-eleitoral-lei-nb0-4.737-de-15-de-julho-de-1965. Acesso em: 23 dez. 2020).

previstas no art. 19 da Lei n. 12.846/13.[17] Solução similar, contudo, não foi aplicada pelo legislador aos partidos políticos. As agremiações, portanto, só podem ser compulsoriamente dissolvidas quando infringirem o art. 28 da Lei dos Partidos Políticos, em ação processada e julgada pela Justiça Eleitoral.

## 3. Direito Comparado: Lei n. 12.846/2013 x FCPA e Bribery-Act

Importante salientar, por fim, que a não aplicação da legislação anticorrupção aos partidos políticos não é exclusividade brasileira. O Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), dos Estados Unidos, e o Bribery-Act, do Reino Unido, inspirações da Lei n. 12.846/2013, tampouco incluem as agremiações partidárias como sujeitos passivos de suas sanções.

O FCPA foi promulgado em razão da necessidade de conduzir a atuação das empresas estadunidenses no exterior, principalmente no sentido de desestimular o envolvimento em casos de corrupção. A lei visa, mais especificamente, combater duas práticas empresariais ilícitas: o suborno e a adulteração contábil.[18]

Sob a jurisdição do FCPA, sujeitam-se em síntese, três grupos: (*i*) os emissores, entendidos como sociedades que negociam valores mobiliários na bolsa e se submetem à Comissão de Valores Mobiliários (SEC); (*ii*) aqueles que se enquadram no critério doméstico, ou seja, cidadãos, nacionais ou residentes nos Estados Unidos, empresas constituídas sob a lei ou com sede em território americano e seus respectivos administradores, diretores, empregados ou outros que atuem em nome da sociedade em questão; e, por fim, (*iii*) os que cumprem os requisitos da jurisdição territorial, ou seja, os que, apesar de não serem emissores ou não se enquadrarem no critério doméstico, pratiquem qualquer ato previsto na FCPA enquanto estiverem em solo americano.[19]

[17] BRASIL. *Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016*. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm. Acesso em: 23 dez. 2020.

[18] COELHO, Nuno M. M. S.; HERINGER, Helimara Moreira Lamounier. Foreign Corrupt Practices Act: uma breve análise da lei que deu origem ao combate internacional da corrupção. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 1, n. 46, p.164-187, 2017. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2004. Acesso em: 23 dez. 2020. p. 170.

[19] UNITED STATES OF AMERICA. *Foreign Corrupt Practices Act* (1977). Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act. Acesso em: 23 dez. 2020.

Já sob a jurisdição do Bribery-Act, de forma semelhante, estão todos os cidadãos britânicos, os residentes do Reino Unido e qualquer empresa incorporada ao Reino Unido. Seu alcance abrange a sociedade empresária e também seus sócios e parceiros de negócios em território britânico. Além disso, o Bribery-Act tem amplo escopo territorial, o que significa dizer: se uma empresa que opera no Reino Unido violar a lei em outra parte do mundo em operação não ligada ao Reino Unido, ela estará sujeita ao Bribery-Act.[20]

Os partidos políticos, por sua vez, somente aparecerão no Foreign Corrupt Practices Act como receptores do suborno. O Guia do FCPA, elaborado pelo Securities and Exchange Commission e do Department of Justice, elucida que a lei deve ser aplicada nos casos de pagamentos feitos a (*i*) qualquer funcionário estrangeiro; (*ii*) qualquer partido político ou funcionário estrangeiro da agremiação; (*iii*) qualquer candidato a cargos políticos estrangeiros; (*iv*) qualquer pessoa que saiba que o pagamento se destinará, no todo ou em parte, a algum indivíduo pertencente a uma das três categorias anteriores.[21]

Ambos normativos internacionais, portanto, não abrangem os partidos políticos nacionais como sujeitos passivos das sanções. A única menção às agremiações partidárias, inclusive, se dá no FCPA, em relação aos partidos políticos estrangeiros receptores de subornos. Assim, a interpretação ora defendida quanto à inaplicabilidade da Lei n. 12.846/2013 aos partidos políticos está em consonância com as mais importantes leis anticorrupção do mundo.

## 4. Conclusão

Aos partidos políticos foi conferido papel de extrema relevância no sistema democrático pátrio: eles não só encerram a única forma de exercício da capacidade eleitoral passiva do cidadão segundo a Constituição Federal – uma vez que a filiação partidária é requisito essencial para que se possam disputar as eleições –, como também se mostram essenciais para viabilizar o modelo de eleição proporcional adotado no país, assim como os processos de representação legislativa e intermediação entre os cidadãos e as estruturas estatais.

[20] UNITED KINGDOM. *Bribery Act* (2010). Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf. Acesso em: 23 dez. 2020.

[21] UNITED STATES OF AMERICA. Department of Justice and Securities and Exchange Commission. *A Resource Guide to the FCPA U.S. Foreign Corrupt Practices Act*. Nov. 2012. Disponível em: https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf. Acesso em: 23 dez. 2020.

Assim, é inconteste a necessidade de conferir uma esfera de autonomia e independência para que as agremiações partidárias possam exercer suas ideologias livres de intervenção indevida do Estado. Esse foi justamente o propósito do constituinte ao assegurar, no art. 17 da Carta da República, a liberdade dos partidos políticos.

É inegável, por outro lado, que a autonomia conferida aos partidos políticos encontra limites em outros princípios de cunho constitucional, tal como a legalidade, a moralidade e o regime democrático. A Lei Anticorrupção, entretanto, não é adequada para solucionar esta questão.

Conforme salientado ao longo do presente artigo, a Lei n. 12.846/13 denota sua incompatibilidade com o estatuto jurídico das agremiações políticas, especialmente no que diz respeito ao processo administrativo de responsabilização, às condutas tipificadas e às sanções previstas. Assim, há de se concluir pela inaplicabilidade da Lei Anticorrupção aos partidos políticos.

## Referências

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/codigo-eleitoral-1/codigo-eleitoral-lei-nb0-4.737-de-15-de-julho-de-1965. Acesso em: 23 dez. 2020.

BRASIL. *Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995*. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3°, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9096.htm. Acesso em: 23 dez. 2020.

_____. *Lei n. 12.846, de 1° de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 23 dez. 2020.

_____. *Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016*. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm. Acesso em: 23 dez. 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *10 medidas contra a corrupção*: responsabilização dos partidos políticos e criminalização do caixa 2. Disponível em: http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas/docs/medida_8_versao-2015-06-25.pdf. Acesso em: 23 dez. 2020.

CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas*: Lei 12.846/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

COELHO, Nuno M. M. S.; HERINGER, Helimara Moreira Lamounier. Foreign Corrupt Practices Act: uma breve análise da lei que deu origem ao combate internacional da corrupção. *Revista Jurídica*, e-ISSN: 2316-753X, Curitiba, v. 1, n. 46, p.164-187, 2017. Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2004. Acesso em: 23 dez. 2020.

DIPP, Gilson; CASTILHO, Manoel L. Volkmer de. *Comentários sobre a lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2016.

FORTINI, Cristiana. Uma rápida comparação entre a Lei 12.846/13 e norte-americano foreign corrupt practices act (FCPA). *Direito do Estado*, ano 2015, n. 22. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/cristiana-fortini/uma-rapida-comparacao-entre-a-lei-1284613-e-norte-americano-foreign-corrupt-practices-act-fcpa. Acesso em: 23 dez. 2020.

PINHEIRO, Maria Claudia Bucchianeri. Tomemos a sério o debate em torno do *compliance* partidário: uma primeira reflexão crítica dos projetos de lei nºs 60/2017 e 429/2017, do Senado Federal, em busca de um modelo efetivo. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Mora (Coord.). *Direito Partidário*: tratado de direito eleitoral – tomo 2. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 225-254.

REIS, Bruno P. W. Um réquiem para os partidos políticos? Sistema partidário no Brasil, daqui para o futuro. *Journal of Democracy*, Maio, 2018. Disponível em: https://medium.com/funda%C3%A7%C3%A3o-fhc/um-r%C3%A9quiem-para-os-partidos-sistema-partid%C3%A1rio-no-brasil-daqui-para-o-futuro-c2167d5384d4. Acesso em: 23 dez. 2020.

RITT, Caroline Fockink; OLIVEIRA, Chaiene Meira de. Esforços internacionais no combate à corrupção: influências no ordenamento jurídico brasileiro. *XIV Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*, Santa Cruz do Sul, 2018. Disponível em: http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/17989. Acesso em: 23 dez. 2020.

SANTANO, Ana Claudia; NETTO, Fernando Gama de Miranda. A lei anticorrupção aplicada aos partidos políticos: uma primeira aproximação teórica. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). *Direito Administrativo e suas transformações atuais*. Curitiba: Íthala, 2016. p. 603-621.

SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Comentários à Lei 12.846/2013*: Lei anticorrupção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Índice da percepção da corrupção 2018*. Disponível em: https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/?gclid=EAIaIQobChMIvubKspiZ5AIVjYWRCh01EQI5EAAYASAAEgJiJvD_BwE#ipc-2018. Acesso em: 29 dez. 2020.

UNITED KINGDOM. *Bribery Act (2010)*. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf. Acesso em: 23 dez. 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. *Foreign Corrupt Practices Act (1977)*. Disponível em: https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act. Acesso em: 23 dez. 2020.

_____. Department of Justice and Securities and Exchange Commission. *A Resource Guide to the FCPA U.S. Foreign Corrupt Practices Act*. Nov. 2012. Disponível em: https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf. Acesso em: 23 dez. 2020.

# Ativismo judicial eleitoral[1]

*Electoral judicial activism*

**Leonardo Fernandes de Souza**[2]

**Juliana Helena Romero**[3]

**Bruno Smolarek Dias**[4]

[1] Artigo recebido em 18 de outubro de 2019 e aprovado para publicação em 22 de fevereiro de 2021.

[2] Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense (Unipar). Analista do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná. Especialista em Direito Civil e Processo Civil.

[3] Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UniCuritiba). Técnico Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná.

[4] Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Professor do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense (Unipar).

## Resumo

O objetivo deste artigo é compreender as características do ativismo judicial em âmbito eleitoral. Busca-se, a partir da diferenciação entre ativismo judicial eleitoral e judicialização da política, contornar o ativismo judicial, embora haja alguma identidade entre esses fenômenos. Analisa-se os argumentos contrários e favoráveis ao ativismo judicial. Conclui-se que a complementação da lei, por meio das resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, é uma forma de ativismo judicial eleitoral.


**Palavras-chave**: Ativismo Judicial. Ativismo Judicial Eleitoral. Resolução do TSE.


## Abstract

The purpose of this article is to understand the characteristics of judicial activism in the electoral sphere. From the differentiation between the electoral judiciary asset and the judicialization of politics, we seek to circumvent or activate the judiciary, although there is some identity between these cases. Consider the arguments against and in favor of judicial activism. It concluded that the complementation of the law, through the measures of the Superior Electoral Court, is a form of electoral judicial activism.


**Keywords**: Judicial Activism. Electoral Judicial Activism. Superior Electoral Court Resolution.

# 1. Introdução

O presente artigo tem como escopo a análise do Ativismo Judicial Eleitoral como fenômeno jurídico-social. Justifica-se a relevância de tal investigação com base na frequente atuação da Justiça Eleitoral no processo democrático.

Inicialmente, busca-se a diferenciação conceitual do ativismo judicial em face da judicialização, distinção esta que divide muito a doutrina – existem posicionamentos que tratam esses conceitos como complementares ou até sinônimos.

O ativismo judicial é trabalhado em seguida, trazendo-se argumentos favoráveis e contrários, para então analisar em quais pontos o Ativismo Judicial Eleitoral tem atingido a esfera eleitoral.

Por fim, esmiúça-se a questão da amplitude das resoluções do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), considerada ação de ativismo judicial eleitoral.

A metodologia utilizada foi a dialética bibliográfica.

# 2. Diferenciação entre Judicialização da política e Ativismo Judicial

A Judicialização da Política e o Ativismo Judicial são reconhecidos como vertentes do "Protagonismo Judiciário", pois "em ambos os fenômenos o protagonismo do Judiciário como ator político se faz presente, com maior transferência no espaço de atuação dos demais poderes" (NUNES JÚNIOR, 2016, p. 36).

Antes de se adentrar no exame da judicialização e do ativismo judicial nas questões eleitorais, é preciso diferenciá-los, embora parte da doutrina os considere conceitos idênticos:

> [...] em um primeiro olhar, pode-se pensar que o ativismo judicial e a judicialização são expressões sinônimas, uma vez que ambas versam sobre a atuação do Poder Judiciário que extrapola, de algum modo, sua competência (ARAGÃO, 2017, p. 67).

Entende a doutrina majoritária que "a judicialização e o ativismo são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens" (BARROSO, 2008, p. 3).

O conceito de Judicialização "[...] envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade" (NASCIMENTO; WEIERS; 2017, p. 304).

Nunes Júnior (2016, p. 36) aduz que, sendo "a judicialização da política conceito mais amplo e estrutural, cuida de macrocondições jurídicas, políticas e institucionais que propiciam a transferência de decisões do Executivo e do Legislativo para o Judiciário [...]".

Quanto ao ativismo judicial, Luís Roberto Barroso (2008, p. 3) apresenta sua definição: "[...] é uma atitude, é uma escolha de modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance".

É possível ver que os dois institutos são distintos ao se caracterizar a Judicialização da Política como o instituto em que "[...] um determinado magistrado ou tribunal invalida as ações (normas e atos normativos) de outros poderes de Estado, especialmente do Poder Legislativo" (LUTZ, ULIANA JÚNIOR, 2016, p. 17). Em contrapartida, o ativismo ocorre quando se tem um "[...] magistrado ou tribunal que procura suprir omissões (reais ou aparentes) dos demais poderes com suas decisões, como, por exemplo, no tocante à definição ou concretização de políticas públicas ou regulamentação das regras do jogo democrático" (LUTZ, ULIANA JÚNIOR, 2016, p. 17).

A diferença desses conceitos se justifica, segundo Gerson Camargo (2016, p. 143), porque "[...] a judicialização se revela como um fato, um fenômeno e o ativismo judicial, uma atitude decorrente daquele fenômeno".

Assim, em síntese:

> [...] o ativismo implica opções, escolhas por parte dos juízes quando da interpretação das regras constitucionais, ao passo que a judicialização decorre da adoção de determinado paradigma constitucional em vez de ação de vontade política individual (ARAGÃO, 2017, p. 68).

No presente trabalho, portanto, a Judicialização da Política e o Ativismo Judicial são tratados como institutos diversos.

## 3. Ativismo Judicial

O termo ativismo tem sua origem histórica[5] atrelada ao jornalista norte-americano Arthur Schlesinger Junior, que, em um artigo publicado na revista Fortune, em janeiro de 1947, "[...] analisou o perfil e os votos dos nove membros da Suprema Corte, classificando-os como ativistas, auto-restritivos ou intermediários, quando se tratava de matérias envolvendo a interpretação da lei frente à Constituição" (BARBOSA, 2016, p. 120).

Nesse início "[...] o termo tinha conotação positiva, isto é, um juiz ativista era aquele juiz voltado para a promoção dos direitos civil e não um juiz abusador de sua função e autoridade" (ROMÃO, 2017, p. 110), sendo atualmente o ativismo judicial visto mais como "[...] um inapropriado exercício do poder judicial em que os juízes impõem suas preferências políticas à sociedade [...]" (ROMÃO, 2017, p. 111).

Não se pode apresentar uma conceituação pronta e acabada sobre o ativismo, mas é possível delimitar que o conceito gira em torno de:

> [...] uma atuação proativa do Judiciário, geralmente associada a uma eventual interferência na esfera de atuação dos demais Poderes ou por um eventual distanciamento da vontade do legislador por ocasião da interpretação (LEAL, ALVES, 2015, p. 89).

Nesse mesmo sentido:

> [...] refere-se à possibilidade de expansão jurisdicional em casos de inércia dos poderes competentes para execução das políticas públicas garantidoras dos direitos fundamentais, empunhando a força coercitiva nos casos em que se faz necessário [...] (MACEDO, 2014, p. 64).

Assim, o ativismo judicial "[...] representa uma atividade do magistrado ou da Corte, uma escolha baseada em critérios menos rígidos de interpretação, para alguns, ou em pura discricionariedade [...]" (CAMARGO, 2016, p. 143).

Deve-se ressaltar a já citada diversidade na interpretação do termo Ativismo Judicial, o qual, nas palavras de Sídia Porto Lima (2011, p. 25), "não

[5] "Há, entretanto, entendimentos contrários a esses, que afirmam ter o termo 'ativismo judicial' sido usado desde o final do século XIX (Franz Klein, em 1901, proferiu palestra na qual justificou o protagonismo dos juízes no deslinde de algumas questões)". *In*: ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. *Judicialização da política no Brasil*: influências sobre atos interna corporis do Congresso Nacional. Série temas de interesse do legislativo n. 24, Brasília, Câmara dos Deputados, 2017, p. 59.

vem sendo interpretado da mesma forma pelos estudiosos, que se dividem entre os que entendem esse comportamento mais ativo como benéfico e os que o entendem como prejudicial à democracia".

De acordo com a doutrina, o ativismo judicial define que os juízes que compartilham esse posicionamento "[...] não se contentariam com uma interpretação literal, gramatical, textual, original da Constituição, sobretudo pela estrutura principiológica por excelência das normas constitucionais" (BARBOSA, 2016, p. 121) e que "[...] o intérprete de normas jurídicas também cria o direito e não apenas o revela, rechaçando o papel de autômato que lhe foi traçado pelas escolas tradicionais de interpretação jurídica" (BARBOSA, 2016, p. 121).

Assim, "no contexto brasileiro, com o avanço constitucional pós-1988, pode-se dizer que o juiz deixou de se limitar a meramente aplicar a lei já existente, passando até a agir em substituição do legislador" (LEAL, ALVES, 2015, p. 111).

## 3.1. Posicionamento favorável

O instituto do ativismo judicial é tido como positivo por parte da doutrina:

> O desenvolvimento da atividade jurisdicional propicia um permanente processo de cidadanização, na qual não apenas a cidadania formal se realiza, mas, sobretudo, a cidadania substancial se materializa em prol do indivíduo e da sociedade (PAULA, 2011, p. 193).

Esta parte da doutrina alega que o instituto do Ativismo Judicial é uma resposta à "[...] crise político-institucional, notadamente a ineficiência dos Poderes Executivo e Legislativo na adoção de providências administrativas e legislativas para o cumprimento das promessas constitucionais" (ROMÃO, 2017, p. 118), e que, diretamente, "[...] decorre de carência de moralidade dos nossos representantes, os quais não raramente dão as costas para a reivindicação social de produzir uma reforma política democratizante" (BARBOSA, 2016, p. 145).

Esse entendimento favorável do ativismo judicial é defendido, conforme aduz César Caldeira (2010, p. 71), pelo argumento que de que "na postura judicial 'ativista' a interpretação da Constituição busca a sua efetividade máxima e aplica suas cláusulas abertas, conceitos jurídicos indeterminados e, principalmente, princípios constitucionais expressos e implícitos".

### 3.2. Posicionamento desfavorável

Entretanto, o termo ativismo judicial recebe, de outra parte da doutrina, uma conotação negativa, sendo

> [...] utilizado em tom crítico e, em geral, refere-se à disposição de juízes e tribunais para instrumentalizar a jurisdição a fim de realizar, por exemplo, alguma concepção pessoal de bem comum ou julgar de acordo com os resultados desejados (ANDRADE NETO, 2016, p. 281).

O ativismo judicial ocorre "[...] até mesmo com invasão da esfera de competência de outros poderes, até mesmo com o estabelecimento de novas condutas não previstas na legislação em vigor, o que resulta em contornar o processo político majoritário" (NUNES JÚNIOR, 2016, p. 22).

As críticas ao ativismo passam pela falta de legitimidade democrática dos juízes, pois

> "[...] por mais que se possa considerar adequado o sistema de ingresso dos magistrados, mediante a realização de concursos públicos, os juízes não são escolhidos diretamente pelo povo, não estando sujeitos às eleições" (CAMBI, 2016, p. 340).

O ativismo judicial chega ao ponto de autorizar que o Poder Judiciário legisle, e gera

> [...] séria limitação às prerrogativas do Poder Legislativo, na forma de um jogo de soma zero no qual o Poder Político, representativo e democrático por excelência, perde espaço na exata medida em que o Poder Judiciário, sem nenhuma representatividade política, ganha força (RODRIGUES, ALBUQUERQUE, 2015, p. 39).

Além disso, conforme Gerson Camargo (2016, p. 152), "[...] o ativismo judicial poderia se revelar como fator prejudicial à harmonia entre os poderes ao interferir na gestão pública e nas escolhas do poder constituinte sem possuir a legitimidade para tal".

Apesar da triste realidade da corrupção na política brasileira, a teoria da "endominização da política" e a elevação da posição de nossos juízes a uma posição "acima do bem e do mal" como única solução para os problemas sociais é simplista – chegando a ser falaciosa –, fazendo-se necessária a imposição de "[...] limites à aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciários" (CAPPELLETTI, 1993, p. 21).

Um ativismo judicial sem medidas permite que o texto constitucional se torne "[...] aquilo que o Judiciário quer que ele seja, e isso nem sempre quer dizer que os preceitos constitucionais serão algo melhor após purificadores pela interpretação jurisdicional" (GALLI, 2016, p. 74).

Desse modo, existe um risco de o Poder Judiciário, "[...] sob o pretexto de interpretar e aplicar a Constituição, conforme sua competência constitucional, substituir-se ao poder constituinte dotando suas decisões de uma eficácia até mesmo superior à das normas constitucionais" (GODOY, 2017, p. 95).

Assim, ao defender

> [...] que o juiz pode ignorar a Constituição ou as leis, os precedentes judiciais que buscaram interpretá-las e os ensinamentos doutrinários que os aclararam, para permitir que o magistrado impusesse o seu próprio ponto de vista, abriria um enorme espaço para a tirania (CAMBI, 2016, p. 319).

O Poder Judiciário, colocando seu "entendimento" acima da própria Constituição, ataca diretamente a ideia de segurança jurídica, que já consta como garantia constitucional para evitar tal ato por parte de qualquer um dos Poderes (PAIM, 2016, p. 40). "A segurança jurídica traduz esse conhecimento prévio dos direitos e dos deveres, permitindo o convívio social sem comoções abruptas ou surpresas inesperadas" (CAMBI, 2002, p. 112).

O principal efeito do ativismo judicial é que "[...] o Poder Judiciário, no exercício de suas competências constitucionais, sobrepõe-se ao Poder Legislativo na tomada de decisões voltadas para a regulamentação dos processos eleitorais [...]" (ZAULI, 2011, p. 257), gerando assim "uma disputa (e não um diálogo) entre os Poderes sobre quem então deve ter a última palavra" (GODOY, 2017, p.94).

## 4. Ativismo Judicial Eleitoral

É correto dizer que "não seria razoável acusar o TSE de ativismo judicial quando cassa o diploma de um parlamentar nos estritos limites da competência constitucional e legal que detém para tanto" (ANDRADE NETO, 2016, p. 281).

A atividade do Poder Judiciário é justificada e legítima sempre que se fala de utilização de meio fraudulentos e abuso de poder para influenciar a eleição e o voto popular, ou seja, desde que a atividade judicial, como explicita Andrade Neto (2016, p. 305), "[...] ocorra nos estritos limites da autorização

constitucional e legal que juízes e tribunais eleitorais detêm para tanto. Por oposição, fora desses limites, o exercício do poder jurisdicional é abusivo, ilegítimo e injustificado".

Entretanto, conforme Marchetti (*apud* (NUNES JÚNIOR, 2016, p. 32), "desde 2002, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e o Supremo Tribunal Federal (STF) vêm interpretando a legislação eleitoral com um perfil mais arrojado. Essas interpretações produziram alterações profundas nas regras de competição político-partidária".

Assim, é de se perceber que, em muitas decisões, o ativismo judicial na esfera eleitoral resta evidente e traz prejuízos à legitimidade das eleições e ao fortalecimento da Justiça Eleitoral:

> Com efeito, algumas decisões da Justiça Eleitoral têm causado perplexidade pela forma, por exemplo, como a prova é delimitada: admitem-se gravações clandestinas, a prova testemunhal é valorizada ao extremo, chegando-se, em muitas oportunidades, a ter eleições majoritárias anuladas, mandatos cassados, inelegibilidades impostas, tudo com fundamento na compra de um único voto, fato comprovado através de uma única prova testemunhal. (COELHO, 2015, p. 121).

A previsão legal dos procedimentos a serem adotados é muito importante, especialmente no direito eleitoral e processual eleitoral: "[...] não somente as partes jurisdicionadas se submetem às regulações processuais, o mesmo fazendo as autoridades em desempenho judicante, mantendo-se estritamente nos padrões legais" (RIBEIRO, 1993, p. 128).

A análise do ativismo judicial na matéria eleitoral é relevante, pois é recorrente ver o Judiciário Eleitoral

> [...] iniciando uma eterna reforma política em face do legislador indolente, sem enfrentar o debate público na arena parlamentar, formada por representantes de distintas correntes ideológicas, e sem observar o processo constitucional de alteração de seu texto (SALGADO, 2010, p. 18).

Uma das características das normas eleitorais que deve ser levada em conta nessa análise é

> [...] porque as questões eleitorais envolvem essencialmente as denominadas 'regras do jogo' sobre os rumos da constituição dos Governos ou das maiorias nos parlamentos, através dos pleitos eleitorais, que se repetem no Brasil a cada dois anos (BARBOSA, 2016, p. 142).

O simples "[...] fato de o Poder Judiciário ser um Poder afastado das paixões políticas e pressões eleitorais realmente é um benefício. Mas, tal fato não é suficiente para transferir-se a ele o poder exclusivo de interpretação da constituição" (GODOY, 2017, p. 90).

Desse modo, é impossível um argumento lógico garantir que os "[...] ministros indicados, não eleitos e vitalícios, refletem melhor do que os representantes os valores sociais e possam estabelecê-los em substituição àqueles" (SALGADO, 2010, 142).

## 5. A Possibilidade da Resolução Ativista

Uma das facetas do ativismo judicial na Justiça Eleitoral vêm em forma de "complementação" da legislação. Nesse caso, o Poder Judiciário Eleitoral, nas palavras de Walber Agra (2012, p. 200), "[...] atua com caráter cristalinamente normogenético, no afã de sanar eventuais omissões do poder legislativo no tocante à regulamentação de determinada matéria".

O Código Eleitoral (Lei n° 4.737, de 15 de julho de 1965), em seu art. 1°, parágrafo único, e no art. 23, IX, determina que o Tribunal Superior Eleitoral irá expedir instruções para a execução do referido código (ALMEIDA NETO, 2014, p. 113). Tal previsão também existe no art. 61 da Lei dos Partidos Políticos (Lei n° 9.096, de 19 de setembro de 1995).

Parte da doutrina defende as resoluções, afirmando que "justificam-se pela necessidade de regulamentação legislativa em matéria eleitoral, sem que se aguarde pelo processo legislativo normal, especialmente por conta da dinamicidade que é próprio do sistema eleitoral" (PIEROBON, 2017, p. 15). A subsistência do poder normativo do TSE refere-se à Justiça Eleitoral "[...] como um verdadeiro agente regulador em matéria eleitoral, que não se limita a exercer de forma mecanizada os procedimentos formais, mas que contribua axiologicamente para determinar os melhores caminhos [...]" (GONÇALVES JÚNIOR, 2016, p. 72).

Enquanto isso, outra parte da doutrina considera inconstitucional o poder normativo do TSE: "A Constituição não o reconhece. Não acolhe sequer seu poder regulamentar, o que invalida até mesmo essa competência. A competência para a expedição de normas gerais e abstratas, ainda que secundárias, deve ter sede constitucional" (SALGADO, 2010, p. 218). Nesse mesmo sentido: "[...] a base do poder regulamentar para o TSE é inconstitucional, pois não encontra

chão na vigente ordem constitucional. E essa lei não poderia ter ido além do quanto fixado na Constituição" (ESPÍNDOLA, 2012, p. 77).

As resoluções do TSE devem respeitar certas limitações:

> as resoluções eleitorais devem ser expedidas segundo a lei (*secundum legem*) ou para suprimir alguma lacuna normativa (*prater legem*), jamais devem contrariar uma lei (*contra legem*), ou mesmo inovar em matéria legislativa, sob pena de invalidação do ato regulamentar (ALMEIDA NETO, 2014, p. 173).

Assim, ao se analisar o poder normativo da Justiça Eleitoral, resta evidente a afirmação de que não podem ser aceitas resoluções contrárias às leis (*contra legem*) ou sem o devido amparo legal,

> [...] ao expedir resoluções e instruções para conformar a realização da eleição fora dos limites legal, estará o Tribunal Superior Eleitoral se contrapondo ao princípio da constitucional da legalidade (art. 5°, II, da CF), apanágio indelével ao Estado Democrático de Direito (AGRA, 2012A, p. 193).

Apesar da existência dessas limitações, a normatização da questão eleitoral por meio de resoluções do TSE vem tomando proporções cada vez maiores:

> Com efeito, tem-se visto com frequência cada vez maior, a Justiça Eleitoral inserindo no ordenamento jurídico normas eleitorais que estabelecem novas modalidades de inelegibilidades, novas causas de perda de mandato, regras sobre coligações partidárias, prazos e rituais processuais, tudo a despeito da total ausência de autorização constitucional para tanto (COELHO, 2015, p. 107-108).

A doutrina expõe como argumento justificador do ativismo judicial eleitoral o fato de que "esse mau funcionamento, por sua vez, pode ser atribuído ao desinteresse do Legislativo Federal em editar normas que regrem e limitem as suas próprias condutas no processo eleitoral [...]" (LIMA, 2011, p. 172). É evidente que se trata de uma afronta à constituição o exercício da atividade legislativa pelo Poder Judiciário, pois, conforme Miguel Godoy (2017, p. 93), "[...] os juízes não representam, eles não são eleitos, não estão submetidos ao controle popular. Ao contrário, compõem uma elite profissional".

O perigo do excesso é real e latente, sendo necessário "[...] agir com cautela quando esse mesmo poder; a pretexto de substituir-se ao omisso legislador; passa a, também, abusar de sua (inequívoca e adequada) prerrogativa regulamentar para, em verdade, produzir direito novo" (GONÇALVES, 2008, p. 240).

É necessário entender que "os juízes e tribunais eleitorais não são talhados para dar conta da deficiência do processo político da escolha e da fragilidade dos partidos" (SALGADO, 2010, p. 39).

A contenção do ativismo judicial eleitoral se refere ao fato de "que não se pode permitir é que uma finalidade inteiramente nobre, como a expulsão dos corruptos do processo político, seja instrumento para a perpetração contra cláusulas pétreas do sistema jurídico" (AGRA, 2012, p. 31).

## Conclusão

O Direito Eleitoral e o Processo Eleitoral se encontram em um momento único vivido na democracia brasileira. O ativismo judicial eleitoral busca acompanhar a fluidez das mudanças, uma vez que as leis não possuem maleabilidade. Dificilmente seria possível combater esse fenômeno, uma vez que existem muitas lacunas na legislação. O Direito Eleitoral e o Processo Eleitoral precisam, portanto, continuar a se desenvolver para proporcionar maior segurança jurídica.

## Referências

AGRA, Walber de Moura. Exemplo de judicialização na atuação do tribunal judicial eleitoral. In: BARRETO, Ricardo de Oliveira Paes; AGRA, Walber de Moura. *Prismas do direito eleitoral*: 80 anos do Tribunal Judicial Eleitoral de Pernambuco. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ALMEIDA NETO, Manoel Carlos. Direito eleitoral regulador. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2014.

ANDRADE NETO, João. Controle e judicialização das eleições: a legitimidade de juízes e tribunais eleitorais para decidirem "questões políticas". In: MORAES, Filomeno. SALGADO, Eneida Desiree. AIETA, Vânia Siciliano. *Justiça Eleitoral, controle das eleições e soberania popular*. Curitiba: Ithala, 2016.

ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. *Judicialização da política no Brasil*: influências sobre atos interna corporis do Congresso Nacional. Série temas de interesse do Legislativo n. 24. Brasília: Câmara dos Deputados, 2017.

BARBOSA, Edmilson. *Perspectiva de moralização em questões político-eleitorais*: a partir do ativismo do STF. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2016.

BARROSO, Luiz Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. 2010. Disponível em: http://www.oab.

org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf . Acesso em: 25 jul. 2017.

CALDEIRA, César. Regras da disputa eleitoral: quem decide o quê, quando e como. *Revista Escola da Magistratura Regional Federal 2ª Região – EMARF*. Rio de janeiro: v. 14, n. 1, p. 71-106, nov. 2010.

CAMARGO, Gerson Ziebarth. Ativismo judicial e sua justificação: a democracia que o afaga é a mesma que o apedreja. Por quê? In: BASSO, Ana Paula; SARLO, Oscar. (Org.). *Teorias do Direto e realismo jurídico*. 1. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2016, v. 1, V Encontro Internacional do Conpedi Montevidéu – Uruguai, 2016. p. 138-158.

CAMBI, Eduardo. *Jurisdição no processo civil*: uma visão crítica. Curitiba: Juruá, 2002

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Almedina, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Porto Alegre: S. Fabril, 1993.

COELHO, Margarete de Castro. *A democracia na encruzilhada*: reflexões acerca da legitimidade democrática da Justiça Eleitoral brasileira para a cassação de mandatos eletivos. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Abuso do poder regulamentar do TSE: contas eleitorais rejeitadas e quitação eleitoral – as eleições de 2012 (reflexos do "moralismo eleitoral"). In: ROLLENBERG, Gabriela; DIAS, Joelson; KUFA, Karina. *Aspectos polêmicos e atuais no direito eleitoral*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

GALLI, Joel Eliseu. *Judicialização democrática*: os novos atores da cena político-eleitoral republicana. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a constituição ao povo*: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GONÇALVES JÚNIOR, Carlos. *Atividade de normativa da Justiça Eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2016.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig. ALVES, Felipe Dalenogare. *Judicialização e ativismo judicial*: o Supremo Tribunal Federal entre a interpretação e a intervenção na esfera de atuação dos demais poderes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

LIMA, Sídia Maria Porto. *O ativismo judicial e o judiciário eleitoral: um estudo da atividade legislativa do Tribunal Superior Eleitoral*. 2011. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

LUTZ, Maria Scherer; FISCHER, Octavio Campos. Jurisdição constitucional do STF: judicialização da política e o papel contramajoritário. In: SÉLLOS-KNOERR, Viviane Coelho de; CORDIOLLI, Marcos; FREITAS, Héliomar Jerry Dutra de. *Cultura & inclusão*, p. 41-52. Curitiba: Instituto Memória, 2016.

_____. ULIANA JÚNIOR, Laércio Cruz. A judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. In: GOLDENSTEIN, Alberto Israel Barbosa de; ULIANA JÚNIOR, Laércio Cruz; FLORES, Pedro Henrique Brunken. *Direitos fundamentais & democracia: estudos em homenagem aos 10 anos do mestrado em direito do UniBrasil*. Curitiba: Instituto Memória, 2016.

MACEDO, Rodrigo Niesprodzinski Riquelme. *A constitucionalidade da judicialização das políticas públicas*. 2014. 92 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual e Cidadania). Universidade Paranaense – UNIPAR, Umuarama, 2014.

NASCIMENTO, Aline Trindade do; WEIERS, Karine Schultz. Considerações sobre o ativismo judicial no Brasil. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 12, n. 1, 1. quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 14 jan. 2017.

NUNES JÚNIOR, Armandino Teixeira. *A judicialização da política no Brasil*: estudo de casos de comissões parlamentares de inquérito e fidelidade partidária. Série temas de interesse do legislativo. n. 30, Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016.

PAIM, Gustavo Bohrer. *Direito eleitoral e segurança jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Teoria política do processo civil*: a objetificação da justiça social, Curitiba: JM Editora, 2011.

PIEROBON, Flávio. Direito constitucional eleitoral. In: MILANEZ, Carlos José Cogo et al. *Fundamentos do direito eleitoral*. Belo Horizonte: D´Plácido, 2017.

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

RODRIGUES, Rui Martinho. ALBUQUERQUE, Cândido Bittencourt de. A república entre a igualdade e a especificidade. In: RODRIGUES, Rui Martinho; et al. *A (i)legitimidade das políticas públicas*: a república entre a igualdade e a especificidade. São Paulo: Malheiros, 2015.

ROMÃO, Luis Fernando de França. A politização do poder judiciário e as causas do ativismo judicial. *Revista Eletrônica Direito e Política*. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.1, 1. quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica, acessado em 21 jun. 2017. Acesso em: 23 abr. 2017.

SALGADO, Eneida Desiree; *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ZAULI, Eduardo Meira. Justiça eleitoral e judicialização das eleições no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 102, p. 255-289, jan./jun. 2011.

# Da sub-representação à participação das mulheres na política: uma breve análise sobre o projeto “elas no congresso”[1]

*From under-representation to the participation of women in politics: A brief analysis of the “they in congress” project*

**Bruna Camilo de Souza Lima e Silva**[2]

**Samantha Ribeiro Meyer- Pflug Marques**[3]

**Samira Rodrigues Pereira Alves**[4]

[1] Artigo recebido em 13 de março de 2021 e aprovado para publicação em 14 de abril de 2021.

[2] Bacharela em Ciências do Estado pela UFMG. Mestra em Ciência Política pela UFMG. Doutoranda em Ciências Sociais pela PUC-Minas.

[3] Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho e advogada.

[4] Bacharela e Mestra em Direito pela Universidade Nove de Julho. Psicóloga e Pós-graduada em Gestão de Políticas Programas e Projetos Sociais pela PUC-PR.

## Resumo

A discussão sobre a sub-representação das mulheres na política estimula o debate sobre a importância do equilíbrio da participação feminina. A igualdade formal garantida pela ordem constitucional possibilitou um avanço na participação das mulheres na política por meio das cotas de gênero. A partir do monitoramento das proposições no parlamento, é demonstrado que, apesar de comporem 15% das cadeiras no parlamento, as mulheres são as que mais trabalham pela temática de gênero. Este trabalho tem como objetivo principal fazer uma discussão teórica sobre como se tem encaminhado a discussão e quais os vieses sobre a participação das mulheres na política brasileira. Como metodologia, é realizada uma revisão bibliográfica, teórica e breve análise da plataforma de monitoramento do projeto *Elas no Congresso*.


**Palavras-chave**: Mulheres na política. Sub-representação. Igualdade. Isonomia.


## Abstract

The discussion about the under-representation of women in politics stimulates the debate about the importance of the balance of female participation. Formal equality guaranteed by constitutional order made it possible to advance women's participation in political through gender quotas. From the monitoring of the proposals in the parliament it is demonstrated that, despite making up 15% of the seats in parliament, the women are the ones who work the most on the gender theme. This work aims to main objective to make a theoretical discussion about how it has been going and what biases about women's participation in Brazilian politics. As a methodology, it is a bibliographic, theoretical review and brief analysis of the monitoring of the They in Congress project.


**Keywords**: Women in politics. Under-representation. Equality. Isonomy.

# Introdução

Historicamente os espaços de poder foram predominantemente ocupados pelos homens, principalmente no campo político, onde a representatividade feminina é mínima. As decisões e as formulações de políticas públicas para a mulher sempre foram chanceladas pelos homens, o que leva à percepção de que, na seara dos direitos, não há imparcialidade quando se refere ao gênero, provocando pouca sensibilidade diante de temas importantes para a vida das mulheres.

Beauvoir (2016) afirma que o lugar da mulher na sociedade sempre foi estabelecido por homens, em nenhuma época ela impôs sua própria lei. A luta feminina por emancipação sempre decorreu da persistência e, aos poucos, se consolidou, mostrando que é possível romper com a hegemonia do pensamento social, baseado nos pilares de um mundo dominado pela ideia da superioridade masculina, que levou a mulher a uma posição de subalternidade, como observa-se ao longo da história.

Não há como especificar exatamente o início da história das reivindicações das mulheres, mas é a partir do século XX que conseguimos material que confirme suas lutas. Desta forma, as mulheres iniciam a luta para garantir direitos, principalmente o movimento sufragista em busca do direito ao voto, que chega ao Brasil nas primeiras décadas do ano de 1900. Assim, a luta pela conquista e garantia de direitos vem desde o século passado e cada vez mais torna necessária a reflexão sobre promoção da igualdade de gênero.

Após vários momentos importantes de luta pela igualdade, a necessidade de garantir espaço de poder para as mulheres foi destacada não só por movimentos sociais, mas ganha reforço por meio de diversas resoluções da ONU, formando uma plataforma de referência mundial, em especial com a realização da 4ª Conferência sobre mulheres, em Beijing em 1995[5], onde foram aprovadas leis que garantem igualdade de direitos e, entre tantas, uma em especial que se refere a cotas de gênero para os processos eleitorais.

Há 87 anos, as mulheres conquistavam o direito ao voto, adotado pela Constituição de 1934, o que possibilitou, ainda que restrito, o acesso da participação feminina na política, com a ascensão de algumas delas ao parlamento. O primeiro registro dessa participação foi no ano de 1933, com a eleição, para a Assembleia Nacional Constituinte, da Deputada Carlota Pereira de Queiroz. No parlamento, coube-lhe a árdua tarefa de defender os interesses femininos

[5] Declaração de Beijing. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_beijing.pdf. Acesso em: 3 mar. 2021.

e modificar a imagem domesticada da mulher, lutando pela regulamentação de direitos e obrigações das cidadãs.

Na esteira desse seu esforço, essa igualdade foi contemplada na Constituição Federal de 1988, que representa a transição democrática após um longo período de ditadura militar. Elaborada a partir de uma ampla participação política e igualitária, da intensa mobilização realizada por e para mulheres de diferentes segmentos que lutaram para que suas propostas se estabelecessem, a Constituição, como apontam Schumaher e Ceva (2015, p. 156), "trouxe direito à igualdade à ordem constitucional, contemplando a proteção das garantias e direitos fundamentais".

Nesse contexto, o enfoque deste artigo é analisar a igualdade de direitos entre homens e mulheres a partir da Constituição Federal de 1988, que simboliza o grande marco de transição democrática e ruptura do sistema patriarcal, elevando a categoria da igualdade ao nível de princípio jurídico fundamental e construindo um novo sistema de valores, fundamentado no respeito e na proteção de direitos dos diferentes gêneros, com a destituição da figura masculina como chefe da família.

Na sequência, serão abordadas a sub-representação da mulher na política e a necessidade de se ampliar sua presença no parlamento. Por fim, apresentam-se alguns dados levantados pelo projeto "Elas no Congresso", que é uma plataforma de monitoramento legislativo realizado pela *Revista AzMina* para acompanhar a tramitação dos projetos de lei referentes aos direitos das mulheres, especificamente sobre a temática de gênero.

## 1. O direito à igualdade na Constituição Federal de 1988

A afirmação da igualdade entre gêneros na Carta Magna foi decorrente da articulação das mulheres na Assembleia Constituinte de 1988, sendo a participação feminina um marco histórico do direito constitucional brasileiro. "A própria campanha pela constituinte era uma resposta à baixa representatividade feminina na política institucional". (PETER; GOMIDE, 2020, p. 26).

Naquele momento, apenas 26 mulheres haviam sido eleitas no Congresso Federal – correspondendo a 5% (cinco por cento) dos representantes eleitos – e, apesar da diversidade de ideologias e partidos, se uniram para reivindicar o direito à igualdade.

A atuação das deputadas constituintes foi significativa no processo de democratização, garantindo que grande parte das reivindicações dos movimentos femininos fosse inserida na Carta Constitucional. No exercício da democracia, a despeito da diversidade ideológica e partidária, se articularam e dialogaram com os movimentos de mulheres e se organizaram em um grupo pró-direitos que ficou conhecido como *Lobby* do Batom.

O direito à igualdade é destacado no preâmbulo e no *caput* do art. 5° – "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza" – e segue vigorado, no mesmo art. 5°, I, com a declaração de que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações".

Segundo Maciel (1997), esse direito é reafirmado por meio de muitas normas, algumas determinadoras de igualdade, outras buscando equidade entre os desiguais mediante concessão de direitos sociais fundamentais.

Entre essas normas, incluem-se os diversos tratados internacionais de direitos humanos, ratificados pelo Brasil, os quais, conforme Santos e Porcaro (2020), tratam da participação da mulher na política de forma igualitária e apresentam *status* constitucional, com aplicação imediata por força normativa do art. 5°, §§ 1° e 2°, da Constituição,[6] e além de integrarem e ampliarem o universo dos direitos constitucionalmente previstos, ainda têm seus preceitos reproduzidos na Constituição.

O tratamento igualitário entre gêneros tem desdobramentos distintos entre países, com debates sobre direito ao voto, garantia de remuneração igualitária no trabalho exercido por ambos os sexos e participação nos espaços de poder. De acordo com Bonavides (2007), a equiparação de direitos e obrigações encontra-se em diversas Constituições, uma vez que o princípio da igualdade é o centro do Estado Social e de todos os direitos presentes nas Constituições.

Segundo Tavares (2012), pelo princípio da isonomia, os dispositivos constitucionais não podem ser outorgados a alguns em detrimento de outros, a não ser que haja uma motivação fática que justifique a diferenciação. A discriminação só é tolerada quando é proporcional e visa incorporar os hipossuficientes à organização social.

[6] Cita-se aqui a Declaração Universal dos Direitos Humanos, fundada na igualdade de direitos de homens e mulheres; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que estabelece igualdade no gozo de todos os direitos civis e políticos aos homens e mulheres; e a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, obrigando a eliminar a discriminação e assegurar a participação da mulher na vida política, social, econômica e cultural do seu país, sendo indispensável a sua participação no desenvolvimento pleno do país.

Nesse contexto, a isonomia pressupõe a aplicação desigual das normas conforme a desigualdade de condições, com vistas a equilibrar as relações para garantir que a lei seja aplicada igualmente mesmo quando há situações de poder que impedem o exercício da isonomia. Nesse sentindo, mesmo que a distinção por critério de gênero não possa ser usada para legitimar o tratamento desigual, algumas distinções são possíveis sem contrariar o art. 5° da Constituição Federal.

Para Meyer-Plufg e Pacheco (2020), apesar de a proteção à igualdade entre homens e mulheres ser uma inovação na Constituição, a mera existência de normas jurídicas sobre igualdade de tratamento não produz, por si só, resultados iguais, nem no plano individual, nem no plano coletivo, no entanto o ordenamento jurídico brasileiro confere proteção à mulher por meio de leis que auxiliam na redução da discriminação, prestigiando, assim, o princípio da isonomia.

O tratamento igual não se dirige às pessoas integralmente iguais entre si, pois mesmo os iguais podem diferir sobre aspectos ignorados pelo legislador. Isso se torna um fundamento que permite à legislação tutelar pessoas em posição inferior ou em desvantagem e, conforme as palavras de Alexy (2011), existindo razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então o tratamento desigual é obrigatório.

Nesse sentido, o ordenamento constitucional possibilita a elaboração de leis infraconstitucionais e a criação de ações afirmativas que diminuam a desigualdade entre homens e mulheres. Citam-se, como um exemplo, a Lei n° 9.100/1995, a primeira a tratar de cotas de gênero, promulgada em 1996; a Lei n° 9504/1997, alterada pela Lei n° 12.034/2009, que reserva 30% do número de vagas para candidatos às casas legislativas a representantes do gênero minoritário; e a Lei n° 9096/1995, que estabelece a aplicação de 5% (cinco por cento) de recursos do Fundo Partidário na criação e manutenção de programas de participação política das mulheres.

No entanto, a letra da lei não reflete a realidade, mostrando-se insuficiente para superar a sub-representação, e essa contestação advém de estudo realizado pela Organização das Nações Unidas que revelou que o Brasil caiu seis posições em número de mulheres no parlamento, ocupando o 140° lugar numa lista de 193 países.[7]

[7] O estudo apresenta o *ranking* global para mulheres em cargos executivos, governamentais e parlamentares a partir de 1° de janeiro de 2020. Mapa Global de mulheres na política, publicado pela UIP e ONU Mulheres. Disponível em: https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2020/03/women-in-politics-map-2020. Acesso em: 8 mar. 2021.

O estudo sobre a correlação entre a qualidade da democracia e a presença de mulheres nos parlamentos, de Moraes, Santos, Torrencillas e Leão (2014), aponta que o investimento político para melhorar a qualidade da democracia pode levar à diminuição da sub-representação das mulheres na política.

Para Inglehart, Norris e Wlezel (2002), as instituições democráticas, por si mesmas, não garantem a igualdade de gênero, mas contribuem para o seu fortalecimento. Nesse sentido, quanto maior o grau de reconhecimento da igualdade de gênero e a garantia da participação equitativa nas instituições públicas com a possibilidade de construir e influenciar as regras políticas, mais a democracia é fortalecida.

## 2. A sub-representação das mulheres na política

Apesar de haver alguns mecanismos legais para promover a participação das mulheres na política, observa-se que a sub-representatividade feminina no parlamento se mantém dissonante do papel e da responsabilidade por elas adquiridos no decorrer dos últimos tempos.

Segundo dados do IBGE,[8] as mulheres representam 51,8 % da população, ocupam 41,9% dos postos de trabalho – mas recebem 27% a menos –, são maioria nas universidades e chefiam 38% das famílias. Esses dados, porém, não garantem o acesso feminino à esfera das decisões políticas.

Apesar da existência de cotas, nas eleições de 2018, o percentual de cadeiras ocupadas por mulheres no Congresso Nacional chegou a 15,3%, representando um pequeno aumento se comparado à legislatura anterior, em que foi de 11,3%. O cenário não difere no Senado Federal, onde 11,54% dos senadores são mulheres.[9]

Os dados apresentados espelham a situação das mulheres na sociedade brasileira, pois a ausência delas na vida política partidária fragiliza a identificação da sociedade com o sistema de representatividade vigente, destoando da participação ativa que elas têm.

[8] Disponível em: https://brasilemsintese.ibge.gov.br/populacao/distribuicao-da-populacao-por-sexo.html. Acesso em: 4 mar. 2021.

[9] Dados do Relatório do Tribunal Superior Eleitoral sobre a participação feminina nas eleições. Disponível em: https://www.justicaeleitoral.jus.br/participa-mulher/. Acesso em: 6 mar. 2021.

Segundo Ricoldi (2008), no Brasil, a discussão de gênero torna-se mais abrangente a partir dos anos 1980, ao possibilitar uma consciência sobre direitos e maior atenção para a incorporação de políticas sociais e programas governamentais direcionados às mulheres (saúde, trabalho, educação, raça e etnia), contemplando as políticas públicas que atendessem a necessidades específicas e diferenciadas. O Estado cria instâncias tanto no Poder Legislativo quanto no Executivo para enfrentar as desigualdades e discriminações, por meio da perspectiva de gênero.

No entanto, segundo Luchamnn, Ribeiro e Almeida (2015), a sub-representação feminina ainda é um problema que deve estimular o debate sobre a importância do equilíbrio da participação feminina na democracia, pois ela impacta na formação de uma agenda decisória que contempla mais atenção aos grupos socialmente vulneráveis.

No campo da política, a participação das mulheres encontra dificuldades explicitadas pela superposição do masculino sobre o feminino, que são reproduzidas nas relações familiares e de trabalho e que, de acordo com Lima (2008), criam um estereótipo em torno da mulher para justificar o "desinteresse" pela política.

Ao mesmo tempo em que há o mito do desinteresse pela política, as mulheres ocupam os espaços fora do parlamento. Enquanto sociedade civil se organizam em ONGs, sindicatos, órgãos de controle social, que são espaços onde se procura garantir a diversidade, a pluralidade e a autonomia, buscando-se articulação e peso político para suas demandas. Apesar da limitação nos espaços políticos, é crescente a necessidade de democratizar os espaços políticos, não apenas para mulheres, mas para os diferentes setores da população, a fim de participem dos processos políticos decisórios e fortaleçam a democracia.

Frase *apud* Moreira (2009) considera que o remédio para a injustiça social é a equidade participativa e a desinstitucionalização dos padrões culturais, uma vez que, quanto à questão de gênero, são calcadas em tradições patriarcais e clientelistas que acabam incidindo, de certa maneira, na ascensão das mulheres ao parlamento. Há necessidade de agregar uma cultura política composta por valores como cidadania e participação, dois elementos propulsores da democracia que podem contribuir para o desenvolvimento de grupos historicamente excluídos.

É nesse sentido que se levanta a importância da participação da mulher no espaço político com o objetivo de promover a igualdade de gênero e fortalecendo sua participação nos processos decisórios do "jogo" político.

Para além da importância das mulheres no espaço político, essa acessibilidade também colabora para sua cidadania, a qual perpassa um longo trajeto até chegar à reivindicação dos direitos políticos como essenciais para uma pessoa ser cidadã.

Outro problema que dificulta o desenvolvimento da cidadania é a pobreza. Para Pateman (2010, p. 33), "A pobreza está correlacionada com a subnutrição, a falta de saúde e de educação e a marginalização social em geral" e soma-se ao fato de as mulheres ganharem menos que os homens, concentrando-se em empregos inferiores em termos de remuneração. Dessa forma, a pobreza desponta como um obstáculo para fragilizar a cidadania.

Pateman, no livro *The Sexual Contract*, fala da cidadania e sua relação do com o setor econômico, reforçando que não é possível analisar ou afirmar a cidadania de uma mulher sem analisar sua posição em sua casa (não remunerada) e no espaço de trabalho remunerado:

> O trabalho de prestação de cuidados não remunerado efetuado pelas mulheres nas suas casas não é visto como "trabalho" que "contribua" para a cidadania. É porque as mulheres fazem a maior parte deste trabalho que é difícil vê-las como cidadãs que dão o seu contributo da mesma forma que os homens. O seu trabalho não remunerado também afeta o seu contributo no emprego, tendendo elas muito mais do que os homens a trabalhar a tempo parcial (de forma a poderem continuar a desempenhar o trabalho doméstico) (PATEMAN, 2010, p. 34).

Ademais, Pateman (2010) afirma que a prevalência do assédio sexual no local de trabalho e o número de processos de discriminação levados a tribunal por mulheres nos escalões profissionais mais elevados, como por exemplo na banca de investimento, indicam também que as mulheres não são ainda consideradas participantes "públicas" da mesma forma que os homens.

## 3. O monitoramento da atuação das mulheres na Câmara dos Deputados – o Projeto *Elas no Congresso*

É fato que a reduzida representação feminina nas instâncias políticas adquiriu espaço nos debates sobre a democracia contemporânea. Para Luchmann e Ribeiro (2012), há consenso de que a sub-representação é fundamentado em uma série de injustiças provocadas pela desigualdade de gênero, e isso foi reforçado por estudos que demonstraram que a presença das mulheres nas instituições políticas impacta a elaboração de políticas públicas, priorizando determinados grupos, como crianças, idosos, pessoas com necessidades especiais e elas próprias, enquanto a sua ausência propicia um desequilíbrio nas decisões sobre determinados grupos e interesses em detrimento de outros.

Isso ressalta a relevância de observar o perfil daquelas que conseguem acessar as instâncias políticas.

Uma das formas de conhecer a atuação das mulheres, a fim de analisar a elaboração das políticas públicas sob a perspectiva feminina, é o projeto *Elas no Congresso*,[10] uma plataforma de monitoramento legislativo realizado pela *Revista AzMina*, a qual utiliza dados públicos do Congresso Nacional para acompanhar a tramitação dos projetos de lei referentes aos direitos das mulheres.

O projeto surge diante do crescimento da disputa das pautas ligadas à mulher e da necessidade de tornar acessível o monitoramento legislativo para a sociedade, a imprensa e as organizações que advogam por esses temas. Além do monitoramento, há um perfil no Twitter que acompanha a tramitação diária de projetos de lei sobre temas de gênero.

O levantamento do *Elas no Congresso* monitorou e avaliou 331 Projetos de Leis sobre gênero na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, tendo como avaliadores as organizações que atuam pelos direitos das mulheres, as quais identificam os projetos favoráveis ou desfavoráveis. A partir desses resultados, organizaram um *ranking* de parlamentares para identificar os principais aliados das mulheres no Congresso Nacional.[11]

[10] *Elas no Congresso*. Disponível em https://www.elasnocongresso.com.br. Acesso em: 4 mar. 2021.

[11] Os dados levantados pelo projeto estão disponíveis em: https://www.elasnocongresso.com.br.

O levantamento mostrou que, embora sejam apenas 15% dos parlamentares, as mulheres são as que mais trabalham pela temática de gênero, propondo 3,5 vezes mais projetos pelos direitos femininos do que homens, ou seja 62% das mulheres propuseram leis sobre o tema em oposição aos homens, que propuseram 30%.

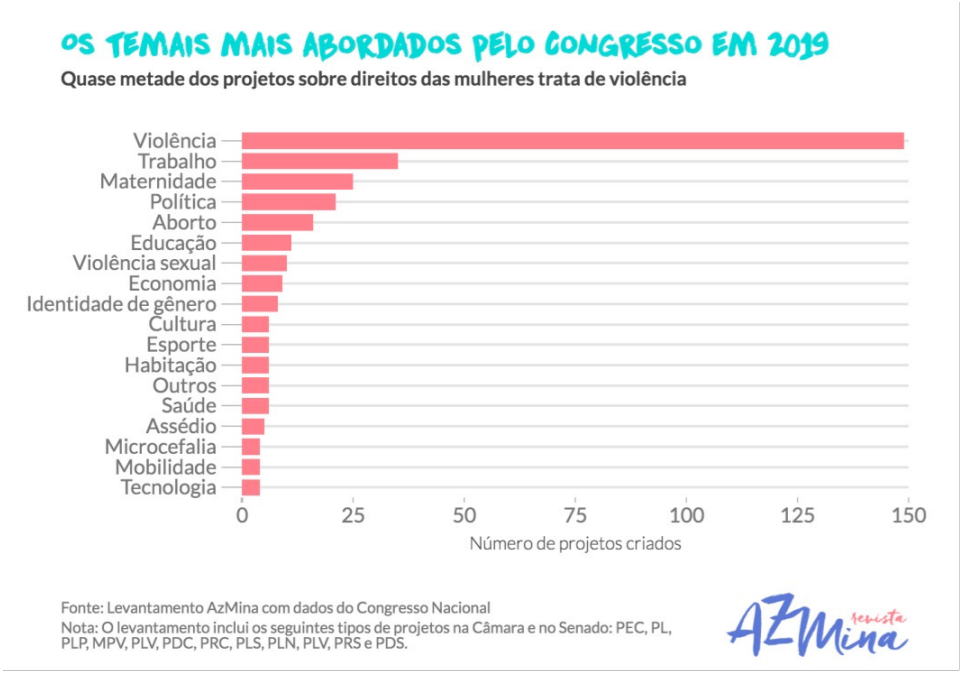
É evidente que essa baixa representação das mulheres no parlamento ainda indica a desigualdade do sistema político, no entanto, conforme Biroli e Miguel (2014), o conjunto de tomadores de decisão se torna mais diversificado e mais similar ao corpo social, e este resultado sinaliza que, apesar do pequeno contingente de pessoas, o grupo minoritário demarcará clivagens sociais fundamentais.

Com relação aos projetos desfavoráveis ao direito das mulheres, 74% foram propostos por homens, no entanto 59 mulheres também apresentaram 23 projetos desfavoráveis, ainda assim, elas trabalham mais pelo direito feminino.

Segundo Lisboa (2016), as mulheres que assumem cargos políticos nem sempre se identificam com as questões de gênero ou possuem uma "consciência feminista de gênero", fazendo com que a articulação com outras mulheres não seja prioritária, portanto, a apresentação de projetos desfavoráveis aos direitos das mulheres pode estar relacionada não apenas a essa não identificação, mas também ao desconhecimento sobre as lutas e as conquistas alcançadas.

De acordo com o gráfico abaixo, o tema mais abordado em projetos de lei foi a violência contra a mulher, 45% propondo alterações na Lei Maria da Penha:[12]

[12] Disponível em: https://azmina.com.br/reportagens/1-a-cada-4-projetos-de-lei-sobre-direito-das-mulheres-no-congresso-sao-desfavoraveis/. Acesso em: 6 mar. 2021.



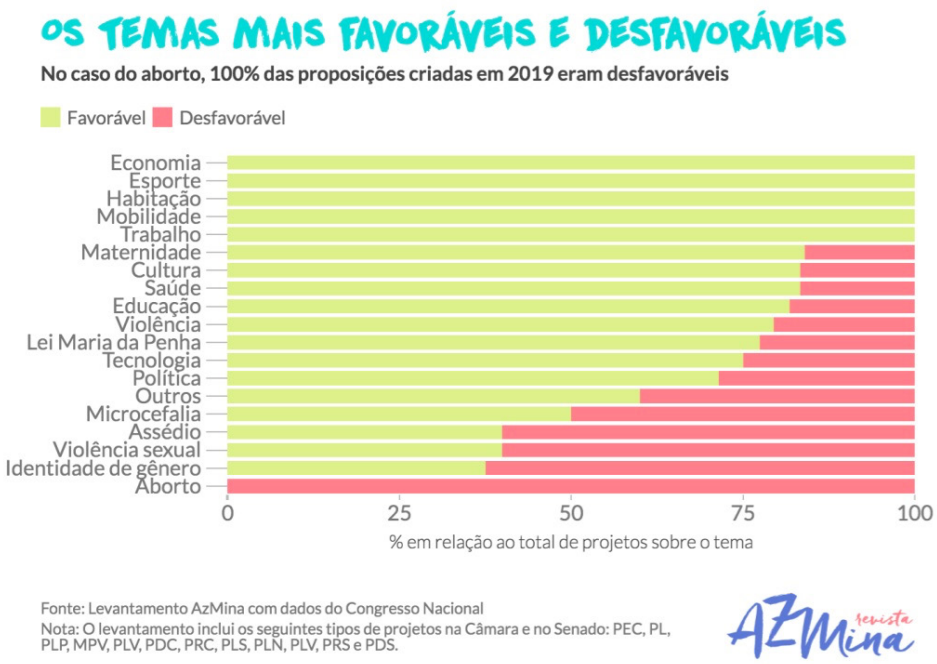

Fonte: Levantamento AzMina com dados do Congresso Nacional.

Se, por um lado, há temas que separam as parlamentares por questões ideológicas de gênero, por outro, existem questões, como a violência, que apresentam uma consciência comum, provocando o apoio mútuo, o que Lisboa (2016) classifica como um pacto intragenérico, ou seja, um pacto entre mulheres que estimula a aliança com o propósito de frear ou impedir alguma questão da desigualdade de gênero.

Segundo Rodrigues *at al.* (2019), o tema da violência contra a mulher torna-se uma preocupação central das políticas públicas e dos direitos humanos, dessa forma consolida uma agenda política que priorize o tema, demonstrando a necessidade da aliança política entre as mulheres.

Outro dado levantado apontou que, entre os temas com mais PLs desfavoráveis, encontram-se os que envolvem sexualidade e direitos reprodutivos (aborto, violência sexual e identidade de gênero), sendo que 100% das proposições apresentadas em 2019 eram desfavoráveis ao aborto:[13]

[13] Disponível em: https://azmina.com.br/reportagens/1-a-cada-4-projetos-de-lei-sobre-direito-das-mulheres-no-congresso-sao-desfavoraveis/. Acesso em: 6 mar. 2021.




Fonte: Levantamento AzMina com dados do Congresso Nacional.

Segundo Pitanguy (1999), mesmo no processo constituinte houve distinção entre os temas relacionados aos direitos das mulheres. Diferentemente do discurso e das propostas sobre violência doméstica que foram incorporados por uma ampla gama de setores, os direitos sexuais e reprodutivos, por serem considerados tabus, ficam reféns de disputas entre convicções morais, permanecendo no limbo político.

Mesmo três décadas após o processo constituinte e os debates iniciais sobre o direito à vida reprodutiva e sexual, a temática dos direitos reprodutivos e sexuais ainda gera tensão, os quais sofrem resistência para serem reconhecidos como valores centrais da cidadania feminina. No entanto, são essenciais na agenda política e no debate por maior representatividade na política, porque estão relacionados ao padrão de exclusão e opressão que atua como mecanismo de subordinação da mulher.

Os temas que envolvem sexualidade e reprodução devem ser pensados como fundamentais para a cidadania igual de homens e mulheres, pois, segundo Biroli (2014), a negação retira das mulheres o domínio sobre seu corpo

e mantém as estruturas sociais de dominação, portanto é evidente que a necessidade de debater e produzir leis sobre o tema se torna incontornável.

A criação dessa plataforma de monitoramento é de fundamental importância, pois permite às organizações da sociedade civil ter uma visão ampla sobre a elaboração dos projetos de lei, identificar riscos e benefícios na formulação das leis considerando a complexidade do país – marcado por grandes desigualdades, sejam sociais ou de gênero possibilitando –, e talvez orientar o diálogo com a sociedade, garantindo a participação social e tornando o processo mais deliberativo.

## Considerações Finais

A organização das mulheres foi fundamental para a conquista dos direitos civis e individuais – iniciada nos movimentos sociais e reforçada em organizações como a ONU – e construiu uma plataforma de referência mundial por meio de conferências e documentos que proporcionaram leis que garantem a igualdade.

No Brasil, a história das mulheres na política é recente, há apenas 87 anos elas conquistaram o direito ao voto, e o direito à igualdade foi, recentemente, contemplado na ordem constitucional a partir de 1988, após intensa mobilização realizada pelos movimentos feministas e pela articulação das deputadas constituintes, que se colocaram acima de questões ideológicas e partidárias e, por meio do Lobby do Batom, participaram ativamente das proposições e do diálogo com os parlamentares para apresentar as demandas formuladas pelas mulheres.

Apesar de o princípio da igualdade ser uma inovação constitucional, ainda não se alcançou a igualdade material. A criação de uma política afirmativa, com a edição da Lei n° 9.100/1995, que tratou das cotas de gênero, foi um primeiro passo para diminuir a desigualdade entre homens e mulheres, no entanto, outros mecanismos de inserção precisam ser desenvolvidos para dar efetividade, como, por exemplo, incentivo dos partidos para que mais mulheres sejam incluídas no processo.

Os dados dos do IBGE e do TSE, que colocam as mulheres como maioria enquanto população e também como maioria do eleitorado, demonstram que a realidade da sub-representação feminina no parlamento é dissonante do papel e da responsabilidade que as mulheres desempenham na sociedade.

A participação feminina encontra dificuldades no campo político porque a sociedade ainda considera a superioridade masculina. Para que isso seja superado e a paridade de mulheres no Legislativo se torne uma realidade, é necessária uma profunda transformação na percepção social sobre o papel da mulher, para que a dinâmica do poder e o conceito de atuação política sejam redefinidos.

O fato de os projetos desfavoráveis estarem diretamente relacionados à questão dos direitos sexuais e reprodutivos evidencia a diversidade de opiniões e sua importância para a democracia, tendo como desafio o consenso no processo decisório.

O monitoramento realizado pelo projeto *Elas no Congresso* aponta que, embora representem apenas 15% dos parlamentares, as mulheres são as que mais trabalham pela temática de gênero. Isso demonstra como a participação feminina pode gerar impacto na formulação de leis e políticas que contemplem as mulheres e/ou outras minorias.

A diversidade no perfil de mulheres eleitas aumenta a produção legislativa sobre os direitos das mulheres, fortalecendo a preocupação com questões femininas e oportunizando alianças estratégicas capazes de promover a igualdade e de influenciar o comportamento do gênero masculino para construir uma agenda temática decisória que contemple os interesses da mulher.

A participação política e a representação das mulheres na política são ações fundamentais para influenciar o processo político, pois quanto mais mulheres estiverem incluídas, mais direitos serão preservados e garantidos a partir de uma perspectiva feminina.

## Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Carla; LUCHMANN, Lígia; RIBEIRO, Ednaldo. Associativismo e representação política feminina no Brasil. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 8, p. 237-263, ago. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522012000200009&lng=pt&nrm=iso. Acesso: em 27 fev. 2021.

ALVES, Samira R.P. *et al*. A litigância estratégica no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e os seus efeitos estruturais no Brasil. *In*: AMARAL JR., Alberto do; PIOVESAN, Flávia; DANESE, Paula M. (org.). *50 anos da Convenção Americana de Direitos Humanos*: o sistema interamericano: legado, impacto e perspectivas. Salvador: JusPodium, 2020.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*: fatos e mitos. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. *Feminismo e política*: uma introdução. São Paulo: Boitempo, 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros 2008.

INGLEHART, Ronald; NORRIS, Pipa; WELZEL, Christian. Gender equality and democracy. *Comparative Sociology*, Leidein: Brill, v. 1, ed. 3-4, p. 235-265, 2002. Disponível em: https://wcfia.harvard.edu/files/wcfia/files/814_gender_equality_democracy.pdf. Acesso em: 02 mar. 2021.

LIMA, Juliana M. de. *Democracia no Brasil e participação das mulheres na política*: algumas barreiras para o desenvolvimento democrático. Disponível em: https://www.ufrgs.br/sicp/wp-content/uploads/2015/09/10_DE-LIMA_Democracia-no-Brasil-e-participac%C2%A6%C2%BAa%C2%A6%C3%A2o-das-mulheres-na-poli%C2%A6%C3%BCtica.pdf. Acesso em: 24 de fev. 2021.

LISBOA, Teresa Kleba. Democracia de gênero: é possível um pacto entre as mulheres?. *Revista Feminismos*, v. 4, n. 1, jan./abr. 2016.

LUCHMANN, Carla; RIBEIRO, Ednaldo. Associativismo e representação política feminina no Brasil. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 98, p. 237-263, maio/ago. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522012000200009&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 04 mar. 2021.

MACIEL, Eliane Cruxên Barros de Almeida. *A igualdade entre os sexos na Constituição de 1988*. Senado Federal. Consultoria Legislativa. Disponível em http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/159. Acesso em: 23 fev. 2021.

MEYER-PLUFG, Samantha R.; RODRIGUES, Patrícia Pacheco. Mulher e poder no Brasil. *In*: SILVA, Christine Oliveira Peter; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi (org.). *Constitucionalismo feminista*: expressão das políticas públicas voltadas à igualdade de gênero. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 193-214.

MOREIRA, Lourdes. C. *As mulheres nos espaços de decisão política*: há mulheres nos espaços de decisão política?. Disponível em https://iknowpolitics.org/sites/default/files/mulherespolitica.pdf. Acesso em: 23 de fev. 2021.

MORAES, Thiago P. B. de. et. Mulheres, política e sub-representação: um estudo sobre a correlação entre qualidade da democracia, ideologia e mulheres no parlamento. *Derecho y Cambio Social*, n. 36, Lima, Peru, 2014. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5472577. Acesso em: 04 mar. 2021.

PATEMAN, Carole. Garantir a cidadania das mulheres: a indiferença e outros obstáculos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 89, p. 29-40, jun. 2010.

RICOLDI, A. M. *Há um projeto feminista para a democracia?:* reflexões a partir do debate atual. Disponível em: http://www.wwc2017.eventos.dype.com.br/fg8/sts/ST62/Arlene_Martinez_Ricoldi_62.pdf. Acesso em: 23 fev. 2021.

PITANGUY, Jacqueline. História, política, conceitos: o movimento nacional e internacional de saúde e direitos reprodutivos. *In*: GIFFIN, K.; COSTA, SH. (org.) *Questões da saúde reprodutiva*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1999. Disponível em: http://books.scielo.org/id/t4s9t/pdf/giffin-9788575412916-02.pdf. Acesso: 07 mar. 2021. (Scielo books)

SANCHEZ, Beatriz R. *Quem são e o que fazem as parlamentares brasileiras?*: uma análise do perfil biográfico e da produção legislativa da bancada feminina. Disponível em: https://www.ufrgs.br/sicp/wp-content/uploads/2015/09/Sanchez-Beatriz.pdf. Acesso em: 24 fev. 2021.

SANTOS, Polianna Pereira dos; PORCARO, Nicole Gondim. A importância da igualdade de gênero e dos instrumentos para a sua efetivação na democracia: análise sobre o financiamento e a representação feminina no Brasil. *In*: SILVA, Christine Oliveira Peter; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi (org.). *Constitucionalismo feminista*: expressão das políticas públicas voltadas à igualdade de gênero. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 285-305

SCHUMAER, Shuma; CEVA, Antonia. *Mulheres no poder*: trajetória na política a partir da luta das sufragistas do Brasil. 1. ed. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Christine Oliveira Peter; GOMIDE, Carolina Freitas. Constitucionalistas constituintes: uma agenda para o Brasil. *In*: SILVA, Christine Oliveira Peter; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi (org.). *Constitucionalismo feminista*: expressão das políticas públicas voltadas à igualdade de gênero. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 17-54.

# Estudo de caso: efeito da impugnação de candidatura *Eleitores punem fichas-sujas?*[1]

*Case study: Effect of objection of electoral registration Do voters punish "dirty record" candidates?*

**Igor Sant'anna Tamasauskas**[2]

[1] Artigo recebido em 9 de julho de 2020 e aprovado para publicação em 22 de fevereiro de 2021.

[2] Mestre e doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Advogado.

## Resumo

Eleitores punem candidatos com vida pregressa incompatível com o exercício do mandato? O presente trabalho procura analisar se o eleitor avalia de forma diferente um candidato cujo registro eleitoral seja objeto de impugnação – portanto, sob a possibilidade de ser identificado como "ficha-suja" – vis-à-vis de um candidato que teve o registro deferido sem impugnação. Análise comparativa entre candidatos que tiveram a candidatura deferida *versus* os *sub judice*, realizada com base nos dados das eleições de 2014, 2016 e 2018, aponta para a existência de comportamento do eleitorado no sentido de se punir candidaturas que sejam objeto de impugnação ao registro.


**Palavras-chave**: Representação Política. Eleições. Responsabilidade Política.


## Abstract

Do voters punish bad reputation candidates which may compromise their future office? The present paper intend to analyze whether the voter evaluates differently a candidate whose electoral registration is the object of challenge - thus, under the possibility of being identified as a "dirty record" - vis-à-vis a candidate who has been granted registration without contestation. Comparative analysis between candidates who had their candidacy accepted versus the *sub judice*, based on the data from the 2014, 2016 and 2018 elections, points to the existence of behavior of the electorate in order to punish candidates that are objected to the registration.


**Keyword**: Political Representation. Elections. Political Responsibility.

# 1. Introdução

Movimentos da sociedade civil organizada são frequentes no sentido de cobrar moralidade no exercício do mandato eleitoral. Desde o final da década de 1990, sucederam iniciativas de coleta de assinaturas em projetos de lei de iniciativa popular, como a que culminou na Lei n° 9.840/1999, a partir da campanha da Fraternidade da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) de 1996 ("Fraternidade e Política"). Com apoio de diversas entidades, entre as quais a Ordem dos Advogados do Brasil, essa lei promoveu alterações na legislação eleitoral para coibir a compra de votos.

Outra iniciativa importante, mais recente, foi o PLP n° 518/2009, que originou a chamada Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n° 135, de 4 de junho de 2010), projeto de iniciativa popular para ampliar hipóteses de inelegibilidades. Houve alterações de pouco mais de dez dispositivos legais para barrar candidatos, por exemplo, que tenham sido cassados ou que renunciaram para evitar uma cassação de mandato por violação à Constituição. Esses dispositivos regulam o art. 14, § 9°, da Constituição Federal, e o cerne para a sua compreensão reside na seguinte construção: a proteção à *probidade administrativa e à moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato*.

Aqui, é importante compreender, na prática, como a Lei da Ficha Limpa incide para barrar uma candidatura. Depois de escolhido o candidato na convenção partidária, ou o partido ou o próprio candidato deve apresentar o pedido de *registro* de candidatura perante o juízo eleitoral competente (primeiro grau, para eleições municipais; Tribunal Superior Eleitoral, para candidatos à Presidência da República; e tribunais regionais eleitorais, para os demais cargos).

Esse pedido é acompanhado de alguns documentos para comprovar a possibilidade de seu registro (p.e., o comprovante de ter sido escolhido em convenção partidária e certidões negativas criminais). A partir daí, inicia-se um prazo de cinco dias para que haja impugnação, por parte do Ministério Público ou de outros concorrentes, e, não havendo essa impugnação e estando o expediente de registro maduro para decisão (isto é, com toda a documentação exigida), o juízo eleitoral defere a candidatura.

Caso haja impugnação, o candidato é chamado a se defender, apresentando os argumentos pelo deferimento do registro e, ao final, há um julgamento sobre a possibilidade ou não de o sujeito estar ou não apto a ser sufragado.

Qualquer que seja a decisão, pelo deferimento ou não do registro, cabe recurso à instância superior e, mais importante, o candidato continua apto a seguir na campanha.

Em regra, até o dia das eleições, deve haver o julgamento definitivo do registro; todavia, dada a possibilidade de recursos, pode acontecer de uma decisão final somente vir a ser proferida em momento posterior.

Desde 2004, o sítio do Tribunal Superior Eleitoral disponibiliza informações diversas sobre candidaturas, no *link* "DivulgaCand". Entre essas informações, consta a situação do registro, como se pode verificar abaixo da imagem extraída de uma consulta realizada pós-eleição:

**Figura 1 – *Printscreen* da tela do Sistema de Divulgação de Informações de candidaturas (DivulgaCand) do Tribunal Superior Eleitoral**

No exemplo acima, há candidatos que tiveram seus registros deferidos e, outros, indeferidos. Durante a campanha eleitoral, entretanto, aparecem situações mais diversas, como "deferido com recurso", "indeferido com recurso" e "pendente de julgamento".

Essas situações que indicam uma candidatura *judicializada* prestam-se a testar a hipótese para verificar se o eleitorado trata de maneira diferenciada candidaturas sob as quais pairam dúvidas quanto à *vida pregressa* do

indivíduo: *o eleitorado avalia diferentemente quem teve seu registro de candidatura deferido de plano vis-à-vis de quem sofreu algum tipo de impugnação?*

Uma análise realizada a partir das bases de dados extraídas do sítio do TSE permite indicar que o eleitorado avalia, sim, de forma distinta esses candidatos.

A ideia central deste trabalho é utilizar instrumentos de econometria e avaliação de impacto para auxiliar na compreensão e no aprimoramento do delicado mecanismo de representação política, fundamento da democracia e, atualmente, centro da grave crise por ela enfrentada.

## 2. Literatura correlata

Diversos autores se dedicaram a estudar o comportamento de eleitores acerca da conduta pretérita de candidatos, buscando correlacionar indicativos de corrupção e outras más práticas com resultados eleitorais.

Em matéria de vícios na representação popular, há sempre uma tensão entre a responsabilização judicial (i.e., persecução penal, improbidade administrativa) e a responsabilização política, juízo a cargo dos próprios eleitores ao deferir ou não a continuidade de um mandato representativo. Dizem os defensores dessa última modalidade que ela, exclusivamente, deve ser a forma utilizada para a avaliação de um governante, inclusive, acerca de aspectos relacionados à moralidade no exercício do mandato, argumentando com uma aura democrática dessa forma de responsabilidade. Segundo tal corrente de pensamento, o eleitorado seria soberano para exercer tal função.

Nem tanto ao céu, nem tanto à terra, como já tivemos a oportunidade de analisar: há que se estabelecer um justo equilíbrio entre os institutos para que não se desdobrem juízos políticos em processos judiciais, tampouco se judicializem processos claramente políticos, com seus ritos e códigos próprios (TAMASAUSKAS, 2018).

E a chave para que esse equilíbrio se apresente é justamente a oferta abundante de informações sobre candidatos e gestões, planos de governo e contas prestadas, enfim, de *accountability*, ou melhor, *full accountability*, como referenciam Power & Taylor (2011, p. 10):

> Accountability allows citizens in a democracy to “discern representative from unrepresentative governments” and sanction them appropriately (Manin, Przeworski, and Stokes 1999, 10). More broadly, the full accountability process

> may set in motion corrective measures by helping to identify institutional flaws, as well as by building political consensus around reforms designed to prevent a recurrence of specific forms of corruption.

O presente trabalho nasceu inspirado em Arvate & Souza (2017), que realizaram experimento de laboratório sobre indivíduos observados durante uma simulação eleitoral: determinado conjunto de pessoas fora dividido em três grupos, um de eleitores, outro de candidatos capazes de trazer mais fundos para o distrito eleitoral, mas que se apropriam de recursos públicos para fins pessoais, e um último de candidatos não tão competentes na obtenção de fundos, mas que não se apropriam de recursos públicos. Realizaram-se seguidas rodadas eleitorais, a cada uma agregando informação sobre o comportamento dos candidatos e os efeitos sobre toda a coletividade (não apenas para o determinado reduto eleitoral).

A partir da análise de regressão das variáveis obtidas nas observações, em cada rodada de votação, buscou-se identificar até que ponto o acréscimo de informações afetou o comportamento dos eleitores: as conclusões do estudo apontam para punição ao candidato corrupto, desde que ao eleitor sejam ofertadas informações suficientes acerca da má-conduta. De forma similar, quando ofertadas informações acerca da ineficiência causada pelo outro tipo de político – o do desperdício –, também se nota movimento tendente à rejeição eleitoral.

Outro trabalho, de Ferraz & Finan (2008), apresentou uma análise dos efeitos que a oferta de informações sobre irregularidades administrativas tem sobre o *accountability* eleitoral. Os autores coletaram informações sobre a auditoria randomizada, realizada pela Controladoria Geral da União (CGU) em diversos municípios do país, a partir de 2003, em programas executados a partir de recursos públicos federais, e geraram um índice de irregularidades apontadas nas auditorias.

Esse índice foi comparado com os resultados de reeleições de prefeitos, conforme dados coletados junto ao TSE, em municípios nos quais a auditoria ocorreu antes do período eleitoral, comparado com situações em que a auditoria se realizou após tal período. Agregaram-se ao modelo quantidade de irregularidades identificadas pela auditoria e a existência de mídia local. As análises apontam para uma redução de 17% da probabilidade de reeleição de candidatos que tiveram ao menos duas violações associadas à corrupção relatadas.

Referidos estudos apontam para o que intuitivamente se poderia supor: há uma rejeição do eleitorado a candidatos associados à corrupção, seja mediante dados de experimento em laboratório, seja em razão de cruzamento de informações sobre auditorias da CGU e índice de reeleição de prefeitos.

Brollo (2008) parte dessa mesma metodologia de auditorias randomizadas da CGU, mas procura agregar à análise os efeitos da identificação de casos de corrupção à continuidade de repasses de transferências voluntárias, de modo a aferir se não haveria, na percepção de má-conduta, ruídos decorrentes de um decréscimo de verbas federais aos municípios comandados por pessoas implicadas em irregularidades. E a conclusão do artigo vai justamente na linha de que a cessação ou diminuição de transferências voluntárias ao município possuem a consequência de realçar o efeito da informação acerca de irregularidade, que tende a decair com o transcurso do tempo.

Por fim, em outro trabalho interessante que margeia o tema, Nogueira (2019) analisa os impactos da Lei da Ficha Limpa sobre a realização de eleições suplementares entre 2004 e 2016, ou seja, avalia se a referida legislação implicou incremento de judicialização de competições eleitorais.

O presente estudo, realizado por pesquisador da área do direito a partir do ferramental de estudo de impacto, intenta alertar para a importância da interdisciplinaridade na compreensão de determinados elementos do Direito do Estado, como o é a representação, e auxiliar na busca de soluções e melhorias para a crise de representatividade que a democracia ocidental enfrenta no quadro atual.

## 3. Seleção de dados

Para possibilitar a realização do presente estudo, foram selecionados os dados das eleições de 2014, 2016 e 2018, as três últimas realizadas no país.

A seguir, essas bases foram importadas para o ambiente do *software* IBM SPSS, onde foi possível identificar 58 variáveis sobre cada uma das candidaturas apresentadas à justiça eleitoral em cada uma das eleições selecionadas.

A primeira das variáveis de interesse foi criada a partir da situação da candidatura (*CD_DETALHE_SITUACAO_CAND*), que originalmente ostenta os seguintes rótulos:

**Tabela 3 – Frequência de situações de candidaturas, relativamente às eleições de 2016**

| | | Frequência | Porcentagem | Porcentagem válida | Porcentagem acumulativa |
|---|---|---|---|---|---|
| Válido | AGUARDANDO JULGAMENTO | 8 | ,0 | ,0 | ,0 |
| | CANCELADO | 236 | ,0 | ,0 | ,0 |
| | CANCELADO COM RECURSO | 7 | ,0 | ,0 | ,1 |
| | CASSADO | 155 | ,0 | ,0 | ,1 |
| | CASSADO COM RECURSO | 35 | ,0 | ,0 | ,1 |
| | DEFERIDO | 466550 | 93,7 | 93,7 | 93,7 |
| | DEFERIDO COM RECURSO | 1697 | ,3 | ,3 | 94,1 |
| | FALECIDO | 127 | ,0 | ,0 | 94,1 |
| | INDEFERIDO | 16732 | 3,4 | 3,4 | 97,5 |
| | INDEFERIDO COM RECURSO | 1919 | ,4 | ,4 | 97,8 |
| | NO CONHECIMENTO DO PEDIDO | 124 | ,0 | ,0 | 97,9 |
| | PENDENTE DE JULGAMENTO | 78 | ,0 | ,0 | 97,9 |
| | RENNCIA | 10511 | 2,1 | 2,1 | 100,0 |
| | Total | 498179 | 100,0 | 100,0 | |

Essa variável foi recodificada em três hipóteses: (a) deferido; (b) indeferido; e (c) pendente de julgamento. Nessa última, foram computadas todas as situações em que há recurso pendente (*deferido com recurso, indeferido com recurso, cassado com recurso, cancelado com recurso, pendente de julgamento* e *aguardando julgamento*).

Novamente, essa variável foi recodificada em (0) deferido/*controle* e (1) pendente de julgamento/*tratados*; os indeferidos foram computados como *omisso no sistema*.

A variável cargo em disputa (CD_CARGO) permitiu a criação de uma variável se o candidato disputou um cargo majoritário ou proporcional.

Apesar de todas as críticas que essa classificação possa receber, sobretudo na realidade brasileira, os partidos políticos foram separados entre *esquerda*, *centro*, *direita* e *sem definição ideológica*, segundo parâmetros sugeridos por Sakurai & Menezes Filho (2008).

O resultado se encontra na tabela a seguir:

**Tabela 2 – Agrupamento de partidos em tendências partidárias**

| Partido | Tendência partidária | Partido | Tendência partidária |
|---|---|---|---|
| AVANTE/PT do B | S/D | PP | Direita |
| DC/PSDC | S/D | PPL | S/D |
| DEM | Direita | PPS | Esquerda |
| MDB/PMDB | Centro | PRB | S/D |
| NOVO | Direita* | PROS | S/D |
| PATRI | S/D | PRP | S/D |
| PC do B | Esquerda | PRTB | S/D |
| PCB | Esquerda* | PSB | Esquerda |
| PCO | Esquerda* | PSC | Direita |
| PDT | Esquerda | PSD | Direita |
| PEN | S/D | PSDB | Centro |
| PHS | S/D | PSL | Direita |
| PL/PR | Direita | PSOL | Esquerda* |
| PMB | S/D | PSTU | Esquerda* |
| PMN | Esquerda | PT | Esquerda |
| PODEMOS/PTN | S/D | PTB | Centro |
| PTC | S/D | REDE | S/D |
| PV | Esquerda | SOLIDARIEDADE | S/D |

* Agremiações que não foram classificadas pelo estudo de Sakurai & Menezes Filho, mas apresentam tendências facilmente identificáveis.

O objetivo desse agrupamento foi reduzir o espantoso número de partidos políticos para apenas quatro conjuntos, em ordem a permitir que, de alguma forma, fosse computada na análise algum sinal de tendência partidária, hipótese que se mostraria bastante difícil com 36 agremiações partidárias diferentes.

Das demais variáveis constantes das bases de dados, separaram-se, para utilização no estudo, as seguintes: (i) idade; (ii) grau de instrução; (iii) gênero; (iv) raça. Para as últimas variáveis, foram geradas *dummies*.

Ainda, outra variável de interesse presente na base de dados é a se o candidato se encontra disputando reeleição: tal informação indica uma experiência pretérita, que pode ser positiva ou negativa, o que certamente impacta na decisão de sufragar ou não determinado indivíduo.

Por fim, foi criada uma variável que contemplasse a relação de candidatos por vagas, de modo a que o modelo incorporasse presumível fator de competição eleitoral na decisão de impugnação de um adversário.

## 4. Modelo teórico

Recobre-se a indagação formulada pelo presente estudo: *eleitores punem candidatos identificados como "fichas-sujas"?*

O presente trabalho pretende analisar essa premissa à luz de outras variáveis: a aparência de "ficha-suja" causada por impugnações de registro de candidaturas que foram expostas pelo sítio DivulgaCand do TSE.

A ideia, segundo o modelo causal de Rubin (2005), é identificar o efeito ocasionado na pretensão eleitoral de um candidato a cargo proporcional (deputados estadual, distrital e federal, e vereadores), por decorrência do *tratamento* conferido pela impugnação de registro à candidatura.

Do ponto de vista lógico, é impossível avaliar o mesmo candidato sendo impugnado e não-impugnado, ao mesmo tempo, na mesma eleição. A necessidade, portanto, é identificar um grupo contrafactual que teria chances similares de eleição, não fora a existência de uma impugnação ao registro.

Tarefa bastante difícil, senão impossível, mas que se tentou buscar a partir de técnica de pareamento, como explicitado a seguir.

Nas eleições de 2014, 2016 e 2018, há o seguinte quadro de frequências de candidatos deferidos e *sub judice*, para cargos proporcionais:

**Tabela 3 – Distribuição da situação de candidatura**

| Eleição | 2014 | 2016 | 2018 |
|---|---|---|---|
| Deferidos/controle | 21.102 | 435.031 | 24.569 |
| *Sub judice*/tratados | 40 | 2.531 | 171 |

Visando a obtenção de um número comparativo com características similares àquelas dos *tratados*, utilizou-se da técnica do *propensity score* para possibilitar a análise da frequência de resultados eleitorais em relação ao grupo de *controle*. Utilizando a ferramenta do IBM/SPSS, a partir da variável TRATADOS como identificadora do grupo, foram selecionadas as variáveis *idade*, *relação de candidatos por vagas*, *tendência partidária*, *raça*, *gênero* e *grau de instrução*, como características identificáveis nos *tratados* para buscar conjunto similar de *controle*.

O objetivo, portanto, foi buscar um pareamento de características similares entre os dois grupos em comparação – os *deferidos* (controle) e os *sub-judice* (tratados), a partir das variáveis disponíveis nas bases de dados do TSE.

Assim, tanto quanto possível, selecionou-se um grupo com características semelhantes àqueles candidatos que se apresentaram *sub judice* – exceto o fato de se encontrarem com o registro pendente – em ordem a possibilitar a comparação entre ambos os conjuntos, para verificar se haveria algum impacto no resultado eleitoral.

Essa comparação, ao nosso sentir, é que permitirá avaliar o efeito causal de uma pendência no registro de candidatura (*sub judice*) no resultado eleitoral do pretendente.

As tabelas de A a C do Anexo apresentam o resultado da aplicação do modelo proposto neste trabalho, a sugerir relevância estatística na análise empreendida. Em suma, o modelo logrou explicar 72,5% dos casos relativos a 2014, 68,2% em 2016 e 73,4% em 2018.

Ademais, é importante trazer à memória a forma pela qual se dá a eleição de um candidato proporcional. Como aponta SANTOS (2016), a Minirreforma Eleitoral de 2015 (Lei n. 13.165, de 29 de setembro de 2015) modificou a forma pela qual um candidato a cargo proporcional era considerado eleito.

Até então, calculava-se o *quociente eleitoral* (QE), segundo a fórmula a seguir:

$$QE = \frac{\text{votos válidos}}{\text{n. de cadeiras em disputa}}$$

Uma vez obtido o QE, calcula-se o *quociente partidário* (QP), isto é, a quantidade de vagas obtida pelo partido, mediante a seguinte equação:

$$QP = \frac{\text{votos válidos do partido}}{QE}$$

Dado que há sobras eleitorais decorrente desse cálculo do quociente partidário, há a necessidade de se calcular a *média* (M), mediante a divisão dessas sobras pelo número de vagas obtidas pelo partido mais 1:

$$M = \frac{\text{n. de votos do partido}}{\text{n. de vagas do partido+1}}$$

O partido com maior média ficava com a cadeira remanescente, calculando-se sucessivamente até preencherem-se todas as cadeiras (SANTOS, 2016).

A partir da modificação, ocorrida mediante a Lei n° 13.165/2015, passou-se a exigir um percentual de 10% do quociente eleitoral do partido para considerar-se um indivíduo eleito. Assim, se candidato com direito a uma vaga pelo regime anterior **não atingisse o percentual mínimo**, veria sua cadeira entrar na divisão por médias.

Na prática, essa alteração legislativa buscou barrar o "efeito Tiririca", em que um candidato campeão de votos acabava elegendo indivíduos com praticamente nenhuma expressão eleitoral.

Para a definição de suplentes, não há a exigência de percentual mínimo.

Esse procedimento foi realizado em cada uma das bases de dados correspondentes às eleições de 2014, 2016 e 2018.

## 5. Principais achados

Após a definição do grupo de controle com características semelhantes àquelas do conjunto de candidatos que tiveram suas candidaturas questionadas, realizou-se um estudo de frequência dos resultados eleitorais para cada eleição analisada.

Nota-se que, como o estudo analisou apenas os candidatos a cargos proporcionais (vereadores, deputados estaduais, distritais e federais), foram identificados resultados de eleitos por quociente partidário, eleitos por média e suplentes, além dos não eleitos.

Para as eleições de 2014, recordando-se que vigorava um modelo diferente de cômputo de eleitos, o quadro apresenta-se como o que segue:

**Tabela 4 – Análise do efeito do tratamento Eleições 2014**

| | Nulo | Eleito QP | Eleito M | Suplente | Não eleito | Total |
|---|---|---|---|---|---|---|
| Controle | 0 | 4 | 2 | 32 | 2 | 40 |
| % Controle | 0% | 10% | 5% | 80% | 5% | 100% |
| Tratado | 0 | 5 | 4 | 11 | 20 | 40 |
| % Tratado | 0% | 12,5% | 10% | 27,5% | 50% | 100% |
| *Cômputo geral* | *3.142* | *1.357* | *215* | *16.217* | *4.237* | *25.168* |
| *% Comp. geral* | *12,5%* | *5,4%* | *0,9%* | *64,4%* | *16,8%* | *100%* |

Ou seja, caso haja uma impugnação de registro, as chances de ser eleito (*por quociente partidário – 12,5%, por média – 10% ou como suplente – 27,5%*) foram de 50%, enquanto, para o candidato que teve seu registro deferido sem recurso, esse percentual foi de 95% (somente 5% de não eleitos).

Especificamente quando a comparação se dá entre *suplentes*, a análise mostra que o grupo de controle retornou 80%, contra 27,5% dos tratados. Já para os *não eleitos*, a relação é de 10 para 1 (50% não eleitos, no grupo de *tratados*, para 5% no grupo de *controle*).

Nas eleições de 2016, de caráter municipal e já com a exigência de um mínimo de votos próprios para o candidato, o resultado aponta também para um prejuízo àqueles que tiveram os registros de candidatura impugnados: 65% não foram eleitos, contra 13,8% de não eleitos no conjunto de controle e 20,1% no restante de candidatos a cargos proporcionais:

**Tabela 5 – Análise do efeito do tratamento Eleições 2016**

| | Eleito QP | Eleito M | Suplente | Não eleito | Total |
|---|---|---|---|---|---|
| Controle | 301 | 80 | 1785 | 346 | 2512 |
| % Controle | 12% | 3,2% | 71% | 13,8% | 100% |
| Tratado | 175 | 37 | 675 | 1644 | 2531 |
| % Tratado | 6,9% | 1,5% | 26,7% | 65% | 100% |
| *Cômputo geral* | *45.851* | *12.067* | *312.312* | *75.424* | *463.405* |
| *% Com geral* | *9,9%* | *2,6%* | *67,4%* | *16,3%* | *100%* |

Note-se que a eleição de 2016 possui outra característica, até pelo perfil de candidaturas – por exemplo, quanto à escolaridade, o perfil preponderante é o de candidatos com ensino médio completo (38%), enquanto que em 2014 o perfil preponderante é o de ensino superior completo (46%), perfil similar ao de 2018 (48%), vide tabela D, do Anexo.

Mesmo assim, a hipótese inicial de rejeição a candidaturas impugnadas também se mostra presente, como se infere dos dados acima: em todas as hipóteses analisadas, o grupo de tratados (ou seja, de *impugnados*) apresenta escore inferior ao de controle para os eleitos por quociente, média e suplentes, e mais de quatro vezes maior para os não eleitos.

Quadro similar é verificado nas eleições de 2018: 62% de não eleitos no conjunto de *tratados*, *versus* 16,4% no grupo de *controle* e 26,4% do geral de candidatos a cargos proporcionais:

**Tabela 6 – Análise do efeito do tratamento Eleições 2018**

| | Nulo | Eleito QP | Eleito M | Suplente | Não eleito | Total |
|---|---|---|---|---|---|---|
| Controle | 0 | 16 | 3 | 124 | 28 | 171 |
| % Controle | 0% | 9,4% | 1,8% | 72,5% | 16,4% | 100% |
| Tratado | 0 | 8 | 4 | 53 | 106 | 171 |
| % Tratado | 0% | 4,7% | 2,3% | 31% | 62% | 100% |
| *Cômputo geral* | *1.565* | *1.275* | *297* | *18.666* | *5.707* | *27.510* |
| *% Comp geral* | *5,7%* | *4,6%* | *1,1%* | *67,9%* | *20,7%* | *100%* |

Uma visão geral das três eleições analisadas, segundo o modelo proposto, sugere uma elevação do número de não eleitos (50%, 65% e 62%, respectivamente, *versus* 5%, 13,8% e 16,4%) quando o candidato é submetido a um questionamento no seu registro de candidatura.

## 6. Conclusão

De forma aderente a Arvate & Mittlaender (2017), a Ferraz & Finan (2008) e também em Brollo (2008), o presente estudo aponta para o fato de que a existência de informações potencialmente negativas sobre uma candidatura impacta de forma relevante na escolha do eleitorado: mais da metade dos

candidatos com registros pendentes nas eleições analisadas tiveram resultados de não eleição, contra valores bem menores, tanto no grupo de controle quanto no cômputo geral.

A representação popular, que decorre dos processos eleitorais, é elemento central para legitimar o exercício do poder do Estado. Como atestam Pelizzo & Stapenhurst (2014): "Election campaigns are the heart of democracy. Without elections, there is no representation, and without representation there is no democracy".

A preocupação com a qualidade dos candidatos é central nessa questão da representação: prova disso são os movimentos que buscam alertar para a importância do exercício do voto e para aprimorar a legislação eleitoral, como destacado na introdução deste trabalho.

Os dados apresentados acima mostram-se exemplo singelo de como uma divulgação de informação pode repercutir positivamente, na medida em que o eleitor tende a rejeitar candidato que se apresente com aparência de ficha-suja.

Essa constatação pode decorrer de inúmeros fatores, desde a eficácia do sistema DivulgaCand, do Tribunal Superior Eleitoral, em fazer chegar aos cidadãos as informações sobre impugnações de candidaturas, até mesmo mediante propaganda negativa de adversários eleitorais.

Pode até mesmo advir do desestímulo que a impugnação carreie ao próprio candidato ou ao seu partido, sobretudo a partir de 2016, com a vedação ao financiamento empresarial privado para eleições, objeto de decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4.650. Dada a escassez de fontes de recursos para a campanha eleitoral, é presumível que partidos busquem investir em candidaturas com riscos menores de insucesso por questões jurídicas (procedência de impugnações).

Todavia, há que se evitar o malefício de uma indústria de impugnações, como sugerido no estudo de Nogueira (2019): o sistema deve prever algum tipo de mecanismo para desestimular impugnações frívolas, com o objetivo de apenas carrear máculas em adversários.

No entanto, ainda sobre esse ponto, a solução é conferir maior transparência ainda, para que uma tentativa de impugnação inconsistente gere, ela própria, sensibilidade no eleitorado para reagir à altura: que se sancione aquele que venha a se utilizar de forma viciada de um dispositivo legal.

Tocqueville (2007) defendeu que o melhor remédio para os possíveis malefícios decorrentes da ampla liberdade de imprensa é estimular o maior número de fontes de informação, para que o cidadão faça, por si próprio, juízo de valor acerca daquilo que lhe oferecem nos jornais; aqui, a ideia é a mesma: que haja tanta informação sobre candidatos e sobre o processo eleitoral que seja possível aos eleitores o melhor juízo sobre a quem conferir o seu voto.

Esse *melhor juízo*, contudo, pressupõe uma sociedade apta, educada, capaz de fazer uma leitura dos fatos a partir de um senso crítico. Como assenta Marshall (1967), trata-se de um dever da sociedade:

> Tornou-se cada vez mais notório, com o passar do século XIX, que a democracia política necessitava de um eleitorado educado e de que a produção científica se ressentia de técnicos e trabalhadores qualificados. O dever de autoaperfeiçoamento e de auto civilização é, portanto, um dever social e não somente individual porque o bom funcionamento de uma sociedade depende da educação de seus membros. E uma comunidade que exige o cumprimento dessa obrigação começou a ter consciência de que sua cultura é uma unidade orgânica e sua civilização uma herança nacional. Depreende-se disto que o desenvolvimento da educação primária pública durante o século XIX constitui o primeiro passo decisivo em prol do restabelecimento dos direitos sociais da cidadania no século XX (p. 74)

De uma forma ou de outra, ou seja, ainda que tenhamos muito a desenvolver no quesito educacional em nosso país, o presente trabalho aponta para o fato de que a informação sobre impugnação de candidatura – sem se preocupar com a forma como essa informação atinge o eleitorado – repercute na decisão do eleitor. E repercute no sentido de se rechaçar aquele candidato que se apresente com aparência de *ficha-suja*.

## Referências

ARVATE, Paulo. MITTLAENDER, Sergio. Condemning corruption while condoning inefficiency: an experimental investigation into voting behavior. *Public Choice* (2017) 172: 399. Disponível em: https://doi.org/10.1007/s11127-017-0452-x. Acesso em: 9 jul. 2020.

BROLLO, Fernanda. *Who Is Punishing Corrupt Politicians* – Voters or the Central Government? Evidence from the Brazilian Anti-Corruption Program. The Institute for Economic Development Working Papers Series dp-168, 2008, Department of Economics, Boston University.

CASEY, Katherine. KAMARA, Abou B. MERIGGI, Niccoló. An experiment in candidate selection. *NBER Working Paper Series*, Aug 2019. Disponível em: http://www.nber.org/papers/w26160. Acesso em: 9 jul. 2020.

COSTA, Adriano S. da. *Instituições de Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FAVERO, Luiz P. BELFIORE, Patrícia. SILVA, Fabiana L. CHAN, Betty L. *Análise de dados: modelagem multivariada para tomada de decisões*. São Paulo: Campus, 2009.

FERRAZ, Claudio. FINAN, Frederico. Exposing corrupt politicians: the effects of brazil's publicly released audits on electoral outcomes. *The Quarterly Journal of Economics*; May 2008, p. 703-745.

GUO, Shenyang. Fraser, Mark W. *Propensity score analysis: Statistical methods and applications* (Vol. 11). Sage Publications, 2010.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e "status"*. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

PELIZZO, Riccardo, STAPENHURST, Frederick. *Paliamentary oversight tools: a comparative analisys*. Londres: Routledge, 2014.

PEREZ LUÑO, Antonio-Henrique. *¿Ciberciudadaní@ o Ciudadaní@.com?* Barcelona: GEDISA, 2003.

POWER, Timothy J.; TAYLOR, Matthew M. Accountability institutions and political corruption in Brazil. In: *Corruption and democracy in Brazil*. Indiana: University of Notre Dame Press, 2011.

RUBIN, Donald B. Causal inference using potential outcomes. J*ournal of the American Statistical Association*; Mar 2005; 100, 469, p. 322–331.

SANTOS. Polianna P. dos. Sistema proporcional brasileiro e Lei 13.165/2015: um breve estudo sob o prisma da qualidade da democracia. *Revista Ballot* – Rio de Janeiro, V. 2 N. 1, Jan/abril 2016, p. 245-285

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Da democracia na América*. Trad. Carlos Correia Monteiro de Oliveira. Estoril: Princípia, 2007.

Vários autores. *Avaliação econômica de projetos sociais*. [organizadores Naercio Aquino Menezes Filho, Cristine Campos de Xavier Pinto]. 3ª. ed. São Paulo: Fundação Itaú Social, 2017.

# Anexo

| Variáveis na equação - 2014 | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | | B | S.E. | Wald | df | Sig. | Exp(B) |
| Etapa 1a | NR_IDADE_DATA_POSSE | 0,011 | 0,015 | 0,522 | 1 | 0,470 | 1,011 |
| | ST_REELEICAO | 0,888 | 0,510 | 3,028 | 1 | 0,082 | 2,431 |
| | CAND_VAGA | -0,058 | 0,027 | 4,718 | 1 | 0,030 | 0,944 |
| | TEND_PART=ESQUERDA | -0,604 | 0,430 | 1,968 | 1 | 0,161 | 0,547 |
| | TEND_PART=CENTRO | -0,072 | 0,505 | 0,020 | 1 | 0,887 | 0,931 |
| | TEND_PART=DIREITA | 0,142 | 0,416 | 0,117 | 1 | 0,733 | 1,153 |
| | CD_COR_RACA=BRANCA | -2,642 | 1,052 | 6,312 | 1 | 0,012 | 0,071 |
| | CD_COR_RACA=PRETA | -3,443 | 1,426 | 5,831 | 1 | 0,016 | 0,032 |
| | CD_COR_RACA=PARDA | -1,939 | 1,043 | 3,455 | 1 | 0,063 | 0,144 |
| | CD_COR_RACA=AMARELA | -17,140 | 3922,156 | 0,000 | 1 | 0,997 | 0,000 |
| | CD_GENERO=MASCULINO | 0,769 | 0,447 | 2,957 | 1 | 0,086 | 2,158 |
| | CD_GRAU_INSTRUCAO=LÊ E ESCREVE | 0,728 | 1,038 | 0,491 | 1 | 0,483 | 2,070 |
| | CD_GRAU_ INSTRUCAO=ENSINO FUNDAMENTAL INCOMPLETO | -15,054 | 1472,002 | 0,000 | 1 | 0,992 | 0,000 |
| | CD_GRAU_ INSTRUCAO=ENSINO FUNDAMENTAL COMPLETO | -0,154 | 0,625 | 0,060 | 1 | 0,806 | 0,858 |
| | CD_GRAU_ INSTRUCAO=ENSINO MÉDIO INCOMPLETO | -14,994 | 1526,281 | 0,000 | 1 | 0,992 | 0,000 |
| | CD_GRAU_ INSTRUCAO=ENSINO MÉDIO COMPLETO | -0,233 | 0,384 | 0,368 | 1 | 0,544 | 0,792 |
| | CD_GRAU_ INSTRUCAO=ENSINO SUPERIOR INCOMPLETO | -0,407 | 0,622 | 0,428 | 1 | 0,513 | 0,666 |

| Variáveis na equação - 2014 | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | | B | S.E. | Wald | df | Sig. | Exp(B) |
| | Constante | -3,780 | 1,368 | 7,631 | 1 | 0,006 | 0,023 |

a. Variável(is) inserida(s) na etapa 1: NR_IDADE_DATA_POSSE, ST_REELEICAO, CAND_VAGA, TEND_PART=ESQUERDA, TEND_PART=CENTRO, TEND_PART=DIREITA, CD_COR_RACA=BRANCA, CD_COR_RACA=PRETA, CD_COR_RACA=PARDA, CD_COR_RACA=AMARELA, CD_GENERO=MASCULINO, CD_GRAU_INSTRUCAO=LÊ E ESCREVE, CD_GRAU_INSTRUCAO=ENSINO FUNDAMENTAL INCOMPLETO, CD_GRAU_INSTRUCAO=ENSINO FUNDAMENTAL COMPLETO, CD_GRAU_INSTRUCAO=ENSINO MÉDIO INCOMPLETO, CD_GRAU_INSTRUCAO=ENSINO MÉDIO COMPLETO, CD_GRAU_INSTRUCAO=ENSINO SUPERIOR INCOMPLETO.

Tabela A1 – Variáveis na equação 2014

| Pseudo R quadrado | |
|---|---|
| Cox e Snell | 0,564 |
| Nagelkerke | 0,630 |
| McFadden | 0,368 |

Tabela A2 – Medidas de ajuste do modelo 2014

| Classificação | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| Observado | Previsto | | | | |
| | ELEITO QP | ELEITO MD | NÃO ELEITO | SUPLENTE | Porcentagem Correta |
| ELEITO QP | 5 | 0 | 1 | 3 | 55,6% |
| ELEITO MD | 1 | 0 | 2 | 3 | 0,0% |
| NÃO ELEITO | 1 | 0 | 17 | 4 | 77,3% |
| SUPLENTE | 0 | 0 | 7 | 36 | 83,7% |
| Porcentagem global | 8,8% | 0,0% | 33,8% | 57,5% | 72,5% |

Tabela A3 – Classificação do modelo 2014

| Variáveis na equação - 2016 | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | | B | S.E. | Wald | df | Sig. | Exp(B) |
| Etapa 1[a] | NR_IDADE_DATA_POSSE | 0,001 | 0,002 | 0,878 | 1 | 0,349 | 1,001 |
| | ST_REELEICAO | 0,153 | 0,065 | 5,491 | 1 | 0,019 | 1,165 |
| | CAND_VAGA | -0,007 | 0,003 | 4,802 | 1 | 0,028 | 0,993 |
| | TEND_PART=ESQUERDA | 0,160 | 0,055 | 8,423 | 1 | 0,004 | 1,173 |
| | TEND_PART=CENTRO | 0,044 | 0,062 | 0,513 | 1 | 0,474 | 1,045 |
| | TEND_PART=DIREITA | 0,023 | 0,058 | 0,153 | 1 | 0,696 | 1,023 |
| | CD_COR_RACA=BRANCA | -1,064 | 0,222 | 22,912 | 1 | 0,000 | 0,345 |
| | CD_COR_RACA=PRETA | -0,821 | 0,230 | 12,773 | 1 | 0,000 | 0,440 |
| | CD_COR_RACA=PARDA | -0,719 | 0,222 | 10,494 | 1 | 0,001 | 0,487 |
| | CD_COR_RACA=AMARELA | -0,557 | 0,340 | 2,681 | 1 | 0,102 | 0,573 |
| | CD_GENERO=MASCULINO | -0,026 | 0,043 | 0,357 | 1 | 0,550 | 0,974 |
| | CD_GRAU_ INSTRUCAO=ANALFABETO | -16,992 | 40192,970 | 0,000 | 1 | 1,000 | 0,000 |
| | CD_GRAU_INSTRUCAO=LÊ E ESCREVE | 0,297 | 0,106 | 7,908 | 1 | 0,005 | 1,346 |
| | CD_GRAU_INSTRUCAO=ENSINO FUNDAMENTAL INCOMPLETO | -0,348 | 0,072 | 23,416 | 1 | 0,000 | 0,706 |
| | CD_GRAU_INSTRUCAO=ENSINO FUNDAMENTAL COMPLETO | -0,207 | 0,071 | 8,401 | 1 | 0,004 | 0,813 |
| | CD_GRAU_INSTRUCAO=ENSINO MÉDIO INCOMPLETO | -0,080 | 0,096 | 0,692 | 1 | 0,406 | 0,923 |
| | CD_GRAU_INSTRUCAO=ENSINO MÉDIO COMPLETO | -0,138 | 0,055 | 6,327 | 1 | 0,012 | 0,871 |
| | CD_GRAU_INSTRUCAO=ENSINO SUPERIOR INCOMPLETO | 0,064 | 0,099 | 0,421 | 1 | 0,516 | 1,067 |
| | Constante | -4,190 | 0,238 | 309,232 | 1 | 0,000 | 0,015 |

| Variáveis na equação - 2016 | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | | B | S.E. | Wald | df | Sig. | Exp(B) |
| a. Variável(is) inserida(s) na etapa 1: NR_IDADE_DATA_POSSE, ST_REELEICAO, CAND_VAGA, TEND_PART=ESQUERDA, TEND_PART=CENTRO, TEND_PART=DIREITA, CD_COR_RACA=BRANCA, CD_COR_RACA=PRETA, CD_COR_RACA=PARDA, CD_COR_RACA=AMARELA, CD_GENERO=MASCULINO, CD_GRAU_INSTRUCAO=ANALFABETO, CD_GRAU_INSTRUCAO=LÊ E ESCREVE, CD_GRAU_INSTRUCAO=ENSINO FUNDAMENTAL INCOMPLETO, CD_GRAU_INSTRUCAO=ENSINO FUNDAMENTAL COMPLETO, CD_GRAU_INSTRUCAO=ENSINO MÉDIO INCOMPLETO, CD_GRAU_INSTRUCAO=ENSINO MÉDIO COMPLETO, CD_GRAU_INSTRUCAO=ENSINO SUPERIOR INCOMPLETO. | | | | | | | |

Tabela B1 – Variáveis na equação 2016

| Pseudo R quadrado | |
|---|---|
| Cox e Snell | 0,389 |
| Nagelkerke | 0,446 |
| McFadden | 0,239 |

Tabela B2 – Medidas de ajuste do modelo 2016

| Classificação | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| Observado | Previsto | | | | | |
| | NULO | ELEITO QP | ELEITO MD | NÃO ELEITO | SUPLENTE | Porcentagem Correta |
| NULO | 2 | 0 | 0 | 0 | 0 | 100,0% |
| ELEITO QP | 0 | 107 | 0 | 141 | 228 | 22,5% |
| ELEITO MD | 0 | 17 | 0 | 31 | 69 | 0,0% |
| NÃO ELEITO | 0 | 40 | 0 | 1561 | 373 | 79,1% |
| SUPLENTE | 0 | 69 | 0 | 633 | 1757 | 71,5% |
| Porcentagem global | 0,0% | 4,6% | 0,0% | 47,1% | 48,3% | 68,2% |

Tabela B3 – Classificação do modelo 2016

| Variáveis na equação - 2018 | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | | B | S.E. | Wald | df | Sig. | Exp(B) |
| Etapa 1a | NR_IDADE_DATA_POSSE | 0,013 | 0,007 | 3,376 | 1 | 0,066 | 1,013 |
| | ST_REELEICAO | 0,085 | 0,302 | 0,079 | 1 | 0,779 | 1,088 |
| | CAND_VAGA | -0,017 | 0,003 | 38,102 | 1 | 0,000 | 0,983 |
| | CD_COR_RACA=BRANCA | -0,140 | 1,015 | 0,019 | 1 | 0,890 | 0,869 |
| | CD_COR_RACA=PRETA | -0,514 | 1,049 | 0,240 | 1 | 0,624 | 0,598 |
| | CD_COR_RACA=PARDA | -0,361 | 1,016 | 0,126 | 1 | 0,723 | 0,697 |
| | CD_COR_RACA=AMARELA | -16,146 | 3211,728 | 0,000 | 1 | 0,996 | 0,000 |
| | TEND_PART=ESQUERDA | -0,343 | 0,204 | 2,815 | 1 | 0,093 | 0,710 |
| | TEND_PART=CENTRO | -0,315 | 0,301 | 1,094 | 1 | 0,296 | 0,730 |
| | TEND_PART=DIREITA | 0,338 | 0,190 | 3,169 | 1 | 0,075 | 1,402 |
| | CD_GENERO=MASCULINO | 0,178 | 0,175 | 1,036 | 1 | 0,309 | 1,195 |
| | CD_GRAU_INSTRUCAO=LÊ E ESCREVE | -16,326 | 2616,006 | 0,000 | 1 | 0,995 | 0,000 |
| | CD_GRAU_ INSTRUCAO=ENSINO FUNDAMENTAL INCOMPLETO | -1,005 | 0,718 | 1,960 | 1 | 0,162 | 0,366 |
| | CD_GRAU_ INSTRUCAO=ENSINO FUNDAMENTAL COMPLETO | -0,347 | 0,397 | 0,763 | 1 | 0,382 | 0,707 |
| | CD_GRAU_ INSTRUCAO=ENSINO MÉDIO INCOMPLETO | -1,556 | 1,008 | 2,383 | 1 | 0,123 | 0,211 |
| | CD_GRAU_ INSTRUCAO=ENSINO MÉDIO COMPLETO | -0,178 | 0,194 | 0,844 | 1 | 0,358 | 0,837 |
| | CD_GRAU_ INSTRUCAO=ENSINO SUPERIOR INCOMPLETO | 0,835 | 0,210 | 15,827 | 1 | 0,000 | 2,305 |
| | Constante | -4,622 | 1,070 | 18,647 | 1 | 0,000 | 0,010 |

| Variáveis na equação - 2018 | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | | B | S.E. | Wald | df | Sig. | Exp(B) |
| a. Variável(is) inserida(s) na etapa 1: NR_IDADE_DATA_POSSE, ST_REELEICAO, CAND_VAGA, CD_COR_RACA=BRANCA, CD_COR_RACA=PRETA, CD_COR_RACA=PARDA, CD_COR_RACA=AMARELA, TEND_PART=ESQUERDA, TEND_PART=CENTRO, TEND_PART=DIREITA, CD_GENERO=MASCULINO, CD_GRAU_INSTRUCAO=LÊ E ESCREVE, CD_GRAU_INSTRUCAO=ENSINO FUNDAMENTAL INCOMPLETO, CD_GRAU_INSTRUCAO=ENSINO FUNDAMENTAL COMPLETO, CD_GRAU_INSTRUCAO=ENSINO MÉDIO INCOMPLETO, CD_GRAU_INSTRUCAO=ENSINO MÉDIO COMPLETO, CD_GRAU_INSTRUCAO=ENSINO SUPERIOR INCOMPLETO. | | | | | | | |

Tabela C1 – Variáveis na equação 2018

| Pseudo R quadrado | |
|---|---|
| Cox e Snell | 0,477 |
| Nagelkerke | 0,557 |
| McFadden | 0,333 |

Tabela C2 – Medidas de ajuste do modelo 2018

| Classificação | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| Observado | Previsto | | | | |
| | ELEITO QP | ELEITO MD | NÃO ELEITO | SUPLENTE | Porcentagem Correta |
| ELEITO QP | 7 | 0 | 6 | 11 | 29,2% |
| ELEITO MD | 2 | 0 | 4 | 1 | 0,0% |
| NÃO ELEITO | 1 | 0 | 106 | 27 | 79,1% |
| SUPLENTE | 3 | 0 | 36 | 138 | 78,0% |
| Porcentagem global | 3,8% | 0,0% | 44,4% | 51,8% | 73,4% |

Tabela C3 – Classificação do modelo 2018

| | 2014 | | | | 2016 | | | | 2018 | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | Def | | Sub | | Def | | Sub | | Def | | Sub | |
| Escolaridade | Freq | % | Freq | % | Freq | % | Freq | % | Freq | % | Freq | % |
| Analfabeto | 0 | 0 | 0 | 0 | 1 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Lê e escreve | 203 | 0,96 | 1 | 0,005 | 12.271 | 2,8 | 113 | 0,026 | 225 | 0,91 | 0 | 0 |
| Fund incomp | 700 | 3,31 | 0 | 0 | 69.232 | 15,8 | 328 | 0,075 | 778 | 3,14 | 2 | 0,008 |
| Fund comp | 1.539 | 7,28 | 3 | 0,014 | 60.939 | 13,98 | 326 | 0,075 | 1.422 | 5,75 | 7 | 0,028 |
| Méd incomp | 645 | 3,05 | 0 | 0 | 22.913 | 5,24 | 139 | 0,032 | 718 | 2,9 | 1 | 0,004 |
| Méd comp | 6.236 | 29,5 | 11 | 0,052 | 166.145 | 37,97 | 945 | 0,216 | 7.270 | 29,39 | 41 | 0,166 |
| Sup incomp | 2.052 | 9,7 | 3 | 0,014 | 18.996 | 4,34 | 128 | 0,029 | 2.240 | 9,05 | 33 | 0,133 |
| Sup comp | 9.727 | 46 | 22 | 0,104 | 84.522 | 19,32 | 535 | 0,122 | 11.916 | 48,17 | 87 | 0,352 |
| Não inform | 0 | 0 | 0 | 0 | 15 | 0,003 | 17 | 0,004 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Total | 21.102 | | 40 | | 435.031 | | 2.531 | | 24.569 | | 171 | |

Tabela D – Distribuição variável escolaridade x situação do registro

# Eventos de arrecadação e a vedação a *showmício*: um estudo de caso da *livemício* de caetano veloso[1]

*The prohibition of online artistic presentations for electoral fundraising: A case study of caetano veloso's proposed live concert (livemício) to support electoral candidates*

**Gustavo Bohrer Paim**[2]

**Caetano Cuervo Lo Pumo**[3]

**Everson Alves dos Santos**[4]

**Laura Iahnke Garbin**[5]

[1] Artigo recebido em 15 de março de 2021 e aprovado para publicação em 22 de março de 2021.

[2] Advogado. Doutor em Direito pela UFRGS, Mestre em Direito pela PUC/RS, Especialista em Gestão Pública pela UFRGS. Professor de Direito Eleitoral da Unisinos. Membro da ABRADEP e do IGADE. Sócio do escritório Paim, Lo Pumo e Santos Advogados Associados.

[3] Advogado. Mestre em Direito Público pela UNISC. Membro da ABRADEP e Presidente do Instituto Gaúcho de Direito Eleitoral. Sócio do escritório Paim, Lo Pumo e Santos Advogados Associados.

[4] Advogado. Pós-graduando em Direito Eleitoral pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático (IDDE). Membro do Instituto Gaúcho de Direito Eleitoral (IGADE). Sócio do escritório Paim, Lo Pumo e Santos Advogados Associados.

[5] Acadêmica do 10° semestre de Direito da UFRGS. Pesquisadora do grupo de pesquisa "Fundamentos da responsabilidade civil e suas relações com a seguridade social" (UFRGS). Estagiária do escritório Paim, Lo Pumo e Santos Advogados Associados.

## Resumo

O presente artigo trata da chamada *livemício* de Caetano Veloso, evento para arrecadação de recursos para candidaturas ao cargo de prefeito de Porto Alegre e São Paulo. Por meio de estudo de caso, com análise narrativa de representação eleitoral envolvendo a exposição de argumentos de 15 magistrados e três representantes do Ministério Público Eleitoral, do primeiro grau de jurisdição até o Tribunal Superior Eleitoral, bem como dos advogados das partes – além de pesquisa bibliográfica –, pretende-se demonstrar a insegurança jurídica que envolve a matéria, buscando-se colaborar com a discussão posta, a fim de se apresentar sugestões para facilitar futuros julgamentos de casos semelhantes.


**Palavras-chave**: Evento de Arrecadação. *Livemício*. *Showmício*. Liberdade de Expressão. Segurança Jurídica.


## Abstract

This article addresses a proposed online concert by the artist Caetano Veloso. This online event was organised to raise funds for candidates competing for the post of mayor of the cities of Porto Alegre and São Paulo in Brazil. This case study includes narrative analysis and arguments of fifteen magistrates and three representatives of the Public Electoral Ministry, from the first degree of jurisdiction to the Superior Electoral Court, as well, as the arguments by lawyers of each of the parties – bibliographic research is also included. The case study demonstrates the legal uncertainty surrounding the matter of online events as electoral fundraisers, seeking to put forward arguments that will facilitate future judgments of similar cases.


**Keywords**: Fundraiser Event. Livemício. Showmício. Freedom of Expression. Legal Certainty.

# 1. Introdução

O presente artigo objetiva fomentar um necessário debate acerca da realização de eventos de arrecadação de campanha eleitoral em formato de *shows* e apresentações *online* ao vivo (*live*). Para tanto, pretende-se discutir um caso concreto ocorrido nas eleições de 2020, a partir da narrativa da fundamentação jurídica exposta por seus principais atores.

A Eleição Municipal de 2020 para a Prefeitura de Porto Alegre (RS) contou, inicialmente, com 13 postulantes ao cargo do executivo, número recorde desde a redemocratização. Entre os candidatos, concorreram Manuela d'Ávila, pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB), e Gustavo Paim, pelo Progressistas (PP).

No curso da campanha eleitoral, a candidata Manuela d'Ávila passou a anunciar amplamente em suas redes sociais, a realização de um evento consistente na apresentação do músico Caetano Veloso, ao vivo e de forma virtual, em que haveria arrecadação de fundos para sua candidatura e a de Guilherme Boulos, que concorria à Prefeitura de São Paulo.

Sob o entendimento de que este ato desrespeitaria a isonomia do pleito e as normas legais que regem o processo eleitoral, o candidato Gustavo Paim e a sua coligação "Porto Alegre pra ti" ajuizaram a Representação Eleitoral n° 0600032-66.2020.6.21.0161, em face da candidata à prefeitura Manuela d'Ávila, de seu candidato a vice-prefeito Miguel Rossetto e da coligação "Movimento muda Porto Alegre".

Em menos de 30 dias, houve o esgotamento do mérito da Representação em julgamentos de primeiro e segundo graus, além do enfrentamento da questão pelo Tribunal Superior Eleitoral em processo de Tutela Cautelar Antecedente. Trata-se, inegavelmente, de tempos e emoções que somente o Direito Eleitoral proporciona.

A pretensão deste ensaio, portanto, é debater um caso concreto, de forma narrativa, a partir das posições dos principais atores do processo: as partes, o Ministério Público e os juízes eleitorais. Ao final, com escopo de oferecer resultado concreto, pretende-se, ainda que de forma superficial, abordar alguns aspectos críticos relevantes no debate, considerando a necessidade de segurança jurídica, e oferecer caminhos a serem trilhados pelos poderes instituídos.

Ainda neste introito, convém destacar dois importantes debates que permearam todo o processo.

O primeiro, refere-se ao mérito que guiou os julgadores na interpretação da Lei das Eleições (Lei n° 9.504, de 30 de setembro de 1997), especialmente em relação ao art. 23, § 4°, V, que regula a realização de eventos, e o § 7° do art. 39, que proíbe a realização de *showmícios*, diante do aparente conflito existente entre o princípio da igualdade de armas e a limitação à liberdade de expressão.

Lembra-se desde já a doutrina de Aline Osório, para quem "não se pode pretender separar a política das manifestações artísticas, nem reduzir gastos às custas da liberdade de expressão". Conforme a autora, "a restrição somente será válida caso haja realmente uma ameaça à igualdade de chances na disputa"[6].

Como se verá adiante, a questão da *liberdade de expressão* foi abordada em diversos momentos dos julgamentos, considerando a necessidade de interpretação da norma que proíbe a realização de *showmícios* e sua aplicação no caso da realização de eventos arrecadatórios.

Em segundo lugar, toda a controvérsia, nos diferentes níveis de jurisdição, ainda que de forma nem sempre direta, também considerou a questão da segurança jurídica, já que o processo eleitoral – desde a Lei n° 11.300, de 10 de maio de 2006, que deu a moldagem atual à proibição de *showmícios* – tem se afastado de manifestações artísticas. Tal afirmação é possível a partir da experiência comum de quem milita no Direito Eleitoral, bem como pela existência de poucos julgados acerca do assunto. Assim, permitir o evento, mesmo que para fins de arrecadação, não deixa de significar uma mudança na interpretação legal, que eventualmente será aplicada para *shows*, mas que também pode atingir outros aspectos restritivos da legislação eleitoral, e que deverá servir como norte para o comportamento em eleições futuras.

Nesse quadro, é fundamental lembrar a lição de Humberto Ávila, que ensina ser a segurança jurídica "um instrumento para que o cidadão possa saber, antes e com seriedade, o que pode fazer, de modo que possa melhor ser o que pode e quer ser"[7]. O autor, para abordar o tema, faz referência à cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade, para permitir que se possa saber como agir e se manter em conformidade com o direito, "de modo que o cidadão possa planejar, livre e autonomamente o seu futuro por meio do conhecimento antecipado das consequências a que estará sujeito"[8]. A aplicação

[6] OSÓRIO, Aline. *Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017, p. 267.

[7] AVILA, Humberto. *Segurança Jurídica*: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, p. 95.

[8] Idem, p. 630.

de tais ideias ao Direito Eleitoral restou consagrada por Gustavo Bohrer Paim,[9] merecendo especial atenção em casos como o presente.

Esses temas, mesmo que em dados momentos lateralmente, foram debatidos ao longo do processo, e serão abordados no presente artigo dividindo-se pelas discussões havidas desde o primeiro grau de jurisdição até o Tribunal Superior Eleitoral, de modo que os próximos capítulos trarão um breve resumo dos fundamentos jurídicos aportados ao feito.

## 2. O caso "*Livemício* do Caetano Veloso" e a decisão de 1° grau

Na origem, os autores ajuizaram a Representação Eleitoral n° 0600032-66.2020.6.21.0161 perante a 161ª Zona Eleitoral do Rio Grande do Sul, com sede em Porto Alegre, órgão competente para apreciação de processos de propaganda eleitoral nas eleições de 2020.

Em suas razões, argumentaram que a apresentação de Caetano Veloso se tratava de evento artístico com fins eleitorais, ou seja, uma *livemício* (dado o seu formato virtual), com promoção direta dos candidatos beneficiados, o que seria expressamente vedado pelo art. 17 da Resolução n° 23.610/2010 do TSE, *in verbis*:

> Art. 17. São proibidas a realização de *showmício* e de evento assemelhado para promoção de candidatos e a apresentação, remunerada ou não, de artistas com a finalidade de animar comício e reunião eleitoral, respondendo o infrator pelo emprego de processo de propaganda vedada e, se for o caso, pelo abuso de poder (Lei n° 9.504/1997, art. 39, § 7°; Código Eleitoral, arts. 222 e 237; e Lei Complementar n° 64/1990, art. 22).
>
> Parágrafo único. A proibição de que trata o *caput* deste artigo não se estende aos candidatos que sejam profissionais da classe artística cantores, atores e apresentadores, que poderão exercer as atividades normais de sua profissão durante o período eleitoral, exceto em programas de rádio e de televisão, na animação de comício ou para divulgação, ainda que de forma dissimulada, de sua candidatura ou de campanha eleitoral.

Ainda, argumentaram que, em resposta a uma Consulta formulada pelo Partido Socialismo e Liberdade (0601243-23.2020.6.00.0000), o Tribunal Superior Eleitoral entendeu por equiparar a realização de *lives* eleitorais, em

[9] PAIM, Gustavo Bohrer. *Direito Eleitoral e Segurança Jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

expressão cunhada de *livemício*, a *showmícios*, sendo que esta conduta encontraria vedação no art. 39, §7°, da Lei n° 9.504/1997[10].

No que tange à finalidade eleitoral, defenderam que, desde o início da divulgação, o evento foi anunciado como um *show* de arrecadação para as campanhas eleitorais de dois candidatos ao cargo de prefeito (Manuela em Porto Alegre, e Boulos em São Paulo), evidenciando-se a finalidade eleitoral do evento artístico.

Desta forma, em sede de tutela de urgência, requereram que fosse suspensa a divulgação do *show*, com a exclusão das publicidades existentes nas redes sociais, e que fosse proibida a comercialização de seus ingressos.

Percebe-se, portanto, que os autores buscaram privilegiar o princípio da paridade de armas, com a aplicação da norma restritiva do art. 39, § 7°, da Lei n° 9.504/1997, especialmente considerando o argumento da segurança jurídica decorrente de um longo período de eleições sem a realização de *shows* de qualquer natureza. Tal fundamento, como se verá, fez parte do debate judicial em contrapartida à utilização do princípio da liberdade de expressão como balizador da interpretação das regras de arrecadação.

Analisando a petição inicial, o Juízo da 161ª Zona Eleitoral concedeu a tutela provisória de urgência, sob o entendimento de que a norma mencionada veda expressamente a realização de *showmícios* e de eventos assemelhados. Para o Juízo, a forma como o evento fora planejado não apresentaria características vinculadas ao entretenimento, contendo, na verdade, cunho eleitoral:

> Neste contexto, evidenciado que o evento, no formato idealizado e divulgado, caracteriza desatenção ao disciplinado nos arts. 39, § 7°, da Lei n° 9.504/1997 e 17 da Resolução TSE n° 23.610/2019. Com efeito, a participação de artistas na campanha eleitoral recebeu atenção especial na legislação, vedando-se a apresentação, remunerada ou não, em eventos que tenham relação com a propaganda de candidatos e a eleição. Na hipótese, do exposto nas redes sociais da candidata Manuela, é nítido e textual haver o propósito de realização, no dia 07/11, de "[...] um evento organizado por Caetano para arrecadação de nossa candidatura".[11]

[10] Art. 39. A realização de qualquer ato de propaganda partidária ou eleitoral, em recinto aberto ou fechado, não depende de licença da polícia. [...]
§ 7° É proibida a realização de *showmício* e de evento assemelhado para promoção de candidatos, bem como a apresentação, remunerada ou não, de artistas com a finalidade de animar comício e reunião eleitoral. (Incluído pela Lei n° 11.300, de 2006).

[11] Disponível em: https://www.facebook.com/manueladavila/videos/330543718267356.

> No facebook do artista, no mesmo sentido, há expressa referência a "[...] um evento da arrecadação de recursos para as campanhas de Manuela d'Ávila (@manueladavila), candidata à prefeitura de Porto Alegre".[12] Estampado, portanto, que o evento planejado não se apresenta com característica vinculada exclusivamente ao entretenimento, com completa ausência de relação com o atual período eleitoral. Pelo contrário. Os atos de divulgação associam a apresentação do renomado cantor a evento planejado e que tem evidente relação com a campanha eleitoral da candidata Manuela, revelando-se aberto o comando do art. 39, § 7°, da Lei n° 9.504/1997, na medida em que veda a participação de artistas em "showmício" ou "evento assemelhado", desimportando a existência, ou não, de remuneração.

No que toca a uma possível violação ao art. 5°, incisos IV e IX, da Constituição Federal[13], pontuou o Juízo que:

> Por evidente que não se está proibindo, o que representaria induvidosa desatenção ao assegurado no art. 5°, incisos IV e IX, da CF/1988, que o cantor, no caso, Caetano Veloso, promova suas apresentações artísticas e expresse livremente suas opções e pensamentos. Nas palavras do Ministro Luis Felipe Salomão, no voto prolatado na Consulta n. 0601243-23.2020.6.00.0000 antes referida, "[...] *a restrição legal recai apenas sobre as apresentações de cunho artístico que estejam associadas às eleições e aos partidos políticos e candidatos*".

> Sendo assim, a partir dos fundamentos acima, há substancial noção de plausibilidade na pretensão deduzida na representação. Como consequência, ainda, presente hipótese a indicar perigo de dano a justificar o deferimento de tutela provisória para impedir divulgação de evento que não se apresenta, notadamente num juízo de cognição inicial, adequado à legislação eleitoral.

Posteriormente, em defesa, Manuela d'Ávila e os demais representados argumentaram, preliminarmente, que a apresentação musical fora doada pelo próprio artista e que seria, portanto, contabilizada como doação estimável, observadas as disposições legais. No mérito, argumentaram que a apresentação deveria ser enquadrada como evento de arrecadação de recursos, que é autorizado pelo art. 23, §4°, V, da Lei n° 9.504/1997[14], em específico, no

[12] Disponível em: https://www.facebook.com/FalaCaetano/photos/a.348738741897231/2993863730718039.

[13] Art. 5° Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

[14] Art. 23. [...] § 4° As doações de recursos financeiros somente poderão ser efetuadas na conta mencionada no art. 22 desta Lei por meio de: [...] V – comercialização de bens e/ou serviços, ou promoção de eventos de arrecadação realizados diretamente pelo candidato ou pelo partido político. (Incluído pela Lei n° 13.488, de 2017).

que diz respeito à incidência da modalidade de doação de recursos financeiros a comercialização de bens e/ou serviços.

Ainda, defenderam que, devido à prática da comercialização dos ingressos para o evento, não haveria enquadramento do caso concreto à hipótese legalmente prevista de vedação à realização de *showmícios*. Na visão dos representados, uma vez que era necessário o pagamento de ingresso para acompanhar o *show*, sob hipótese alguma se poderia considerar que a apresentação seria uma "benesse", requisito que entendiam necessário para que houvesse incidência da norma que veda a realização de *showmícios*, dado que não haveria o oferecimento de qualquer vantagem aos eleitores.

Assim, o imbróglio jurídico passou a versar sobre qual a norma que deveria ser aplicada (art. 23, §4° ou art. 39, § 7°, da Lei n° 9.504/1997), bem como acerca de um conflito de relevantes princípios constitucionais: igualdade de armas *versus* liberdade de expressão, com relevo, ainda, para a questão da segurança jurídica.

Por sua vez, em parecer ofertado pelo Ministério Público Eleitoral, dispôs-se que, para que houvesse incidência da regra que veda a realização de *showmícios*, seria necessária a conjugação da manifesta finalidade do evento com o atrativo proporcionado pelo artista e sua apresentação singular.

Merece destaque o seguinte trecho do parecer que discorreu acerca da realização do *show* em plataforma fechada, cujo acesso dependeria da aquisição de ingresso:

> Relevantes para fins de incidência da regra obstativa, no entender do Ministério Público Eleitoral, são a manifesta finalidade do evento e o inegável atrativo proporcionado pelo artista e sua singular apresentação de modo que o fato de se tratar de espetáculo em plataforma virtual cuja visualização dependeria de aquisição de ingresso (justamente para arrecadar fundos para campanha) não elide a respectiva caracterização como evento assemelhado [a *showmício*] para promoção de candidato e, pois, a incidência da norma proibitiva da obtenção de dividendos eleitorais mediante promoção artística da candidatura, o que ocorre, inclusive, com a prévia propaganda do evento nas redes sociais e a captação de presenças virtuais em razão da pessoa do artista que realiza o espetáculo, e não precipuamente do candidato ao qual manifestamente vinculado e cuja promoção resulta efetivada com a realização do evento.

Nestes termos, o Ministério Público de primeiro grau opinou pelo acolhimento dos pedidos formulados pelos autores, para que o *show* fosse proibido, confirmando-se a tutela antecipada.

O caso, então, foi julgado pelo Juízo da 161ª Zona Eleitoral, oportunidade em que o Magistrado reiterou os termos da decisão que deferiu a tutela de urgência, em específico a partir do disposto no art. 39, §7°, da Lei n° 9.504/1997, em relação à proibição de realização de *showmícios* e eventos assemelhados, em amparando-se no que definido pelo Tribunal Superior Eleitoral a partir da Consulta n° 0601243-23.

Ainda, no tocante ao argumento trazido à baila pela defesa acerca da cobrança de ingressos para o evento, o douto Juízo entendeu que não havia relevância no fato de haver a venda de ingressos para o evento, uma vez que tal circunstância não seria considerada de maneira efetiva pela legislação eleitoral. E, nos termos dos arts. 23, §4°, inciso V, da Lei n° 9.504/1997 e 30, da Resolução n° 23.607/2019, do TSE, não haveria qualquer previsão relacionada à realização do evento no formato que fora divulgado.

Assim, o Juízo ratificou a tutela provisória que havia sido concedida, vedando a realização do *show* de Caetano Veloso.

## 3. A discussão no Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul

Irresignada com a decisão do Juízo de primeiro grau, Manuela d'Ávila e os demais representados interpuseram recurso ao Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul. Em suas razões, alegaram que todos os regramentos concernentes à prestação de contas da campanha eleitoral seriam atendidos com o *show*, e os seus custos seriam contabilizados como gastos de campanha, nos termos da Resolução n° 23.607/2019 do TSE.

Sustentaram que o *show* fora planejado como um evento de arrecadação de recursos, tendo sido observada a regulamentação do art. 23, §4°, inciso V, da Lei n° 9.504/1997, e defenderam que a previsão do art. 39, §7° do normativo não seria aplicável ao caso concreto, uma vez que haveria comercialização de ingressos para a apresentação de Caetano Veloso.

Ao final, pediram que fosse concedido efeito suspensivo ao recurso, a fim de que se possibilitasse a divulgação do evento e comercialização de ingressos, pois haveria equívoco na sentença ao desconsiderar a finalidade arrecadatória do evento, além de que, na visão dos recorrentes, Caetano Veloso estaria sob censura, já que, nos termos que os autores da ação expuseram na petição

inicial, seria possível que o cantor realizasse uma doação estimável do valor de seu *show* à candidata.

A partir do parecer do Ministério Público Eleitoral de segundo grau, foi possível perceber com mais ênfase a complexidade do tema, pois, diferente do parecer na origem, firmou-se posicionamento pelo provimento do recurso. Entendeu-se que o evento proposto pelos recorrentes não poderia ser equiparado a um *showmício*, pois se trataria, tão somente, de um evento de arrecadação de recursos mediante comercialização de bens e serviços, sem contar com a presença de candidatos, e com a cobrança de ingressos, em evidente posição favorável à maior liberdade na interpretação das normas eleitorais discutidas.

O recurso foi pautado para julgamento na Sessão de 22 de outubro de 2020 e a relatoria coube ao Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, que, de pronto, no tocante ao mérito da irresignação, procedeu uma análise aos termos da resposta do TSE à Consulta de n° 0601243-23, uma das bases de decisão do juízo de origem.

Conforme ponderou, o TSE entendeu que seriam vedados atos denominados de *livemícios*, tendo em vista a realidade de eventos virtuais estatuída pela pandemia de Covid-19, entendendo-se que *lives* eleitorais enquadrar-se-iam na hipótese de "evento assemelhado" a que se refere o § 7° do art. 39, da Lei 9.504/1997. Nessa perspectiva, não poderiam ser realizados eventos gratuitos para um público aberto, mesmo que de maneira virtual, em que houvesse o intuito de promoção de candidatos.

Dito isto, no que toca ao caso em concreto, entendeu o relator que o evento possuía finalidade diversa, pois seria destinado à arrecadação de recursos para a campanha de Manuela d'Ávila e Miguel Rossetto, em Porto Alegre. Considerou, ainda, que pelo fato de que o evento não contaria com a presença de candidatos, que haveria cobrança de ingressos, e que o acesso seria restrito apenas àqueles que os adquirirem, o ato encontraria permissivo legal para sua realização, nos termos do art. 23, §4°, V, da Lei n° 9.504/1997[15].

[15] Art. 23. Pessoas físicas poderão fazer doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro para campanhas eleitorais, obedecido o disposto nesta Lei. (Redação dada pela Lei n° 12.034, de 29 de setembro de 2009) [...] §4° As doações de recursos financeiros somente poderão ser efetuadas na conta mencionada no art. 22 desta Lei por meio de: (Redação dada pela Lei n° 11.300/2006) [...] V – comercialização de bens e/ou serviços, ou promoção de eventos de arrecadação realizados diretamente pelo candidato ou pelo partido político. (Incluído pela Lei n° 13.488/2017).

Assim sendo, entendeu o desembargador que este seria um meio lícito de arrecadação de fundos para as campanhas eleitorais, com permissivo disposto pelo art. 30, da Resolução n° 23.607/2019, do TSE[16]. Portanto, na sua visão, não haveria conflito entre o disposto nas Resoluções n$^{os}$ 23.610/2019 e 23.607/2019, ambas do TSE, que dispõem, respectivamente, acerca da vedação à realização de *showmício* e da regulamentação da arrecadação de recursos em campanhas eleitorais.

Por fim, entendeu que, conforme também se manifestou a Procuradoria Eleitoral, a eventual declaração de licitude do evento não obstaria posterior apuração quanto a eventual abuso do poder econômico, que poderia ser apurado por meio de ação específica.

Assim, votou pelo provimento do recurso interposto, a fim de julgar improcedente o pedido de proibição da realização do *show* de Caetano Veloso.

Todos os demais votos, como se verá, demonstram diferentes pontos de vista sobre a matéria, com diferentes valorações na aplicação dos valiosos princípios constitucionais referidos.

Acompanharam o voto do relator os Desembargadores Armínio José Abreu Lima da Rosa e Sílvio Ronaldo Santos de Moraes.

O Desembargador Armínio, em suas razões, sustentou a inaplicabilidade do entendimento firmado pelo TSE na Consulta realizada pelo PSoL, já que, na sua visão, a vedação legal para realização de *showmícios* e eventos assemelhados não abrangeria a realização de eventos de cunho arrecadatório. Além do mais, entendeu que o *show* seria lícito, pois não se trataria

[16] Art. 30. Para a comercialização de bens e/ou serviços e/ou a promoção de eventos que se destinem a arrecadar recursos para campanha eleitoral, o partido político ou o candidato deve:
I – comunicar sua realização, formalmente e com antecedência mínima de 5 (cinco) dias úteis, à Justiça Eleitoral, que poderá determinar sua fiscalização;
[1] I – Manter à disposição da Justiça Eleitoral a documentação necessária à comprovação de sua realização e de seus custos, despesas e receita obtida.
[§]1° Os valores arrecadados constituem doação e devem observar todas as regras para o recebimento de doação. §2° Para a fiscalização de eventos prevista no inciso I deste artigo, a Justiça Eleitoral poderá nomear, entre seus servidores, fiscais ad hoc, devidamente credenciados. §3° As despesas e as receitas relativas à realização do evento devem ser comprovadas por documentação idônea. §4° Os comprovantes relacionados ao recebimento de recursos dispostos neste artigo deverão conter referência que o valor recebido caracteriza doação eleitoral, com menção ao limite legal de doação, advertência de que a doação acima de tal limite poderá gerar a aplicação de multa de até 100% (cem por cento) do valor do excesso e de que devem ser observadas as vedações da lei eleitoral.

de um evento gratuito ao público, e também não contaria com a presença dos candidatos.

Por sua vez, o Desembargador Sílvio de Moraes sustentou que, no ordenamento jurídico eleitoral, há predominância do princípio da liberdade dos atos de campanha, que está intimamente ligado ao princípio da liberdade de expressão e ao direito político de ser votado. Nesse sentido, segundo seu entendimento, "na ausência de obstáculos normativos" ou de condicionamentos legais para a prática político-eleitoral, deveria prevalecer, em princípio, a liberdade de ação, ressaltando que estaria sempre sujeita à fiscalização e a eventual sancionamento pela Justiça Eleitoral quando desbordasse dos princípios da isonomia entre os concorrentes ou houvesse agressão à legitimidade ou a normalidade do pleito.

Assim, entendeu o eminente julgador que o evento *sub judice*, por ter intuito arrecadatório, e não guardando semelhança com *livemício*, não atrairia a incidência da vedação prevista no art. 39, §7°, da Lei das Eleições, sustentando, finalmente, que o Estado não poderia, a pretexto da isonomia entre os candidatos, limitar o engajamento político do eleitor na busca por recursos de campanha em favor do candidato que lhe satisfaz. Não se pode desconsiderar a ênfase dada aos votos pelo provimento do recurso no sentido de valorizar a liberdade de expressão na interpretação das normais aplicáveis ao caso.

De outra banda, os Eminentes Desembargadores Eleitorais Miguel Antônio Silveira Ramos, Roberto Carvalho Fraga e Gustavo Alberto Gastal Diefenthäler votaram pelo desprovimento do recurso interposto pelos representados.

O Desembargador Miguel Ramos, ao proferir seu voto, delimitou a questão debatida na necessidade de se definir se o evento anunciado pelos recorrentes se caracterizava como uma *livemício* ou seria apenas um evento de arrecadação de recursos para a campanha, com a participação do artista Caetano Veloso.

Assim, buscou amparo na doutrina de Rodrigo López Zilio a fim de conceituar o que seria um *showmício*[17]. Aliás, é de se registrar que Zilio teve sua

[17] ZILIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral*. 6. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018, p. 425. "*Show* é, tecnicamente, considerado um espetáculo voltado à diversão da plateia; assim, *showmício* consiste em um comício animado por um espetáculo de diversão da plateia. No entanto, a proibição estende-se também para "eventos assemelhados para promoção de candidatos" e, ainda, "a apresentação, remunerada ou não, de artistas com finalidade de animar comício e reunião eleitoral". A expressão "eventos assemelhados" indica, efetivamente, a preocupação do legislador em evitar que haja a burla

obra usada como referência nos votos dos desembargadores, no parecer ministerial, nas razões dos recorrentes, assim como contrarrazões dos recorridos, evidenciando o alto nível de controvérsia na questão.

Neste sentido, conforme ponderou o desembargador, o entendimento firmado por Zilio se mostraria perfeitamente aplicável ao caso em discussão, pois, pelas características do *show*, estar-se-ia diante de um evento com cunho de promoção de campanha, em que o artista seria o protagonista do espetáculo, o que o caracterizaria como um evento assemelhado aos *showmícios*.

Ainda, sustentou que um evento de arrecadação de fundos para campanha, seja com a comercialização de bens ou serviços ou não, mantém, por si só, a natureza de um evento eleitoral, encontrando vedação no § 7° do art. 39 da Lei das Eleições. Disse mais:

> Cumpre salientar que mesmo eventos de natureza arrecadatória trazem consigo o caráter de propaganda da campanha e dos candidatos, ainda que de forma indireta, o que levaria, mais uma vez, à aproximação da proibição de participação de artistas.
>
> Mesmo que, em conformidade com o que foi dito pelo eminente relator, na p. 9 do seu voto, os tipos de eventos tenham naturezas distintas e sejam disciplinados em resoluções diversas, eventos eleitorais de arrecadação, como no caso dos autos, podem assumir um caráter de propaganda política, fazendo-se necessária a conjunção das normas.

Neste sentido, para o desembargador, mesmo na hipótese de se tratar de um evento de arrecadação de campanha, a interpretação do disposto no art. 23, §4°, inciso V, da Lei n° 9.504/1997, c.c.o art. 30, da Resolução n° 23.607/2019, do TSE, não traduz a possibilidade de contratação de artistas, seja de forma remunerada, seja por meio de doação de prestação de serviços artísticos, com a finalidade que se mostrou pretendida pelos recorrentes, dado o cunho eleitoral da apresentação do cantor.

No tocante à hipótese de censura suscitada pelos recorrentes, aduziu o julgador que não se estaria em uma situação de violação à liberdade de expressão, considerando que o artista poderia, de maneira livre e desimpedida,

---

da apresentação de *showmícios* mediante qualquer espécie de simulacro. *In casu*, o "evento assemelhado" ocorre sempre que a atração principal deixa de ser o candidato e passa a ser o terceiro convidado. Assim, a expressão *showmícios* conjugada com "eventos assemelhados" tem extensão ampla, abrangendo tanto a apresentação ao vivo de artistas, como mediante playback e, na esteira do entendimento pelo TSE, a mera reprodução de DVDs e equivalentes com *shows* (Consulta n.° 1.261 – Rel. Min. Asfor Rocha – j. 29.06.2006)".

manifestar seu apoio político aos candidatos que desejasse, até mesmo realizando a doação de seus cachês, observadas as disposições legais.

Na mesma linha de raciocínio foi o voto Desembargador Roberto Fraga. Para ele, a vedação legal à realização de *showmícios*, com equiparação à *livemício*, conforme entendimento do TSE, teria total incidência ao caso em discussão, dadas as características do evento proposto pelos recorrentes, independentemente se a apresentação fosse remunerada ou não.

Ainda, no tocante ao que poderia ser configurado censura ao cantor Caetano Veloso, esclareceu que a restrição estabelecida dizia respeito apenas às "apresentações de cunho artístico que estejam associadas às eleições e aos partidos políticos e candidatos", nos termos do entendimento firmado pelo Ministro Luis Felipe Salomão quando da resposta à Consulta feita ao TSE.

Na mesma esteira, o Desembargador Gustavo Diefenthäler votou pela mantença da sentença, sendo interessante destacar o que foi dito logo no início de sua manifestação:

> Sr. Presidente, demais colegas: é certo que o presente julgamento tem contornos singulares, um verdadeiro *hard case*, no qual argumentos de lado a lado são respeitáveis, como se pode perceber das manifestações já ocorridas. Aqui, estão sendo abordados temas muito caros ao ambiente democrático e, mesmo, ao Estado Democrático de Direito, tais como a liberdade de expressão, a paridade de armas na competição eleitoral, e os perigos do abuso de poder.

Quanto ao mérito da irresignação, apontou o Desembargador Diefenthäler que vislumbrava, no caso, uma ameaça ao princípio da paridade de armas – o que, sobejando eventual conflito com a liberdade de expressão, deveria ser combatido de forma primordial, uma vez que seria "vetor de toda uma competição eleitoral para o cargo de prefeito de Porto Alegre".

Ainda, alertou sobre o perigo na produção de um precedente autorizativo para a realização de uma apresentação eleitoral nos termos propostos pelos recorrentes, merecendo destaque o seguinte trecho de seu voto:

> Aqui, no caso dos autos, não – e por isso a proximidade do evento com as características do *showmício*: não falará o cidadão Caetano Veloso, mas sim o artista Caetano Veloso é que se apresentará e, com genialidade e carisma, estará entregando à candidatura de Manuela d'Ávila, para além dos valores financeiros arrecadados, inegável capital de adesão eleitoral que, salvo melhor juízo, não é propriamente da candidata, não adviria de sua fala, propostas ou plataformas de governo, pois ao que consta sequer se fará presente.

Com o voto proferido pelo Desembargador Diefenthäler, chegou-se a um empate na Corte gaúcha, o que reforça a importância do caso e o pluralismo de argumentos e ideias comumente presente na seara eleitoral.

Assim, dado o imbróglio estatuído, coube ao Desembargador André Luiz Planella Villarinho, Presidente do TRE-RS, proferir voto de desempate. Para ele, o evento proposto pelos recorrentes, na forma como se apresentou e que fora amplamente divulgado em suas redes sociais e nas redes de Caetano Veloso, mostrou-se justamente o que a lei buscou vedar.

Além disso, sob seu ponto de vista, a realização da apresentação do artista, nos moldes propostos, traria desequilíbrio ao pleito eleitoral, dado que os demais candidatos não obteriam recursos "na mesma proporção e natureza", uma vez que apenas Manuela, pelo menos até aquele momento, realizaria um evento sob tais circunstâncias. Dessa forma, com a realização da *live*, estar-se-ia diante de um evidente abuso do poder econômico, com violação à paridade da disputa eleitoral e em desrespeito ao que a lei prevê.

Com essas razões, o Desembargador Villarinho desproveu o recurso interposto, mantendo, na íntegra, a decisão de origem.

Nesses termos, o TRE-RS, por maioria, entendeu que a realização de um *show* de Caetano Veloso para arrecadação de fundos à campanha de Manuela d'Ávila encontrava vedação na legislação eleitoral.

Interessante notar que a mesma questão fática, as mesmas normas eleitorais e os mesmos princípios constitucionais foram capazes de levar os julgadores a conclusões tão distintas em decisões sempre bem e profundamente fundamentadas.

Conforme disse o Eminente Desembargador Diefenthäler, a partir da complexidade e da consistência dos argumentos suscitados de lado a lado, denota-se a relevância do julgamento e a importância dos questionamentos e do debate levantado em torno do caso.

## 4. A decisão do TSE – Ação cautelar com pedido de efeito suspensivo ao Recurso Especial Eleitoral 0600032-66

Os representados, irresignados, interpuseram Recurso Especial Eleitoral ao Tribunal Superior Eleitoral, trabalhando, além dos princípios constitucionais referidos, a suposta violação do art. 39, § 7°, da Lei n° 9.504/1997, ao interpretar que o evento de Caetano Veloso seria equiparado a *showmício*, e do art. 23, §4°, inciso V, da mesma lei, ao proibir a realização de um evento arrecadatório.

Mais uma vez, o Ministério Público, por meio da Procuradoria-Geral Eleitoral, posicionou-se pelo provimento do recurso, valendo destacar o seguinte trecho do parecer:

> A complexidade, em parte, na avaliação da matéria de fundo é justificada porque esse fato não pode ter a sua legalidade analisada prospectivamente, ou seja, é inviável, a partir do agora, aferir a adequação jurídica de um evento cujo desenvolvimento *in concreto* ainda não ocorreu.

Ocorre que antes do julgamento do recurso especial, em 28 de outubro de 2020, os recorrentes ajuizaram um pedido de concessão de Tutela Cautelar Antecedente junto ao TSE (n° 0601600-03.2020.6.00.0000), requerendo que a Corte Superior atribuísse efeito suspensivo ao recurso especial interposto, justificando que o evento havia sido agendado para o dia 7 de novembro de 2020 e, dada a proximidade da data à época da interposição do recurso, não haveria tempo para uma efetiva organização, divulgação e venda de ingressos (tendo em conta as decisões das instâncias ordinárias), além de que, diante da necessidade de espera do decurso do prazo de contrarrazões dos recorridos e posterior julgamento, a própria realização do evento estaria inviabilizada e o recurso perderia seu objeto.

Coube ao Ministro Luís Felipe Salomão a relatoria do feito, que, de forma bastante acertada, dada a repercussão gerada pelo caso e a proximidade da realização do evento, resolveu levar o julgamento ao plenário da Corte, evitando proferir decisão monocrática. Assim, a Tutela Cautelar foi incluída na pauta de julgamento do dia 5 de novembro 2020.

Analisando os argumentos de Manuela d'Ávila e demais representados, entendeu o relator que a probabilidade do direito estaria demonstrada, primordialmente porque a proibição da realização do evento seria um exercício

de controle prévio sobre eventuais condutas e manifestação que sequer foram materializadas. Nesse sentido, asseverou:

> Ainda que não se trate de direito absoluto, modalidade inexistente em nosso ordenamento pátrio, no meu modo de pensar descabe à Justiça Eleitoral, no plano abstrato, concluir previamente que determinada conduta – a princípio consentânea com os dispositivos legais sobre a arrecadação de recursos – apresentará outra espécie de conotação que possa torná-la ilícita.

Além disso, sustentou que o evento poderia ser enquadrado no permissivo legal do art. 23, §4°, V, da Lei das Eleições, dado o amparo à comercialização de bens ou serviços. Portanto, o caso *sub judice* versaria, sob sua ótica, sobre uma conduta, em tese, autorizada pelo ordenamento jurídico.

Por fim, salientou o ministro relator, à semelhança dos eminentes julgadores do TRE-RS que votaram pelo provimento do recurso, que mesmo com o deferimento do efeito suspensivo, tal decisão não impediria controle posterior acerca das condutas praticadas durante a realização do evento.

Os Ministros Luís Roberto Barroso, Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, Sérgio Banhos, Marco Aurélio Melo e Edson Fachin acompanharam o voto do relator.

O Ministro Luís Roberto Barroso, Presidente do TSE, em relação à possibilidade de irreversibilidade da concessão da medida, destacou que, tendo em vista que o montante a ser arrecadado na apresentação não seria utilizado de pronto pela campanha – uma vez que ficaria sob domínio da empresa organizadora do evento – na hipótese de desprovimento do recurso, o valor dos ingressos poderia ser devolvido àqueles que os adquiriram.

Em relação à probabilidade de direito, entendeu, preliminarmente, que o evento poderia se assemelhar ao previsto no art. 23, §4°, V, da Lei das Eleições, e que o entendimento firmado pelo Tribunal Superior, em resposta à Consulta n° 0601243-23 não se aplicaria ao caso em discussão. Assim, destacou:

> Daí se conclui que a vedação prevista no art. 39, § 7°, da Lei n° 9.504/1997 destina-se a abarcar apenas os eventos voltados à captação de votos, e não aqueles dirigidos à arrecadação de recursos para campanha eleitoral, os quais são regidos por norma diversa e específica.

Na mesma linha de raciocínio, o Ministro Tarcísio de Carvalho Neto proferiu o seu voto expondo ser preciso analisar com bastante atenção o enquadramento a ser dado em relação ao que seja "evento assemelhado", uma vez que, por se tratar de norma restritiva, não seria possível a ampliação de sua concepção. Com isso, o ministro sustentou que a vedação legal não alcançaria

*shows* voltados à arrecadação de recursos para campanhas eleitorais. E, ainda, afirmou que eventuais excessos cometidos durante a apresentação poderiam – e deveriam – ser avaliados prospectivamente, mas não de modo preventivo.

Já o Ministro Edson Fachin, em seu voto, aportou a noção de liberdade de expressão e a necessidade de sua garantia, sendo que esta garantia constitucional poderia sofrer limitação apenas "quando colidente com outro valor jurídico ao qual nosso ordenamento confira igual ou superior importância". E, nesse sentido, a apresentação de Caetano Veloso, segundo o ministro, operada por intermédio da livre manifestação artística do pensamento, não importaria em violação aos dispositivos legais, e, em específico, "não traduz ofensa à valor constitucional de igual ou superior valia".

Ainda, no tocante à discussão acerca da diferença entre atos de arrecadação de recursos em uma campanha eleitoral e atos de propaganda eleitoral, dispôs que não seria admissível "a redução teleológica para se equiparar um ato de arrecadação de recursos para campanha consistente em apresentação artística a um *showmício* consistente em ato de propaganda eleitoral proscrito".

O Ministro Sérgio Banhos, em seu voto, destacou o exposto pelo ministro relator, no sentido de que não cabe à Justiça Eleitoral, abstratamente, concluir de modo prévio que uma conduta aparentemente em consonância com os dispositivos legais que versam sobre eventos de arrecadação de campanha apresentaria outra conotação que a tornasse ilícita, em especial se tratando de tutela sumária.

A mesma linha de raciocínio foi seguida no voto do Ministro Marco Aurélio. Em suas razões, expressou que não cabe à Justiça Eleitoral a realização de juízo prévio, devendo-se prezar pela liberdade de expressão, fazendo referência ao título da música do próprio cantor Caetano Veloso "É Proibido Proibir".

Por outro lado, o Ministro Mauro Campbell, ao proferir seu voto, apresentou divergência em relação ao entendimento firmado por seus pares. De pronto, ao entrar no mérito da questão debatida, dispôs o seguinte:

> Entendo que a primeira questão a ser respondida por este Tribunal Superior, para placitar ou não a realização do evento, é a seguinte: não fosse a pandemia e as restrições para que sejam evitadas aglomerações, o multicitado *show*, nos exatos contornos assumidos pelas autoras, poderia ser realizado?

E, de modo a estruturar seu raciocínio, referiu a multicitada doutrina de Rodrigo López Zilio,[18] ao apontar que a proscrição da realização de *showmício*

> decorre da constatação de que os comícios deixaram de ser atos de campanha eleitoral, no qual se buscava a conquista do voto do eleitor através de propostas de campanha, transformando-se em espetáculos de animação pública.

Em relação à também sempre referida Consulta formulada pelo PSoL ao TSE, asseverou que a Corte firmou entendimento no sentido de ser proibida a realização de *showmícios* e eventos assemelhados para promoção de candidatos, assim como a apresentação de artistas com intuito de animar eventos de cunho eleitoral, seja de forma remunerada ou não, ressalvando que as manifestações de natureza exclusivamente artísticas, que não possuíssem relação com o pleito, permaneceriam válidas nos termos do art. 5°, incisos IV e IX da Carta Magna:

> Na ocasião, ressaltou, com supedâneo na doutrina de José Jairo Gomes, que deve ser considerado como tal o evento em que haja "divertimento, entretenimento, recreação ou mero deleite dos presentes" e que a regra em apreço não proíbe que artistas "exerçam seus trabalhos, mas apenas que o façam em eventos eleitorais. Daí inexistir qualquer ofensa ao inciso IX do art. 5° da Lei maior, que assegura a livre expressão da atividade artística, tampouco ao inciso XIII do mesmo artigo, que afirma ser "livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão".

Assim, no tocante ao mérito da Tutela Cautelar, entendeu o Ministro Campbell pela presença do perigo da demora, dada a proximidade da data, então, existente. Por outro lado, entendeu que não havia probabilidade de direito no recurso especial interposto, pois, conforme asseverou, a orientação firmada pelo TSE na citada Consulta foi de que o dispositivo da Lei das Eleições não apenas proibia a realização de *showmícios*, mas também a de *livemícios*.

Em relação à quebra da igualdade entre os candidatos, o ministro entendeu que os representados, com a realização do *show*, ganhariam inequívoco proveito, "de modo a estabelecer quebra da isonomia, da segurança jurídica e da proteção da confiança dos candidatos (não somente os candidatos porto-alegrenses, mas os de todo o país, que foram fiéis ao que fora decidido pela Corte em relação à vedação de realização de *livemícios*)".

Não obstante esse voto, o Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, deferiu o pedido liminar ajuizado pelos representados, atribuindo efeito suspensivo

[18] ZILIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral*. 6. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018, p. 424-425.

ao Recurso Especial Eleitoral n° 0600032-66, de modo a permitir a realização da apresentação musical de Caetano Veloso nos termos planejados.

Assim, foi possível a realização do *show* antes do julgamento do recurso especial eleitoral, de modo que, após o evento, foi reconhecida a prejudicialidade do recurso e da própria demanda, dada a perda de seu objeto.

## 5. Conclusão

O presente artigo, como anteriormente referido, não pretendeu rediscutir de forma aprofundada os grandes temas tratados no referido julgamento, mas apenas narrar fatos e posicionamentos jurídicos os quais, por seu próprio conteúdo, demonstraram a complexidade do tema tratado.

Entretanto, à guisa de conclusão, cumpre salientar pequena crítica propositiva, para fins de oferecer luzes na busca de um posicionamento sobre a matéria.

Não se pode desconsiderar que a realização de *shows*, seja no formato que for, esteve afastada dos pleitos eleitorais desde o advento da Lei n° 11.300, de 2006, que trouxe a atual redação do §7° do art. 39, da Lei n° 9.504/1997.

Em que pese a permissão concedida à apresentação de Caetano Veloso em evento arrecadatório da campanha de Manuela d'Ávila, fato é que o julgamento foi tangenciado por diversas ressalvas quanto à possibilidade de um controle posterior do evento, em caso de eventual abuso que violasse a paridade de armas.

O retorno dos *shows* aos processos eleitorais, ainda que na modalidade paga, para fins arrecadatórios, é uma guinada que pode trazer consequências ainda imprevisíveis aos pleitos, notadamente por suas consequências na sensível seara do financiamento de campanha.

Não tendo havido nenhuma ação específica acerca de eventual abuso no caso concreto aqui discutido, não se receberá nenhum retorno das circunstâncias do evento e de quais seriam as suas possibilidades e limitações.

Portanto, parece que surge como primeiro caminho o desenho de um projeto de lei que defina a possibilidade de realizar *showmícios* como modalidade arrecadatória, o que pode ser facilmente construído a partir da inclusão de um parágrafo no art. 23 da Lei n° 9.504/1997 que defina regras e limites de sua realização. Uma resposta dessas por parte do Congresso Nacional seria o

ideal, pois a lei parece ser a melhor forma de estabelecer uma regra que solucione eventual conflito entre os relevantes princípios constitucionais tratados, além de ser a melhor medida para fins de segurança jurídica.

Por outro lado, em caso de inércia legislativa, a resolução do TSE que trata sobre arrecadação e gastos de campanha poderia definir os critérios para a realização de *shows* e eventos arrecadatórios, uma vez que cabe à Corte Superior, no exercício de sua função regulamentar, expedir instruções necessárias à melhor compreensão e interpretação das normas eleitorais.

A existência de normas em abstrato, sejam leis ou resoluções, tem a capacidade de permitir aos candidatos programarem suas campanhas em igualdade de condições. Assim, considerando a opção por privilegiar a liberdade de expressão, esboçada pelo TSE, ainda que em decisão provisória, a inclusão de norma permissiva à realização de eventos arrecadatórios serviria para garantir a liberdade de expressão propalada no julgado sem prejuízo à igualdade de armas, pois daria um mesmo norte a todos os concorrentes do pleito. Como consequência, o valor segurança jurídica também restaria preservado.

Entretanto, caso não se tenha nenhuma norma tratando do assunto até o próximo pleito, a partir do que se discutiu, forçoso concluir, considerando o resultado do julgamento do TSE, que *livemícios* em eventos de arrecadação não podem sofrer censura prévia, embora estejam sujeitas a um controle posterior, mormente em casos de abuso de poder, mesmo sabendo do debate e da força dos argumentos contrários.

Aqui, dois questionamentos relevantes devem ser feitos: (a) seria a decisão em sede cautelar do TSE suficiente para criar um entendimento capaz de oferecer segurança jurídica para o comportamento dos candidatos nas eleições de 2022? E, (b) quais seriam os atos, em tese, caracterizadores de eventual abuso e as regras para que a realização do evento fique dentro da legalidade e não transgrida a liberdade de expressão?

Portanto, considerando que a discussão, desde o primeiro grau de jurisdição até a decisão no Tribunal Superior Eleitoral, ocorreu em menos de 30 dias, bem como pelo fato de que a permissão se deu em sede cautelar em um caso concreto, aparentemente não houve esgotamento da matéria jurídica de fundo apta a dar segurança para guiar os comportamentos futuros.

A decisão proferida em um caso concreto, sobretudo quando realizada sem esgotamento do debate de mérito, e diante de uma série reiterada de observações quanto à possibilidade de controle futuro da situação, mesmo com

a ampla argumentação esgrimida, não é suficiente para dar ao processo eleitoral a necessária segurança jurídica e guiar o agir de partidos e candidatos. Situações como essa seriam mais bem resolvidas com sua normatização, a fim de que se dê estabilidade, sendo instigante tema a ser abordado pela comissão de reforma eleitoral instaurada no Congresso Nacional.

Dessa forma, ainda que o julgamento tenha sido importante para fomentar o debate e estabelecer relevantes premissas de legalidade jurídica, seja com relação a questões constitucionais vinculadas à liberdade de expressão e seu eventual controle prévio, seja com relação à aplicação dos dispositivos normativos referentes a *showmícios* e arrecadação, não foi ele capaz de dar tranquilidade aos atores do processo eleitoral quanto ao que pode, ou não, de fato ser realizado.

Note-se, com relação ao eventual controle futuro de abuso de poder, que o julgamento não chegou a dar limites à realização da *livemício* arrecadatória. Da decisão, foi possível extrair algumas pistas daquilo que poderia ser um abuso, sem que tenha havido um debate específico sobre a situação. Nenhum candidato quer fazer eventos que possam, ainda que em tese, violar as normas que regulamentam o processo, máxime diante das graves consequências.

Assim, mesmo sabendo que a questão não poderia receber controle prévio, e com a ciência da possibilidade de rever a matéria após a sua realização, quais cuidados devem ser tomados pelo candidato para que o evento se realize em conformidade com a lei?

Tais questões não foram objetivamente respondidas. Poderia estar o abuso na eventual presença do candidato? Ou em manifestação eleitoral por parte do artista? Haveria limite de arrecadação? Os preços dos ingressos ou o cachê artístico poderiam desvirtuar a legalidade do *Show*? E uma questão bastante peculiar, os critérios também valeriam para eventos presenciais em tempos de normalidade? Todos esses seriam aspectos a serem abordados dentro de eventual questionamento ao ato e certamente muitos outros que sequer passam à cabeça agora.

Portanto, considerando a dimensão econômica que tais eventos podem causar, especialmente em eleições gerais, percebe-se ser necessário aprofundar o debate, mormente em anos não eleitorais, discutindo a situação *em tese*, de modo a estabelecer critérios objetivos de regulamentação, preferencialmente por meio legislativo e, em não havendo o devido enfrentamento pelo Congresso Nacional, por resolução da Justiça Eleitoral. Eventos

arrecadatórios são por demais relevantes em um processo eleitoral para que não se tenha normas claras que ofereçam segurança jurídica aos candidatos, partidos e eleitores.

## Referências

AVILA, Humberto. *Segurança Jurídica*: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Ação Cautelar n° 0601600-03.2020.6.00.0000*. Autores: Manuela Pinto Vieira d'Ávila e Coligação "Movimento muda Porto Alegre". Réus: Gustavo Bohrer Paim e Coligação "Porto Alegre pra ti". Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 5 de novembro de 2020.

_____. *REspEl n° 0600032-66.2020.6.21.0161*. Recorrentes: Manuela Pinto Vieira D'Ávila e Coligação "Movimento muda Porto Alegre". Recorridos: Gustavo Bohrer Paim e Coligação "Porto Alegre pra ti". Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 20 de novembro de 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio Grande do Sul. *Recurso Eleitoral n° 0600032-66.2020.6.21.0161*. Recorrentes: Manuela Pinto Vieira d'Ávila, Coligação "Movimento muda Porto Alegre" e Miguel Soldatelli Rossetto. Recorridos: Gustavo Bohrer Paim e Coligação "Porto Alegre pra ti". Relator: Desembargador Eleitoral Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Porto Alegre, 22 de outubro de 2020.

BRASIL. Juízo da 161ª Zona Eleitoral do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. *Processo n° 0600032-66.2020.6.21.0161*. Autores: Gustavo Bohrer Paim e Coligação "Porto Alegre pra ti". Réus: Manuela Pinto Vieira d'Ávila, Coligação "Movimento muda Porto Alegre" e Miguel Soldatelli Rossetto. Juiz Eleitoral Leandro Figueira Martins, 2020. Porto Alegre, 12 de outubro de 2020.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

OSÓRIO, Aline. *Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PAIM, Gustavo Bohrer. *Segurança Jurídica e Direito Eleitoral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

ZILIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral*. 6. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018.

# Propaganda eleitoral e a proteção de dados nas campanhas eleitorais[1]

*Data-driven political campaigns and data protection*

**Luiza Peixoto Veiga**[2]

[1] Artigo recebido em 14 de março de 2021 e aprovado para publicação em 30 de abril de 2021.

[2] Graduada em direito pela Universidade Nacional de Brasília, UnB (2018), Pós-graduação pela Escola da Magistratura em Direito Público. Advogada da sociedade Frazão Advogados Associados. Membro do Conselho de Direito Eleitoral da OAB/DF e membro da ABRADEP.

## Resumo

O artigo trata da influência da coleta em massa de dados sociais pelas tecnologias usadas para fins eleitorais. As novas tecnologias disponíveis aos eleitores trazem claras implicações ao Direito Eleitoral, principalmente no que tange às comunicações, às propagandas eleitorais e, por consequência, à igualdade da disputa eleitoral. A disputa eleitoral possui como elemento central a captação da preferência dos eleitores e, por esse motivo, nas sociedades democráticas, a competição por cargos políticos leva a uma intensa disputa pelo destaque nos meios de informação. O estudo destaca os princípios de proteção de dados normatizados pela LGPD, como instrumento de regulamentação do tratamento de dados para fins políticos, como forma de garantir transparência aos eleitores e legitimidade ao pleito eleitoral.


**Palavras-chave**: Propaganda eleitoral. Internet. Proteção de dados. LGPD.


## Abstract

This paper reviews the role of personal data collecter from the social media used for voters on political advertising. The new technologies available to voters, using data analytics, play a role in election, mainly with regard to communications, political advertising and, consequently, to the equality of the electoral dispute. The electoral dispute has as its central element the capture of the voters' preference and, for this reason, in democratic societies, the competition for political positions leads to an intense dispute for the prominence in the media. The paper emphasizes the data protection principles regulated by the LGPD, as an instrument of data processing for political purposes, as a way of protecting voters and legitimacy to the electoral election.


**Keywords**: Political advertising. Political behavourial targeting. Data protection. LGPD.

# 1. Introdução

Com o crescente aumento da conexão à rede mundial de computadores, as propagandas eleitorais passaram por uma profunda transformação. Os dados pessoais, coletados na internet, tornaram-se um insumo relevante para o *marketing* eleitoral e passaram a ser usados de forma indiscriminada. A proteção desses dados tornou-se tema de extrema relevância em razão da necessidade de garantia da qualidade do ambiente informativo dos eleitores para a segurança do processo democrático.

Nesse contexto, o presente artigo analisa, inicialmente, a mudança do cenário das campanhas eleitorais em um ambiente de novas tecnologias, em especial, a coleta massiva de dados pessoais. Posteriormente, o foco do trabalho será a utilização dos dados pessoais para construir estratégias de convencimento por meio de categorização dos eleitores e de transmissão segmentada de propagandas.

O artigo pretende questionar a possibilidade de violação da normalidade e da legitimidade das eleições com o manejo dos dados pessoais coletados em massa, ante a retirada dos indivíduos da espontaneidade na formação da convicção, impedindo que atuem de uma forma livre e autodeterminada. Nesse aspecto, o ponto primordial é entender a importância de uma regulamentação que assegure um exercício legítimo dos dados pessoais coletados.

Por fim, pretende-se estudar as balizas normativas e principiológicas da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e sua aplicação ao direito eleitoral. A LGPD surgiu para congregar as regras referentes ao tratamento de dados no país. Dessa forma, constitui verdadeiro arcabouço institucional e interpretativo, que deve ser estudado com a possibilidade de assentar premissas para regulamentação do tema pela Justiça Eleitoral.

# 2. Dados nas eleições: técnicas e riscos

Com o surgimento da internet, a virtualização dos espaços tornou-se parte da realidade. É impossível desvincular o aprendizado acadêmico e, especificamente do Direito Eleitoral, da corrente de fluxos de informações, assim como dos inumeráveis aplicativos que põem em debate a interface de uma nova cultura de comunicação social e midiática.

Todas as novas tecnologias disponíveis aos eleitores trazem claras implicações ao Direito Eleitoral, principalmente no que tange às comunicações, às propagandas eleitorais e, por consequência, à igualdade da disputa eleitoral. Como qualquer eleição recente pode evidenciar, a infraestrutura da comunicação política mudou dramaticamente. Esforços feitos no passado para controlar seu uso – como leis de financiamento de campanha política e restrições do tempo de TV de cada candidato – não são mais adequados em um mundo onde grande parte da comunicação se dá em plataformas digitais.

A disputa eleitoral possui como elemento central a captação da preferência dos eleitores e, por esse motivo, nas sociedades democráticas, a competição por cargos políticos leva a uma intensa disputa pelo destaque nos meios de informação. "Os processos políticos têm como elemento central a captação das preferências populares e, nesse sentido, a qualidade da atividade informativa determina, em larga medida, o resultado prático das diversas estratégias de convencimento" (ALVIM, 2018):

> O direito à informação não se restringe a um mero direito subjetivo, mas revela uma função de maior abrangência, que é ligada à própria proteção do regime democrático. Significa que, para que possam participar e contribuir para a construção de uma sociedade democrática, os indivíduos devem ser capazes de argumentar, criticar, opinar, analisar e compreender proposições, debater alternativas e etc. Trata-se de um verdadeiro alicerce do regime democrático. (RAIS, 2018).

No contexto das sociedades atuais, o protagonismo da experiência social tem se deslocado para os domínios da rede mundial de computadores. A vida conectada, principalmente por meio das redes sociais, é um marco do período em que vivemos. A competição eleitoral sofreu ampla interferência deste processo e restou consideravelmente alterada com a emergência das redes sociais como um importante espaço de articulação.

As mídias digitais apontaram com um papel importante na formação da opinião pública. São utilizadas por grande parte da população como fonte de notícias e, portanto, têm o poder de influenciar no processo decisório do eleitor. Em resposta a esse cenário, o *marketing* político nas redes sociais se tornou muito mais expressivo, ganhando importância nas campanhas eleitorais. Com a crescente popularização das mídias sociais, as campanhas *online* tendem a ser cada vez mais decisivas.

Nesse sentido,

> a relação entre as eleições e o processo de difusão de informações políticas assume um caráter ambivalente, na medida em que a qualidade da atmosfera informacional pode tanto reforçar como comprometer a margem de integridade de uma disputa eleitoral específica. (ALVIM, 2018, p. 171).

As novas tecnologias "tanto contribuem para um processo elevado de discussão e deliberação de cidadania informada e consciente sobre temas de relevo público como se transformam em poderosos veículos de desinformação, de notícias falsas, de difamação dos adversários políticos e de manipulação das massas". (BLANCO, 2018, p. 147).

Com efeito, a internet pode tanto ser usada para ampliar a atuação daqueles cidadãos antes silentes na discussão política quanto gerar malefícios no quesito da polarização política. Segundo a obra *Republic.com* (SUSTEIN, 2001), a internet gera o risco da "república de solipsistas", ou seja, o meio ambiente virtual favorece o trato de informações sobre as quais o usuário já tenha afinidade, abandonando a essência política do debate de ideias adversas. Então, a internet incentiva o usuário a navegar sobre conteúdos propensos ao seu interesse individual, o que tende a torná-lo mais radical.

Paralelamente à ascensão das mídias sociais, presenciou-se a imersão da sociedade no cenário da pós-verdade. "Pós-verdade" foi eleita a palavra do ano em 2016 pela revista Oxford, que a definiu como "relacionada ou denotando circunstâncias nas quais os fatos objetivos são menos influentes na formação da opinião pública do que os apelos à emoção e às crenças pessoais" (MUNOZ, 2017, p.8). Trata-se de um fenômeno no qual grande parte da população passa a viver em um espaço epistêmico desvinculado dos critérios convencionais de evidência, consistência e busca de fatos, e cria-se uma realidade alternativa em que prevalecem as crenças e preconceitos individuais.

Esse cenário da pós-verdade, no qual predominam as emoções e os fatos são ignorados, favorece a propagação de eleitores movidos por discursos autoritários e nacionalistas. Oportunizados por esse contexto, da eleição de Trump à saída do Reino Unido da União Europeia, nos últimos anos, as democracias ocidentais estão presenciando o afloramento e a predominância de movimentos populistas e antiliberais.

A mentira, a apelação para os sentimentos e as emoções do eleitorado são artifícios que sempre foram usados no cenário eleitoral, todavia, nos últimos anos, essas ferramentas têm gerado um efeito enorme na formação da

opinião pública. Com as *big techs*, tem-se um novo estágio, no qual os eleitores já não são expostos e influenciados pela desinformação de modo passivo. Eles procuram e acreditam repetidamente em fontes de desinformação, enquanto rejeitam outras fontes de informação (WOOLEY, JOSEFF, 2020, p. 7).

Estudiosos apontam para algumas tendências que podem explicar a emergência desse modelo da pós-verdade na última década, sendo elas: o declínio em longo prazo do capital social e do engajamento cívico da população; o crescimento da desigualdade, associado a uma polarização política; a perda de confiança nas instituições e nos meios de comunicação; e a transformação no cenário da mídia, com a erupção das redes sociais.

Lewandowsky, Ecker e Cock (2017, p. 5) defendem que, nos Estados Unidos, a emergência da pós-verdade ocorreu em um contexto de declínio do capital social e do engajamento cívico que se apresenta desde 1970. Os autores citam estudos que mostram que, desde esse período, a confiança dos americanos nos outros decaiu consideravelmente, assim como sua vontade de se engajar na política ou de ajudar na preservação do meio ambiente. Em um nível pessoal, também foi observado que houve uma redução no número de confidentes que os americanos possuem – aquelas pessoas a quem se contar um segredo sem medo de ser traído –, sendo que um quarto deles respondeu não possuir nenhum confidente. Os autores entendem que essa diminuição do capital social foi uma das favoráveis que permitiu o avanço da pós-verdade.

Ainda nesse cenário, um dos fatores que têm relevância extrema na mudança observada no quadro social é a perda de confiança nas instituições, especificamente nos meios de comunicação. Esses têm sido percebidos como parte do sistema, por meio do qual é exercido o poder, e não mais como um serviço para a comunidade. Por outro lado, as redes sociais têm se tornado uma fonte de informação e ganhado confiança dos usuários, devido a fatores como acessibilidade, troca de informações de forma direta e oportunidade de manifestar as próprias opiniões.

Com o surgimento dessas novas tecnologias, as campanhas políticas passaram a não mais depender completamente dos meios de comunicação tradicionais. Vários políticos souberam explorar o uso das redes sociais, utilizando-as como forma de se aproximar dos cidadãos, por meio da transmissão de suas ideologias, propostas e projetos de maneira mais efetiva com o eleitorado. Outros, no entanto, aproveitam esse novo meio para difundir mentiras e desabonar seus oponentes.

Além da perda de confiança nos meios de comunicação em massa, Hartmann (2015, p. 153) aponta para outra reviravolta que ocorreu no meio midiático. O autor leciona que, há vinte anos, o grande problema dos meios de comunicação era a escassez de espaço, consubstanciado na dificuldade de se veicular anúncios ou transmitir informações, dado que cada pedaço de papel ou cada segundo no jornal, impresso ou na TV, era valioso. Com o surgimento da internet, a troca de informações passou a ser gratuita e abundante, mas foi gerada outra escassez, a de atenção do usuário.

Com o advento da internet, o item mais valioso das mídias passou, então, a ser a atenção, inclusive em campanhas eleitorais. Devido à quantidade de informações disponíveis e "em um contexto de quantidade ilimitada de informações em quantidade ilimitada de páginas, o serviço valioso não é mais o espaço para a manifestação, mas sim a filtragem" (HARTMAN, 2015, p. 153). O valor está em apontar ao usuário o que é relevante no meio de uma quantidade ilimitada de páginas e informações. No Facebook, por exemplo, essa filtragem é realizada através de algoritmos construídos em torno das preferências do usuário.

A filtragem é feita por meio dos dados coletados por essas redes sociais. São chamados *Big-data* os bancos de dados com capacidades massivas de armazenamento digital, alimentados por quantidades igualmente massivas de dados. Trata-se de dados processados em *big-data*, que são de grande valia para as corporações, em especial, aquelas relacionadas ao *marketing* e à construção de modelos preditivos (Leeflang, Verhoef, Dahlström, & Freundt, 2014; Shaw, 2014).

A filtragem realizada por esses algoritmos é responsável pela criação das chamadas *filter bubbles*, que seriam as bolhas nas quais emergem os indivíduos que, ao buscarem informações através das redes sociais, acabam visualizando apenas conteúdos que se relacionam com seus interesses e gostos pessoais. Essa ferramenta é possibilitada tendo em vista a expressiva coleta de dados pessoais na internet, o que permite categorizar os indivíduos em grupos e mostrar conteúdo específico para cada perfil. Isso torna a capacidade de persuasão do *marketing online* muito mais efetiva, tanto para a venda de produtos quanto para o *marketing* político:

> A teoria do *filter bubble* (traduzida como filtro bolhas), concebida por Eli Pairiser (2011), consiste na identificação de padrões, por meio dos algoritmos, com a finalidade de propiciar uma personalização no serviço para o usuário – essa que pode ser traduzida pela expressão "User Experience", adotada pelos profissionais de *marketing*. É a ideia de se utilizar da coleta e análise de dados para reconhecer comportamento e preferências, a fim de viabilizar ao usuário

> uma "melhor experiência" de navegação e/ou uso de determinado serviço ou produto. (SANTOS, 2017).

Tufekci (2014, p.19) define como política computacional a aplicação de métodos computacionais na coleta de grande quantidade de dados *online* com o objetivo de divulgar, persuadir e mobilizar, de forma a eleger, promover ou despromover um candidato, uma política ou uma legislação. Segundo o autor, a política computacional seria responsável por uma mudança no espaço público, dado que, com a possibilidade de categorização dos usuários e a transmissão de forma particular aos eleitores, a comunicação transforma-se em uma transação privada cada vez mais personalizada. Como exemplo, cada usuário do Facebook pode ver uma mensagem diferente adaptada a ele, em oposição a um anúncio de TV, que é visto de maneira igual por todo o público. A essa operação, de realizar propagandas específicas para cada grupo, dá-se o nome de *targeting*.

O *targeting* traz diversas implicações para as campanhas eleitorais. Diferentemente de propagandas como *banners* ou transmissões de debates, que são públicos, o *targeting* permite mostrar diferentes conteúdos para diferentes pessoas. Isso significa que é possível realizar promessas personalizadas, que podem até ser contraditórias, que iludem o eleitorado. Ou seja, tira-se o debate político da esfera pública.

A coleta de dados pessoais dos usuários por meio das redes sociais, com as ferramentas mencionadas – que constroem modelos indevidos de predição, identificam tendências de comportamento e de intenções políticas – pode ser usada ilegitimamente e influenciar o pleito eleitoral. Pode ocorrer uma verdadeira espécie de abuso de poder, capaz de colocar em risco a igualdade e a legitimidade das eleições.

A liberdade de voto, comumente associada à ausência de coação, ameaças e violências, é, na verdade, constituída por um espectro mais amplo. A liberdade de sufrágio pressupõe que a vontade do eleitor seja formada por meio de sua consciência e concepção ideológica e política, livre de manipulações, garantindo que sua escolha seja espontânea. Tão grave quanto uma coação violenta, em que a violação é clara e explícita, as desinformações no cenário midiático impedem o eleitor de exercer sua liberdade de voto de maneira oculta. Retiram do eleitor sua liberdade de receber informações objetivas e modulam suas escolhas de maneira. Ou seja, a liberdade do eleitor é violada sem a percepção deste.

As eleições são feitas para captar a vontade do eleitor, pressupondo que o cidadão é capaz de determinar a auto vontade. A legitimidade das eleições está intimamente relacionada com a captação das preferências populares, que deve ocorrer de forma lícita e ética, em respeito à liberdade dos eleitores. Se a vontade do eleitor está sendo formada por meio de um cenário moldado e manipulado, o que ocorre é uma subversão da vontade desses e, portanto, as eleições não atingem seu objetivo.

Diante deste quadro, a proteção da normalidade e da legitimidade das eleições por parte do direito eleitoral passa a abarcar uma crescente gama de novos atores. Ultrapassa, inicialmente, os meios de comunicação social tradicionais e passa a abranger as redes sociais, com a possibilidade de condutas abusivas levadas a termo por novas fontes produtoras e controladoras de informação.

O estudo sobre a proteção de dados tem sido cada vez mais importante ao se considerar o papel de destaque que as tecnologias digitais têm recebido dos *players* nas eleições. A violação da privacidade dos eleitores e os abusos de poder que podem ocorrer pelo manejo indevido dos dados coletados, colocam a confiança nas instituições e na democracia em risco. Isso explica a necessidade de estudo e de regulamentação desta mudança no comportamento tecnológico.

## 3. A LGPD e a proteção de dados no Direito Eleitoral

Com a percepção de que os dados constituem um recurso valioso do cenário atual, sendo capaz de influenciar nossas escolhas, como demonstrado no capítulo anterior, faz-se necessária a sua proteção. A proteção de dados se insere em um arcabouço constitucional de garantia aos direitos fundamentais da privacidade e da intimidade.

A proteção dos dados pessoais inicia um novo paradigma do direito fundamental à privacidade, que não mais se restringe ao direito de ser deixado em paz, mas passa a compreender, nos termos do professor Stefano Rodotà (2005), o direito ao controle das próprias informações. Trata-se, verdadeiramente, da proteção ao princípio da autodeterminação informativa. A partir de tal paradigma, o direito à privacidade deixa de ser estático e demanda uma proteção dinâmica, instrumentos ativos que possibilitem ao sujeito o manejo transparente de seus dados pessoais.

A LGPD, inspirada pelo modelo europeu, representa importante instrumento para a proteção da autodeterminação informativa. A lei privilegia a prevenção de danos à pessoa humana e a segurança no tratamento de dados pessoais, buscando proteger contra possíveis violações à privacidade, como também evitar tratamentos abusivos de informações e vazamentos de dados. Pode-se afirmar que o objetivo é garantir que o indivíduo seja o titular de seus dados, proprietário de sua informação, com a necessidade de o consentimento ter ganhado destaque na esfera da proteção de dados (TEIXEIRA, ARMELIN, 2019).

A Lei brasileira n° 13.709, de 14 de agosto de 2018, foi inspirada pelo Regulamento da União Europeia 2016/679, conhecido como General Data Protection Regulation (GDPR), e trouxe o complemento às demais garantias constitucionais à proteção de dados – a lei do *Habeas Data*, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei n° 12. 965/2015 (Marco Civil da Internet); sua regulação visa, primordialmente, preservar o direito fundamental à privacidade, nos termos do art. 1° da lei.

A LGPD implicou a normatização da ampliação do direito à privacidade, que passou a abranger a coleta e o uso de dados pessoais, como garantia fundamental. É possível afirmar que os parâmetros expressos na referida lei constituem guias relevantes para o processo de atualização normativa das eleições. Os cuidados com as técnicas de tratamento de dados, aplicados às eleições, configuram balizas relevantes para os *players* em campanhas políticas.

O art. 2° da Lei n° 13.709/2018 tem como fundamentos, entre outros, o respeito à privacidade e a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião e a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem.

O art. 5° da referida lei traz inúmeros conceitos, que vão nortear a sua aplicação. Destacam-se os incisos I, que define o dado pessoal, e o inciso II, que trata dos dados pessoais sensíveis. Os dados pessoais sensíveis envolvem informações de foro íntimo – atreladas à intimidade, que causam desconforto ao serem compartilhadas com terceiros – e, se violados e expostos ao público, deverão gerar demandas para obtenção de indenizações por danos materiais e morais.

Nos termos da lei, os dados pessoais sensíveis são aqueles relativos à origem étnica, à convicção religiosa ou política, à filiação partidária ou sindical, à orientação religiosa ou sexual, a indicadores genéticos, biométricos ou psicofísicos, entre outros aspectos. O tratamento de dados pessoais sensíveis submete-se a restrições e a cuidados específicos. É importante sublinhar, contudo,

que dados que parecem inofensivos ou meramente estatísticos, uma vez transferidos, cruzados ou organizados, podem resultar em informações de caráter sensível sobre a pessoa, com riscos de violação à privacidade e à igualdade, propiciando discriminação informativa (TEPEDINO, 2020).

Importa ressaltar que a LGPD classificou como dados sensíveis aqueles relacionados à convicção política e à filiação partidária. Fica claro, portanto, que, quando os atores guardam opiniões políticas, trata-se de dados sensíveis e, por isso, devem ter bases legais específicas. Esse deverá ser outro parâmetro observado pela Justiça Eleitoral ao tutelar a responsabilidade dos *players* no que tange ao manejo de dados dos usuários.

O art. 6°, por sua vez, prevê os princípios a serem observados quanto ao tratamento de dados, entre os quais estão a boa-fé, a adequação, a necessidade e a finalidade. A coleta de dados deverá obedecer a um fim determinado, sem a intenção de prejudicar o titular dos dados pessoais. Todos esses princípios, evidentemente, se aplicam aos dados coletados para fins de *marketing* eleitoral e constituem balizas para que essa coleta seja feita de forma mais transparente e segura.

O art. 7° da LGPD institui a necessidade do consentimento para a coleta de qualquer dado pessoal que importe, nos termos do dispositivo, em "manifestação livre, informada e inequívoca além de necessariamente direcionada a uma finalidade determinada". Trata-se de ferramenta que demonstra a preocupação da lei com a transparência e com a autorização para a coleta de dados levada a cabo pelos *players*. O consentimento, por tudo isso, segundo exige o novel instituto, deve ser interpretado restritivamente, não podendo a autorização concedida ser estendida para outros meios, períodos futuros, finalidades, pessoas ou contextos diversos do que foi rigorosamente informado ao titular.

Importante observar que os dados coletados devem, nos termos da LGPD, ser utilizados para a finalidade específica da coleta, de forma a proteger o usuário de utilizações abusivas. Ainda, o consentimento permanece válido apenas enquanto perdurar a finalidade que o motivou. A autorização pode ser revogada a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado, ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação. A referida lei estabelece, no art. 42, a responsabilidade do controlador em reparar os danos causados em violação à legislação de proteção de dados pessoais.

A repercussão da LGPD no dia a dia das relações sociais, ao consagrar direitos aos titulares e deveres e responsabilidades aos agentes de tratamento, é notável. Trata-se de proteção preventiva e repressiva para o uso dos dados dos cidadãos, de forma a evitar escândalos como o *Cambridge Analytica*. O referido caso repercutiu em razão da coleta de informações pessoalmente identificáveis de milhões de usuários do Facebook, as quais foram utilizadas para influenciar a opinião de eleitores em vários países.[3]

O desenvolvimento seguro das eleições democráticas depende indissociavelmente da autodeterminação informativa e da consolidação de mecanismos de controle dos dados pessoais. Os eleitores devem ter a capacidade de controlar minimamente como os dados circulam na sociedade e se estão sendo utilizados para orientar suas escolhas políticas. Por essa razão, é fundamental a construção de um arcabouço institucional e interpretativo sobre a proteção de dados pessoais no âmbito eleitoral, que leve em consideração as balizas delimitadas pela LGPD.

O processo de adaptação das normas da Justiça Eleitoral à nova realidade da LGPD já está em prática. A Res.-TSE n° 23.610/2019, que dispõe sobre propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral, estabeleceu, em seu art. 28, que a propaganda eleitoral na internet poderá ser realizada por meio de mensagem eletrônica para endereços cadastrados gratuitamente pelo candidato, pelo partido político ou pela coligação, observadas as disposições da Lei Geral de Proteção de Dados quanto ao consentimento do titular.

O art. 31 da referida resolução estabeleceu a vedação às pessoas relacionadas no art. 24 da Lei n° 9.504/1997, bem como às pessoas jurídicas de direito privado, a utilização, doação ou cessão de dados pessoais de seus clientes, em favor de candidatos, de partidos políticos ou de coligações. O art. 41 determinou a aplicação subsidiária da LGPD à resolução.

A decisão do TSE no Processo Administrativo 1298 também pode ser usada como exemplo da aplicação da LGPD pela Justiça Eleitoral. A sentença reconheceu o direito do peticionante, candidato não eleito ao cargo de senador, de retirada de suas informações pessoais do Sistema de Divulgação de Candidaturas (DivulgaCand). O Tribunal entendeu que, após o encerramento do processo eleitoral, muitas informações do candidato, de caráter pessoal e patrimonial, não devem mais ficar expostas ao público, prevalecendo, nessas

[3] «Facebook scandal 'hit 87 million users» (em inglês). BBC News. Consultado em 15 de abril de 2018.

hipóteses, o direito à privacidade. Aplicou, expressamente, as disposições contidas na LGPD no caso.

## 4. Conclusão

Diante do panorama exposto, extrai-se que as instâncias produtoras de informação intervêm na estruturação da opinião pública, assim como na elaboração das estruturas mentais e das compreensões individuais do mundo. Com o uso dos dados pessoais, coletados em massa, e com instrumentos de categorização e *targeting*, as mídias sociais possuem a prerrogativa de arrebatar dos indivíduos a espontaneidade na formação da convicção, impedindo que atuem de uma forma livre e autodeterminada (ALVIM, 2018, p. 172).

O ambiente democrático pressupõe eleições livres, ou seja, livres de abusos e interferências na formação da vontade do eleitor. O pressuposto da democracia é que os eleitores possam se informar livremente, logo há o direito de que todos possam se informar de forma justa, sob uma circulação livre de ideias. Quando não há uma utilização transparente dos dados coletados pelas empresas de mídia digital, o cenário torna-se mais propício para a prática de atos que violem a normalidade e a legitimidade das eleições.

A regulação da proteção de dados, materializada na LGPD, constitui o norte regulatório para a construção do arcabouço institucional e normativo próprio no âmbito eleitoral. As campanhas políticas sofisticadas de *marketing* e o uso de novas tecnologias passam a exigir cada vez mais parâmetros normativos para separar as práticas adequadas ou abusivas. Com a regulamentação da coleta de dados, especificamente com a aplicação da LGPD na seara eleitoral, os eleitores podem se proteger de forma mais adequada e saber buscar as informações que mais lhes convêm.

## Referências

ABBOUD, Georges; NERY, Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake news e regulação*. 2. ed. rev. e atual. Revista dos Tribunais, 2020.

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

ALVES, Paulo. BIG DATA: o segredo por trás da eleição de Trump. *Show me Tech*, 06 de fevereiro de 2017. Disponível em: https://www.showmetech.com.br/big-data-trump/. Acesso em: 9 mar. 2021.

ANTONIUTTI, Cleide Luciane. *Uso de Big Data em campanhas eleitorais como estratégia de informação e comunicação política*. 2015. Tese (Doutorado em Ciência da Informação) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Escola de Comunicação, Rio de Janeiro, 2015.

BARBOSA, Edimilson. Apontamentos sobre a justiça eleitoral no Brasil: origem e papel político. *In*: MORAIS, Filomeno; SALGADO, Eneida Desiree; AIETA, Vânia (org). Justiça Eleitoral, controle das eleições e soberania popular. Curitiba: Íthala, 2016.

BRASIL. *Lei 4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Diário Oficial da União, Brasília, 19 de julho de 1965, com retificação em 30 de julho de 1965. Disponível em https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/codigo-eleitoral-1/codigo-eleitoral-lei-nb0-4.737-de-15-de-julho-de-1965. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 05 de outubro de 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL.. *Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 14 mar. 2021.

CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de. *Liberdade de expressão e propaganda eleitoral*: reflexões jurídicas a partir da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral/. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

CHARAUDEAU, Patrick. *Discurso das mídias*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2012.

CHATFIELD, Tom. *Como viver na era digital*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

CRUVINEL, Diogo Mendonca. Fake news e o custo da informação. *In*: RAIS, Diogo. *Fake News*: a conexão entre a desinformação e o direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 204-220.

FIGUEIRAS, Rita. *A mediatização da política na era das redes sociais*. Lisboa: Aletheia, 2017.

FREITAS, Juliana Rodrigues; CARVALHO, Paulo Victor Azevedo. A liberdade de informação do eleitor e o seu núcleo de questionamentos: por que? para que? por quem? *In*: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (coord.). *Tratado de direito eleitoral*.. Belo Horizonte: Fórum, 2018. t. 4.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

GARCIA, Viviane Macedo. Propaganda eleitoral e reforma política. *In*: PEREIRA, Rodolfo Vianna; SANTANO, Ana Claudia (org). *Conexões Eleitoralistas*. ABRADEP: Brasília, 2016.

GROULX, Lionel-Henri. Contribuição da pesquisa qualitativa à pesquisa social. *In*: POUPART, Jean; Jean-Pierre Deslauriers; Lionel-H.Groulx; Anne Laperrière; Robert Mayer; Álvaro P. Pires (org.). *A pesquisa qualitativa*: enfoques epistemológicos e metodológicos da pesquisa qualitativa. Rio de Janeiro: Vozes, 2008. p. 95-142.

HORBACH, Carlos Bastide. Internet e eleições no Brasil. *In*: FUX, Luiz; PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso; ALVIM, Frederico Franco; SESCONETO, Julianna Sant'Ana. *Direito eleitoral*: temas relevantes. Curitiba: Juruá, 2018. p. 67-80.

OSORIO, Aline. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MEZZARROBA, Orides; FERREIRA. Marcelo Peregrino. A democracia no processo político brasileiro: da tradição do papel para o desafio da virtualidade. *In*: MORAIS, Filomeno; SALGADO, Eneida Desiree; AIETA, Vânia (org.). *Justiça Eleitoral, controle das eleições e soberania popular*. Curitiba: Íthala, 2016.

MUÑOZ, Óscar Sanchez. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

NEISSER, Fernando; BERNARDELLI, Paula; MACHADO, Raquel. A mentira no ambiente digital: impactos eleitorais e possibilidade de controle. *In*: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (org.). Propaganda eleitoral. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 51-70.

NEVES FILHO, Carlos. *Propaganda eleitoral e o princípio da liberdade da propaganda política*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

OYAMA, Luiz Taro; SERVAT, Jillian Roberto. Fake News, algoritmos, replicação artificial e a responsabilidade penal eleitoral. *In*: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (org.). *Propaganda eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PEIXOTO, Vitor de Moraes; SOUZA, Maria Cesária Catarina Carvalho Ribeiro de. Comunicação política e campanhas on-line: análise da evolução da legislação eleitoral brasileira sobre o uso da internet como ferramenta de campanha. *Política & Sociedade: Revista de Sociologia Política*, Florianópolis, v. 15, n. 34, p. 283-314, 2016.

RAIS, Diogo; CASTRO, L.N.A. A comunicação política em tempos de big data e inteligência artificial: a campanha digital de Donald Trump e o futuro do marketing eleitoral brasileiro. *In*: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (org.). *Propaganda Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 89-10.

RODOTÀ, Stefano. *Intervista su privacy e libertà*. 2005, Laterza.

SANTOS, João de Almeida. *Media e poder*: o poder mediático e a erosão da democracia representativa. Lisboa: Vega, 2012.

SUNSTEIN, Cass. *Republic.com*. Princeton: Princeton University Press, 2001.

TEIXEIRA, Tarcísio; ARMELIN, Ruth Maria Guerreiro da Fonseca. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais* comentada artigo por artigo. Salvador: JusPodivm, 2019.

TEPEDINO, Gustavo. Desafios da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 26, p. 11-15, out./dez. 2020.

TUFEKCI, Zeynep. Engineering the public: big data, surveillance and computational politics. *First Monday*, v. 19, n. 7, 7 de julho de 2014.

ZILIO, Rodrigo Lopes. *Direito eleitoral*. 6. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2019.

# “Se não puder falar bem, não diga nada”: liberdade de expressão e propaganda política no TRE-MG e TRE-RJ[1,2]

*“If you can’t speak well, don’t say anything”: Freedom of speech and political advertising at TRE-MG and TRE-RJ*

**Rodolfo Assis**[3]

**Larissa Lourdes Luiz Soares**[4]

**Lucas Felipe de Oliveira Soares**[5]

[1] Artigo recebido em 1º de outubro de 2019 e aprovado para publicação em 13 de março de 2020.

[2] Este artigo é derivado de pesquisa financiada pela Rede Doctum. Agradecemos a Guilherme da Franca Couto Fernandes de Almeida, que leu e teceu importantes comentários sobre uma versão inicial.

[3] Rodolfo de Assis Ferreira. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Bacharel em Direito pela UFJF. Membro do PLEB/PUC-Rio. Professor da Doctum. Advogado.

[4] Bolsista de iniciação científica, acadêmico do Curso de Direito da Rede de Ensino Doctum.

[5] Bolsista de iniciação científica, acadêmicos do Curso de Direito da Rede de Ensino Doctum.

## Resumo

Este artigo trata de decisões envolvendo "liberdade de expressão" no Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais (TRE-MG) e no Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro (TRE-RJ). É derivado de levantamento jurisprudencial sobre quem são os principais autores e réus, qual era a questão discutida, qual era a eleição de origem da questão, quais eram os pedidos, bem como se houve ou não menção a categorias como intenção e ponderação e se o julgamento foi a favor ou contra a liberdade de expressão do réu. Ademais, foram consideradas incoerências nas decisões questionadas, com entendimentos diferentes para casos similares. O artigo tem o objetivo de apresentar os dados gerais oriundos de decisões judiciais e de outras referências de pesquisa.


**Palavras-chave**: Liberdade de expressão. Propaganda política. Decisão judicial. Argumentação jurídica.


## Abstract

This article deals with decisions involving freedom of speech at the Regional Electoral Court of Minas Gerais (TRE-MG) and at the Regional Electoral Court of Rio de Janeiro (TRE-RJ). It is derived from a jurisprudential survey on who the main plaintiffs and defendants are, what was the issue discussed, what was the choice of origin of the issue, what the requests were, as well as whether or not there was mention of categories such as intention and weighting and whether the trial was for or against the defendant's freedom of speech. Furthermore, inconsistencies in the questioned decisions were evaluated, with different decisions for similar cases. The article aims to present general data issued from court decisions and research references.


**Keywords**: Freedom of speech. Political advertising. Judicial decision. Legal arguments.

# Introdução

Se se perguntar a qualquer político ou candidato se ele gostaria de que as pessoas falassem dele, a resposta de muitos seria a famosa frase de Santo Antônio de Pádua:[6] "Se não for para falar bem, não diga nada". Essa frase foi inclusive repetida por Geraldo Alckmin ao ser questionado sobre outro político de seu partido, João Dória, quando ambos eram apresentados como interessados e adversários para serem o candidato do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) nas eleições presidenciais de 2018 (LOPES; VENCESLAU, 2017).

A postura de autocontenção sobre um adversário não é a mais comum, já que um dos objetivos dos candidatos no processo eleitoral é se firmar como melhor opção e que o adversário seja considerado como opção pior. Ademais, a imagem dos políticos é importante para seu eventual sucesso num processo eleitoral. Ou seja, há uma pretensão de autopromoção, uma pretensão de desconstituir o adversário enquanto alternativa melhor, bem como o interesse em manter a imagem positiva frente aos eleitores.

O tema é relevante, visto que o pleito depende de manifestação de pensamento das pessoas, inclusive em veículos públicos, mas o exercício da liberdade de expressão sofre controle por parte dos órgãos eleitorais. E esse controle depende de justificação e fundamentação racional.

A regulação das manifestações serve a dois propósitos: um associado à verdade e ao mercado de ideias, outro associado à igualdade de oportunidades. O primeiro fundamento teórico-político é o de que o estímulo à divulgação de informações verdadeiras é mecanismo promotor de um eleitorado competente e informado. O segundo fundamento teórico-político é o de que se deve garantir a todos os participantes a igualdade de oportunidades, todos partindo de uma igualdade mínima de condições, sem vantagens indevidas.

A questão da comunicação no processo eleitoral ficou ainda mais evidente no ano de 2018, quando a influência de informações falsas ou fraudulentas (*fake news*) no resultado das eleições foi um dos principais temas do noticiário. Existe uma polêmica decorrente de suspeitas de manipulação do eleitorado nos EUA por meio de informações falsas e do uso indevido dos seus dados, recolhidos de maneira controversa nas plataformas digitais (EXAME, 2018).

[6] Para os que professam a religião católica apostólica romana, Santo Antônio de Pádua, vulgo Santo Antônio, é uma figura extremamente importante, dado seu papel de ensinar teologia na Ordem dos Franciscanos e por ter sido contemporâneo de outra figura relevante: São Francisco de Assis.

A regulamentação dessa ação de candidatos, partidos, eleitores e órgãos de comunicação é feita pela Lei n° 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições) e pela Justiça Eleitoral. Da perspectiva constitucional brasileira, além das normas relativas aos direitos políticos, há também a questão da extensão, do limite e peso das normas de proteção da liberdade de expressão.

O direito à liberdade de expressão é protegido por vários diplomas normativos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Também é protegido por vários diplomas nacionais, seja na Constituição dos Estados Unidos da América, seja na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, entre outros.

Além da proteção em documentos normativos, Cortes internacionais e nacionais se dedicam ao tema, como a Suprema Corte americana, em *Stromberg v. California* (1931), *Near v. Minnesota* (1931), *New York Times v. Sullivan* (1964), e o Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 130 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4815, entre outros.

Não faltam estudos sobre liberdade de expressão. O Conselho Nacional de Justiça recentemente publicou o Relatório Estatístico Sobre Liberdade de Imprensa (2018), e o Projeto de Liberdade de Expressão no Brasil tem desenvolvido várias pesquisas jurisprudenciais e experimentais a respeito (2019).

Todavia um campo de pesquisa segue ignorado ou pouco desenvolvido no Brasil: a argumentação/fundamentação das decisões judiciais relativas à propaganda eleitoral. Em março de 2018, em consulta a um dos principais *sites* de periódicos do Brasil,[7] foram encontrados apenas três trabalhos relacionando os termos precisos "liberdade de expressão" e "propaganda política". Há inclusive publicações indicando não ser possível afirmar qual é a posição do STF a respeito dos casos envolvendo propaganda política e liberdade de expressão (NAPOLITANO, 2019, p. 29). Isso a despeito de recente decisão do STF sobre o assunto, a ADI n° 4451.

Essa lacuna precisa ser preenchida, pois várias decisões parecem sofrer de um sério problema de incoerência, ou seja, têm problemas de consistência de critérios utilizados nos casos. Para demonstrar isso, é possível contrapor dois julgados do TSE a respeito do assunto. Primeiramente, na

[7] Portal de periódicos da CAPES/MEC. Disponível em: http://www.periodicos.capes.gov.br/.

Representação n° 4125-56.2010.6.00.0000, o Ministério Público Federal pretendia a aplicação do art. 45, III e IV, da Lei n° 9.504/1997, ou seja, aplicação de multa à Fundação João Paulo II, já que, em homilia de missa transmitida durante o período eleitoral, dia 5 de outubro de 2010, houve proferimento de discurso contrário ao Partido dos Trabalhadores. A maioria do TSE seguiu voto do Ministro Marco Aurélio e julgou improcedente a representação, tendo em vista que, para aplicação da sanção pleiteada, seria necessária a presença de elemento subjetivo, não configurado no caso, pois os proferimentos foram realizados por padre em evento religioso ao vivo. Em segundo lugar, no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n° 266-77. 2012.6.08.0052, foi mantida a aplicação do art. 45, IV da Lei n° 9.504/1997, ou seja, aplicação de multa à Fundação Educativa e Cultural Dona Dada, em razão de o então Senador Magno Malta atribuir características pejorativas e acusações graves acerca da integridade do candidato Luiz Paulo em entrevista concedida a pouco dias do segundo turno das eleições para o cargo de prefeito de Vitória/ES.

Para tanto, fez-se um levantamento de jurisprudência sobre o tema sob a hipótese de que as decisões judiciais nos casos que relacionam liberdade de expressão e propaganda política são deficientes pela a) indeterminação dos fundamentos invocados para a decisão e pela b) inconsistência dos fundamentos utilizados, havendo divergência de soluções para casos semelhantes. Ante o exposto, o artigo tem o objetivo de apresentar os dados gerais derivados de levantamento da jurisprudência sobre as decisões do TRE-RJ e TRE-MG sobre propaganda política e liberdade de expressão.

## 1. A pesquisa jurisprudencial no TRE-MG e no TRE-RJ

A pesquisa partiu de pretensões normativas, de que a regulamentação legal a) das infrações à propaganda eleitoral e b) das sanções e consequências cabíveis às quais tais infrações estão sujeitas está em conflito com a proteção da liberdade de expressão.

O Direito à Liberdade de Expressão, além de ser uma manifestação da liberdade e autonomia individual (TUSHNET, 2018, p. 06), é tratado também como um instrumento de promoção da democracia:

> (A) democracia implica mais do que o compromisso com eleições e o sufrágio universal: a ampla proteção da livre expressão é uma das condições de qualquer democracia merecedora do nome, uma vez que sem ela o governo não pode ser genuinamente participativo (WARBURTON, 2015, p. 11).

Como as eleições são um momento-chave para democracias representativas, as questões associadas à propaganda política e eleitoral são diretamente conectadas à liberdade de expressão. Pode-se entender como propaganda política:

> A propaganda política consiste na utilização de técnicas ou meios de *marketing* por pessoas jurídicas (partidos políticos) ou pessoas naturais para a divulgação de ideias com o afã de obter a indicação do candidato nas convenções partidárias, divulgar o ideal partidário ou angariar o voto do eleitor (ALMEIDA, 2017, p. 359).

Como propaganda eleitoral, pode-se entender:

> [...] aquela feita por candidatos a cargos eletivos já durante o período eleitoral, e cujo objetivo é o convencimento do eleitor com vistas a obter-lhe o voto [...]

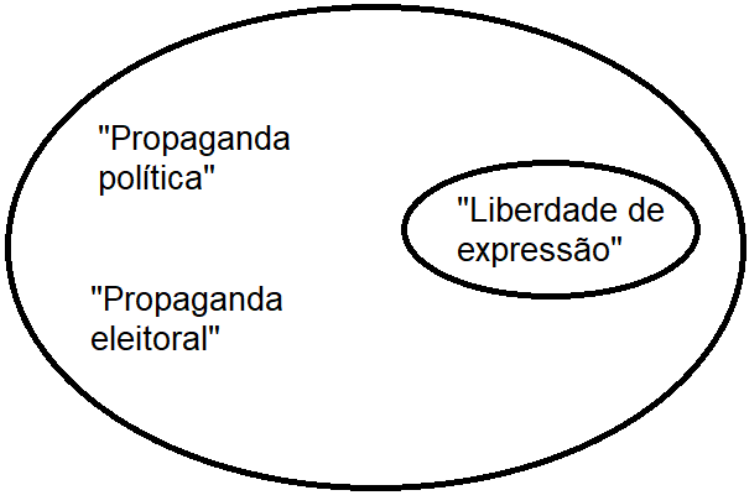
> Denomina-se propaganda eleitoral a elaborada por partidos políticos e candidatos com a finalidade de captar votos do eleitorado para investidura em cargo público-eletivo (GOMES, 2017, p. 444/451).

Dada a natureza das questões eleitorais, grande parte das decisões da Justiça Eleitoral envolvem o exercício do direito à liberdade de expressão. Entretanto, há muitos casos no TRE-MG e no TRE-RJ envolvendo propaganda política e eleitoral e não seria possível analisar todos, tendo em vista a disponibilidade de tempo e de pessoal na realização da pesquisa.

No momento da seleção dos dados nos *sites* do TRE-MG e do TRE-RJ, houve uma redução do universo de decisões a serem analisadas. Não se utilizou os termos "propaganda política" ou "propaganda eleitoral" para seleção das decisões, tendo em vista que isso ampliaria em muito o universo de casos a serem analisados.

Apesar da utilização de amostra, a pesquisa através do termo permite compreender, pelo menos parcialmente, a dinâmica dos casos direta e expressamente associados à liberdade de expressão nos tribunais pesquisados.

**Figura 1 – Universo de casos de "liberdade de expressão"**




Em 29 de abril de 2018, foram baixadas todas as decisões disponíveis no *site* dos tribunais por meio de busca com o parâmetro "liberdade adj de adj expressão". No TRE-MG, constavam 86 decisões disponíveis, sendo que não havia todos os arquivos disponíveis. Já no TRE-RJ, constavam 51 decisões, das quais poucas não estavam disponíveis. Somadas as decisões do TRE-MG e do TRE-RJ. Tal indisponibilidade significou que algumas decisões não entraram na análise, que ao final, contemplou 120 decisões.

A partir disso, passou-se a fazer a leitura e a catalogação das decisões, com encontros semanais para discussão e comentários entre maio e dezembro de 2018.

Quanto à catalogação, incialmente constavam do "Formulário de análise de decisão judicial" alguns dados que não foram encontrados na análise final e, portanto, foram excluídos dos quadros estatísticos abaixo. Eles serão mencionados na indicação dos dados.

Os dados foram incluídos numa tabela única, para análise quantitativa. Foram feitos vários recortes: um geral, que inclui todas as decisões analisadas; um recorte por estado, separando, portanto, as decisões do TRE-MG e do TRE-RJ, e um recorte associado à propaganda negativa, sem distinção entre estados.

Analisou-se, para tanto, os argumentos e os fundamentos das decisões judiciais do TRE-MG e do TRE-RJ quanto à delimitação de propaganda lícita e ilícita, e eventuais sanções de multa, suspensão de direitos políticos, direito de resposta, entre outras. Os argumentos utilizados nas decisões judiciais também foram considerados, especialmente quanto às semelhanças e diferenças entre os casos.

## 2. Resultados

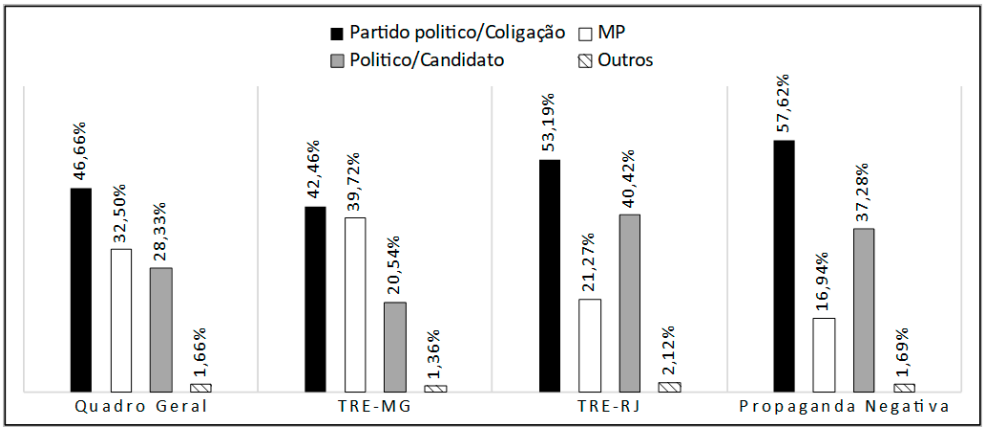
A dimensão quantitativa foi construída com base nos relatórios individuais que catalogavam as decisões a partir de vários critérios: Autor; Réu; Questão Discutida no Caso; Âmbito das Eleições; Menções Relevantes; Pedido, cada um desses sendo subdivididos em outros critérios.

### 2.1. Autor e réu

Quanto ao Autor, questionava-se quem ajuizou a ação na Justiça Eleitoral, em geral de 1ª instância. Havia como alternativas de classificação: "Político eleito"; "Político não eleito"; "Servidor Público"; "Jornalista"; "Eleitor"; "Ente Federativo"; "Partido Político ou Coligação"; "Órgão de Imprensa"; "Pessoa Jurídica"; "Ministério Público" (MP); "Outro". Ao se realizar a análise final, as categorias "Servidor Público", "Jornalista", "Eleitor", "Ente Federativo", "Órgão de Imprensa" e "Pessoa Jurídica" foram excluídas do gráfico, seja por não terem nenhuma ocorrência, seja por terem uma ocorrência tão reduzida que poderiam ser enquadradas como "Outro". Ademais, dada a dificuldade de se delimitar precisamente se quem estava sendo processado estava ou não em condição de candidato originário ou de candidato à reeleição, as categorias "Político eleito" e "Político não eleito" foram fundidas em uma categoria só "Político/Candidato". Devido à possibilidade de litisconsórcio, a presença de uma categoria não implica a exclusão de outra.

Os maiores litigantes são "Partidos Políticos/Coligações", que apareceram em 46,66% dos casos. Foram seguidos do "MP", em 32,5%, de "Políticos/Candidatos", 28,33% e de "Outro", em 1,66%. Tanto em relação ao TRE-RJ quanto aos casos de propaganda negativa, houve uma sensível redução da litigância do MP, sendo que nesses os segundo maiores litigantes foram os "Políticos/Candidatos", que apareceram em 40,4% dos casos no TRE-RJ e em 37,28% nos casos de propaganda negativa.

**Gráfico 1 – Autores**

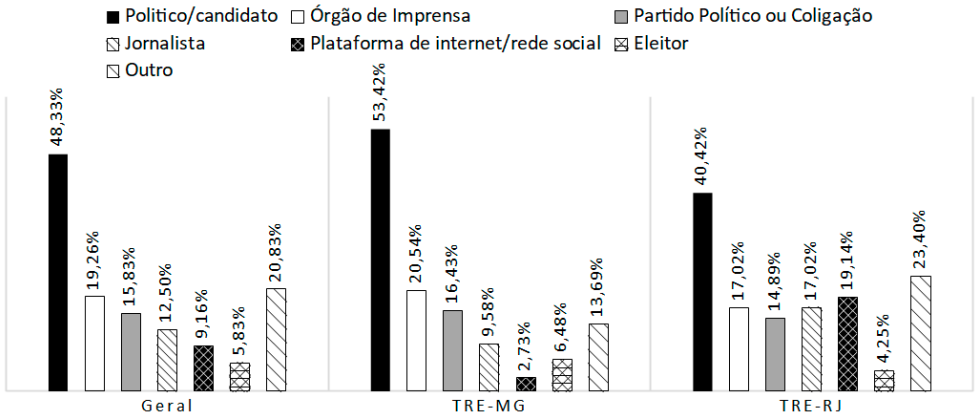



Quanto ao Réu, questionava-se quem foi demandado. Eram alternativas: "Político eleito"; "Político não eleito"; "Servidor Público"; "Jornalista"; "Eleitor"; "Ente Federativo"; "Partido Político ou Coligação", "Órgão de Imprensa"; "Plataforma de Internet/Rede Social"; "Outro". Na análise posterior, "Servidor Público" e "Ente Federativo", por não serem relevantes, foram incorporados a "Outro". Pelo mesmo motivo que na categoria autores, as categorias "Político eleito" e "Político não eleito" foram fundidas na categoria "Político/Candidato". Dada a possibilidade de litisconsórcio, a presença de uma categoria não implica a exclusão de outra.

Quanto aos litigados, os maiores réus são os "Candidatos/Políticos", que figuraram no quadro geral como réus em 48,33% dos casos, seguidos de "Órgãos de Imprensa", 19,26%, "Partidos Políticos/Coligações", 15,83%, "Jornalistas", 12,5%, "Plataforma de Internet/Rede Social", em 9,16%, e "Outro", em 20,83% dos casos.

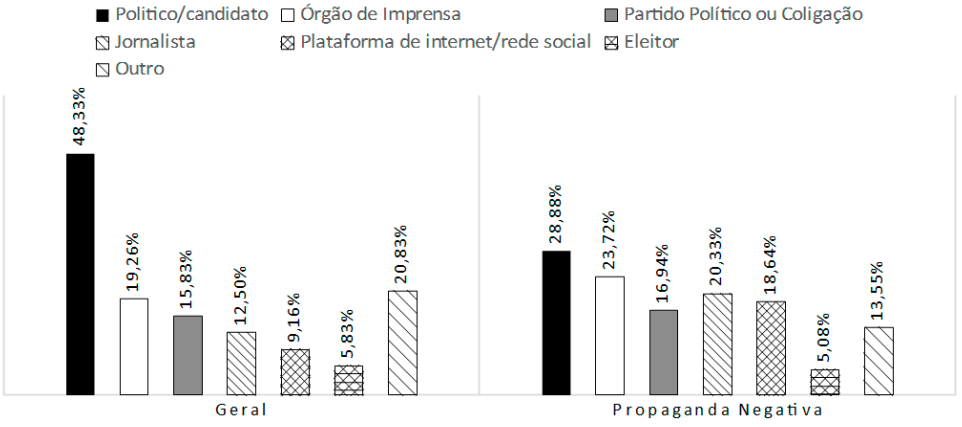
No TRE-RJ, houve uma variação interessante, sendo que "Plataforma de Internet/Rede Social" foi o segundo mais demandado, com 19,14% dos casos. No TRE-MG, "Plataforma de Internet/Rede Social" apareceu como demandado em apenas em 2,73% dos casos.

## Gráfico 2 – Réus sem recorte propaganda negativa




No recorte Propaganda Negativa, percebe-se que o principal alvo das demandas são os Políticos/Candidatos, 28,88%, seguidos dos "Órgãos de Imprensa", em 23,72%, e dos "Jornalistas", em 20,33%, de "Plataforma de Internet/Redes Sociais", em 18,64%, "Partidos Políticos/Coligações", em 16,94%, Eleitores, em 5,06%, e "Outro", em 13,55% dos casos.

## Gráfico 3 – Réus propaganda negativa




Quanto aos litigados, os dados encontrados geram preocupação, já que, em 26,6% dos casos, os réus eram ou jornalistas, ou órgãos de imprensa, ou ambos. Eles demonstram que a liberdade de imprensa sofre um número considerável de interferências no processo eleitoral.

Ressalte-se que a proteção à liberdade de imprensa é extremamente importante, pois é uma das garantias do funcionamento da democracia, "como instrumento de autogoverno, de forma a permitir que os cidadãos sejam livremente informados sobre os assuntos de interesse geral e, desse modo, estejam aptos a formar livremente a sua convicção" (BINENBOJM, 2003, p. 4).

Ao se analisar esses 26,6% de casos, os órgãos de imprensa e os jornalistas saíram vencedores em 46,87% deles. Ou seja, nos casos envolvendo liberdade de expressão no TRE-MG e no TRE-RJ, os agentes de imprensa podem tanto ganhar quanto perder, não havendo uma proteção ou uma preponderância de sua proteção.

É importante fazer uma avaliação individual dos casos, das regras aplicadas e dos fundamentos invocados nas decisões, mas, pelo menos a princípio, pode-se afirmar que há um risco de cerceamento dos agentes responsáveis por fornecer informações e opiniões à população e ao eleitorado no momento mais importante da democracia: as eleições.

## 2.2. Questão discutida no julgado

Quanto à Questão Discutida no Julgado, as ações associadas a liberdade de expressão discutiam vários temas: "Propaganda extemporânea"; "Propaganda irregular"; "Propaganda negativa". As categorias podem ser assim definidas:

1) Propaganda negativa é a imputação de fatos falsos ou ofensivos à reputação, ou injuriosos, ou críticas que poderiam desequilibrar o pleito. Ela vai desde calúnia, difamação e injúria eleitoral até a meras críticas ou uso de informações falsas. Não houve diferenciação se os casos eram de natureza criminal ou cível:

> Já a propaganda negativa tem por fulcro o menoscabo ou a desqualificação dos candidatos oponentes, sugerindo que não detém os adornos morais ou a aptidão necessária à investidura em cargo eletivo. Os fatos que a embasam podem ser total ou parcialmente verdadeiros, e até mesmo falsos (GOMES, 2017, p. 453-454).

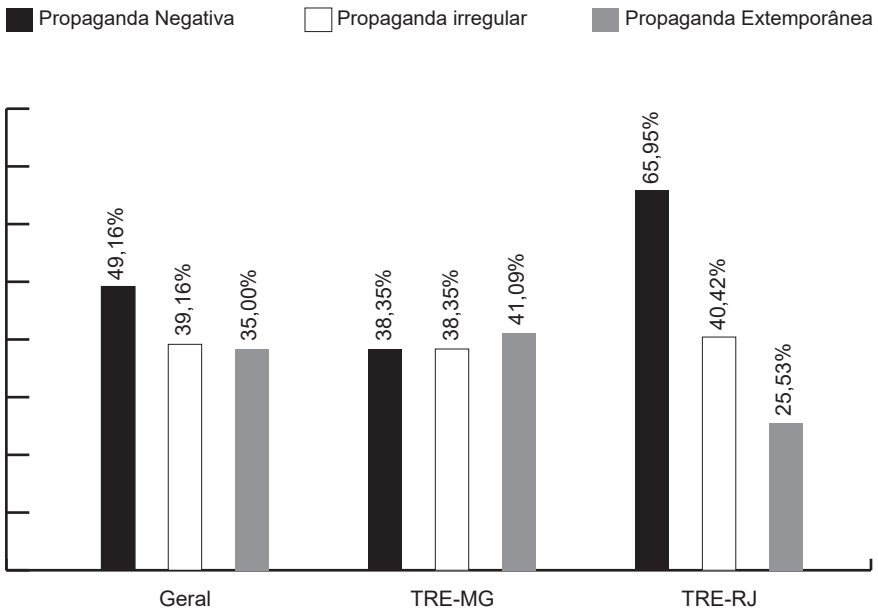
2) Propaganda extemporânea é a propaganda fora do período permitido pelas eleições. Atualmente ela é aquela realizada antes de 16 de agosto do ano eleitoral, mas já houve prazos diferentes (ALMEIDA, 2017).

3) Propaganda irregular é categoria negativa ou elaborada por exclusão, no sentido do uso de meios de propaganda que não são extemporâneos, ofensivos/negativos, que não são falsos ou são associados a pesquisas eleitorais,

mas mesmo assim são proibidos, tais como cartazes acima do tamanho permitido, propaganda em *outdoor*, propulsão de conteúdo na internet, *showmício*, propaganda em locais públicos, pesquisa eleitoral irregular, etc.

O tema mais discutido foi "Propaganda negativa", que figurou no quadro geral como questão discutida em 49,16% dos casos, seguida de "Propaganda irregular, em 39,16% dos casos, "Propaganda Extemporânea, 35%. Entretanto, os casos do TRE-MG fugiram à lógica do quadro geral, tendo em vista que "Propaganda extemporânea" teve mais ocorrências, 65,95%, seguida de "Propaganda irregular", em 40,42% dos casos, para posteriormente a "Propaganda extemporânea", 25,53%. No TRE-RJ houve uma variação, pois ordem de maiores ocorrências se manteve, mas as ocorrências de "Propaganda Negativa" foram 65,95% dos casos. Quanto ao recorte específico "Propaganda negativa", ou seja, todas as ocorrências de propaganda negativa, essa esteve associada à propaganda irregular em 22,03% dos casos e à propaganda extemporânea em 18,64%.

**Gráfico 4 – Questão discutida no julgado sem recorte propaganda negativa**




É exatamente em relação à propaganda negativa que a proteção da liberdade de expressão na Justiça Eleitoral fica menos evidente. Tanto as decisões dos órgãos de primeira instância quanto as dos tribunais protegeram o réu

acusado de propaganda negativa, respectivamente, em 38,98% e 40,67% dos casos, ou seja, tendeu-se a coibir as críticas e ofensas nas eleições em detrimento do discurso.

A discussão sobre a regulação das críticas e ofensas não é nova, sendo relevante, por exemplo, desde a Lei de Sedição, nos EUA, em 1798. Apresentada como mecanismo de proteção quanto ao terrorismo do jacobinismo francês pós-Revolução Francesa, a lei foi utilizada concretamente como estratégia política na campanha presidencial de 1800 (LEWIS, 2011, p. 28).

O problema não é somente associado ao discurso eleitoral. A questão da falta de proteção da liberdade de expressão quanto a críticas e ofensas é reconhecida também em outros ramos do direito, como em relação ao crime de injúria (LEITE, F. C.; HANNIKAINEN, I. A. R.; NHUCH, F. K., 2016). O trabalho referido foi baseado em questionários envolvendo casos hipotéticos (versões hipotéticas de casos reais), em que caberia aos participantes responder se houve ou não crime de injúria no caso. Em dois dos seis casos respondidos pelos participantes, a solução do caso dos operadores do direito foi radicalmente diferente da solução real dos tribunais, havendo condenação por parte dos tribunais e absolvição por parte dos participantes, ou absolvição por parte dos tribunais e condenação por parte dos participantes (LEITE, F. C.; HANNIKAINEN, I. A. R.; NHUCH, F. K., op. cit., p. 269).

E é exatamente por essa falta de objetividade que a proibição legal de propaganda negativa e a sua aplicação pelos tribunais é problemática em face da proteção da liberdade de expressão: é difícil enquadrar o que é permitido e o que é proibido, quais condutas são vedadas e quais não são.

A hipótese que originou toda a pesquisa era a de que as decisões judiciais nos casos que relacionam liberdade de expressão e propaganda política são deficientes pela a) indeterminação dos fundamentos invocados para a decisão e b) inconsistência dos fundamentos utilizados, havendo divergência de soluções para casos semelhantes (casos sem diferenças relevantes). Essa incoerência pode ser evidenciada ao se comparar vários casos.

O primeiro, entre vários, é o Recurso Eleitoral n° 5.020 (julgado em 1°/10/2008 pelo TRE-MG), interposto por uma coligação contra decisão do juízo de primeira instância que julgou procedente a ação ajuizada por emissora de TV. A emissora de TV demandou a coligação em razão da divulgação de informações ofensivas a ela durante a propaganda eleitoral na TV, pedindo a ordem

de abstenção de novas ofensas, perda do direito à veiculação de propagandas eleitorais nos horários gratuitos dos dias seguintes, do tempo equivalente ao espaço de divulgação das propagandas eleitorais impugnadas, além de direito de resposta. A publicação ofensiva alegava que o candidato adversário empregou funcionários "fantasmas" na prefeitura e que tal conduta ilícita não foi devidamente divulgada à população em razão da parcialidade da emissora, que apenas publicava matérias de interesse do adversário.

A decisão de 1ª instância aplicou graves sanções à coligação, condenando-a à perda do direito à veiculação de propagandas eleitorais nos horários gratuitos dos dias seguintes e de tempo equivalente ao espaço de divulgação das propagandas eleitorais impugnadas, com concessão do direito de resposta à ora recorrida.

Não obstante a desqualificação da imprensa ser algo preocupante quanto aos pleitos eleitorais, esse tipo de coibição tem o efeito de censura, impedindo a manifestação dos candidatos sobre suas convicções no espaço público. Em qual outro momento um candidato poderia ter atenção suficiente para denunciar a parcialidade de um órgão de comunicação?

Todos os pedidos foram julgados procedentes, mas o TRE-MG proveu parcialmente recurso, reformando a sentença para manter apenas o direito de resposta.

Em outro caso de propaganda negativa, o vereador demandou dois manifestantes, uma vez que estaria sendo alvo de constantes ataques de ambos no Facebook, na página de debates intitulada "Políticos de Macacu", e que estaria gravemente ofendido, requerendo a imediata retirada das postagens e o direito de resposta. Em sentença, foi determinado que um dos demandados retirasse imediatamente algumas das postagens, sob pena de multa diária no valor de R$5.000,00, além de direito de resposta. Da sentença se originou o Recurso Eleitoral n° 254-66.2012.6.19.0049, julgado em 07/11/2012 pelo TJ-RJ. A postagem acusava o vereador de "mentiroso", de nunca ter trabalhado, nem mesmo ao longo exercício do mandato ("nunca vi este homem trabalhando nem quando foi vereador"). A posição do TRE-RJ foi no sentido de reformar a sentença, cancelando o direito de resposta e permitindo o retorno das postagens. Parte da fundamentação do voto que originou o julgamento unânime foi:

> O controle da propaganda eleitoral pelo Judiciário, quer em sua forma positiva ou negativa, se justifica pela necessidade de se assegurar o equilíbrio da disputa, coibindo-se excessos que resvalem na agressão à honra alheia e impedindo-se o abuso do poder econômico, de forma tal que seja permitida aos candidatos a divulgação de suas ideias em igualdade de condições. O que se

> pretende é assegurar ao eleitor, de forma plena, o acesso à informação e o livre direito de escolha. Mas o rigor, que se reconhece necessário, deve ser temperado, para não incidir em excessos que, em nome do respeito à democracia, acabem atentando contra ela e contra a livre manifestação de pensamento, mormente em se tratando de manifestações através das redes sociais. O Facebook, assim como o Twitter, ou mesmo um *Blog*, não é jornal, rádio ou televisão. É um sistema de comunicação restrito, já que a informação somente chega ao destinatário se ele a procurar. Diferentemente de um jornal ou um canal de tevê, em que o leitor ou telespectador se depara com publicidade que não procura, já que seu objetivo, em regra, é a informação ou o entretenimento, no Facebook, a mensagem somente é alcançada por aquele que, voluntariamente, vá ao encontro da página do assinante. Em outras palavras: o potencial eleitor somente recebe mensagens se quiser. [...] Com efeito, não há participação involuntária dos usuários do Facebook, os quais, ao contrário, sempre aderem de forma voluntária ao diálogo. No caso específico, trata-se de página de grupo de debates intitulado "Políticos de Macacu", espaço gratuito, através do qual seus visitantes já naturalmente esperam efetuar e encontrar comentários positivos, em favor próprio ou alheio, e, por vezes, negativos, o que, aliás, é até o mais comum. Ademais, as referidas postagens não exorbitam os limites do razoável, não passando de meras críticas enfáticas acerca daquele que já ocupou cargo público e, que, portanto, deve estar a elas suscetíveis.

No Recurso Eleitoral n° 1229-34.2016.6.13.0218, julgado em 19 de setembro de 2013 no TRE-MG, a "Coligação Juntos Somos Mais" demandou a Rádio Bel Rio FM-102, por divulgação de opinião contrária a candidato durante a programação normal, em específico no programa "Falando Sério" de 19 de fevereiro de 2012. No referido programa foram divulgadas várias manifestações consideradas ofensivas:

> a corrupção está no DNA do brasileiro [...] alguns poucos aspones ainda que defendem o mal feito, que defendem o errado para se dar bem na vida, quantidade de pessoas ligadas diretamente à administração pública aqui fazendo manifestações [...] para poder se manter no cargo [...] a gente percebe isso tanto em Pirapora, quanto Buritizeiro, Várzea da Palma, as pessoas que estão tentando ofender, tentando macular a imagem de grupos opositores [...] a corrupção está no sangue do brasileiro [...] mas a gente quer acreditar que Pirapora foge dessa regra e vai dar a resposta certa do dia 7 de outubro [...] comportamento daquela cidadã aqui de um bairro de Pirapora, que ao invés de aceitar a cesta básica de determinado candidato a vereador ou candidato a prefeito, vou fazer uma generalização para poder não dar entendimento, que ela ao invés de receber essa cesta básica, ela foi na juíza eleitoral [...] e dedou o comportamento dessa pessoa e que se Deus quiser a justiça vai banir da política.

As declarações tinham o suposto intuito de desmoralizar e execrar publicamente a pessoa do prefeito, induzindo a população a não votar nos candidatos apoiados por ele. Foi pedida a condenação ao pagamento de multa, além da suspensão da programação da rádio por 24 horas. O pedido foi julgado

procedente em primeira instância, condenando ao pagamento de multa e à suspensão da programação, mas a sentença foi reformada parcialmente, mantendo a condenação ao pagamento de multa apenas.

Ao se deparar com a postura dos tribunais diante das decisões de primeira instância, pode-se imaginar que eles são mais protetivos da liberdade de expressão nos casos de propaganda negativa. Entretanto, não é possível derivar esse tipo de conclusão quanto aos TREs mencionados.

No Recurso Eleitoral n° 347-65.2012.6.19.0037, julgado pelo TRE-RJ, o tribunal foi menos protetivo que o juízo de primeira instância. A Coligação "São João da Barra no Caminho Certo" ajuizou ação eleitoral demandando a aplicação de multa a W. H. E. e Google Brasil Internet LTDA., por divulgação de propaganda negativa em face de um dos seus candidatos. O juízo de primeira instância julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que a notícia veiculada apenas reproduziu matéria publicada por outro veículo de comunicação. O teor da publicação questionada era o seguinte:

> Ele e locutor de eventos da prefeitura de São João da Barra, amigo particular do candidato a prefeito N., candidato a vereador pelo PMDB aproveita a oportunidade de estar como supervisor da firma B.F.P.A para com isso ameaçar e coagir os demais funcionários subordinados a ele a votarem no próprio para vereador e em N. para Prefeito. [...] A coação chega ao ponto de ameaças de corte salarial e até perda do emprego. Para acabar com o mistério vou revelar o nome do cidadão que está prevalecendo de sua posição para obter de forma perseguidora o voto dos trabalhadores...F.N.

Entretanto, o tribunal entendeu que a forma como foi veiculada a publicação induziria o eleitor a concluir que o candidato atacado na matéria era responsável por coação moral, imputação que não estaria protegida pela liberdade de informação. Para tanto, manteve-se a condenação do responsável pela publicação no *blog*, mas se excluiu a Google Brasil da condenação.

Outro exemplo em que o juízo de primeira instância foi mais protetivo que o tribunal é o Recurso Eleitoral n° 486-60.2012.6.19.0055, julgado pelo TRE-RJ em 2014. A Coligação "A mudança não pode Parar" ajuizou ação em face do Sindicato de Educação de Maricá, por propaganda negativa na internet, além de propaganda em *outdoor*. Entretanto, o juízo eleitoral julgou o pedido improcedente, sob o fundamento de que as manifestações do pensamento não tinham cunho eleitoral, na medida em que não visavam nenhum candidato ou governo e não haviam sido realizadas por participantes do pleito. O conteúdo das mensagens era o seguinte:

> Na internet:
>
> "Prefeito INIMIGO da educação de Maricá".
>
> "As mentiras do Quaquá".
>
> "Quaquá o prefeito inimigo da educação".
>
> [...]
>
> No *outdoor*:
>
> "Eles deixaram mais de 10.000 crianças sem escola!".
>
> "Prefeito INIMIGO da educação de Maricá!".

O TRE-RJ, entretanto, reformou a sentença, condenando o sindicato ao pagamento de multa no valor de R$ 10.500,00 (dez mil e quinhentos reais), sob o fundamento de que, se a legislação eleitoral fosse aplicada apenas aos participantes das eleições, impediria o controle da propaganda durante o processo eleitoral; de que houve sim fim eleitoral de desqualificar aquele a quem as publicações eram dirigidas; de que extrapolavam os limites da liberdade de expressão por serem difamatórias, ofensivas a pré-candidato, atacando sua imagem de forma desproporcional por haver charge em que estava travestido de "Pinóquio"; que o *outdoor* era meio de propaganda eleitoral proibido, independentemente do conteúdo.

Quando se analisa a questão da coerência dos julgados, são perceptíveis, ou no mínimo controversas, as soluções encontradas:

**Quadro 1 – Comparação de elementos de casos de propaganda negativa**

| AUTOR | RÉU | EXPRESSÃO NEGATIVA | RESULTADO 1ª INSTÂNCIA | RESULTADO NO TRE |
|---|---|---|---|---|
| Emissora de TV | Coligação | Alegação de parcialidade de emissora de TV | Procedente: determinação de abstenção de novas publicações, perda de tempo de propaganda eleitoral | Recurso provido parcialmente: manutenção apenas do direito de resposta |

| AUTOR | RÉU | EXPRESSÃO NEGATIVA | RESULTADO 1ª INSTÂNCIA | RESULTADO NO TRE |
|---|---|---|---|---|
| Vereador | Eleitor | Imputação da qualificação de "mentiroso" que "nunca trabalhou" | Procedente: determinação de remoção de postagens, direito de resposta | Recurso provido integralmente |
| Coligação | Emissora de Rádio | Imputação de comportamento imoral de candidato, com busca do interesse pessoal e compra de votos | Procedente: condenação ao pagamento de multa, determinação de suspensão de programação de TV. | Recurso provido parcialmente: manutenção apenas da multa. |
| Coligação | Eleitor e Google | Coação de eleitores | Improcedente | Recurso provido: determinação de aplicação de multa ao eleitor, exclusão do Google |
| Coligação | Sindicato | Grave negligência com a educação ("inimigo da educação"), imagem com charge de "Pinóquio" | Improcedente | Recurso provido: determinação de aplicação de multa. |

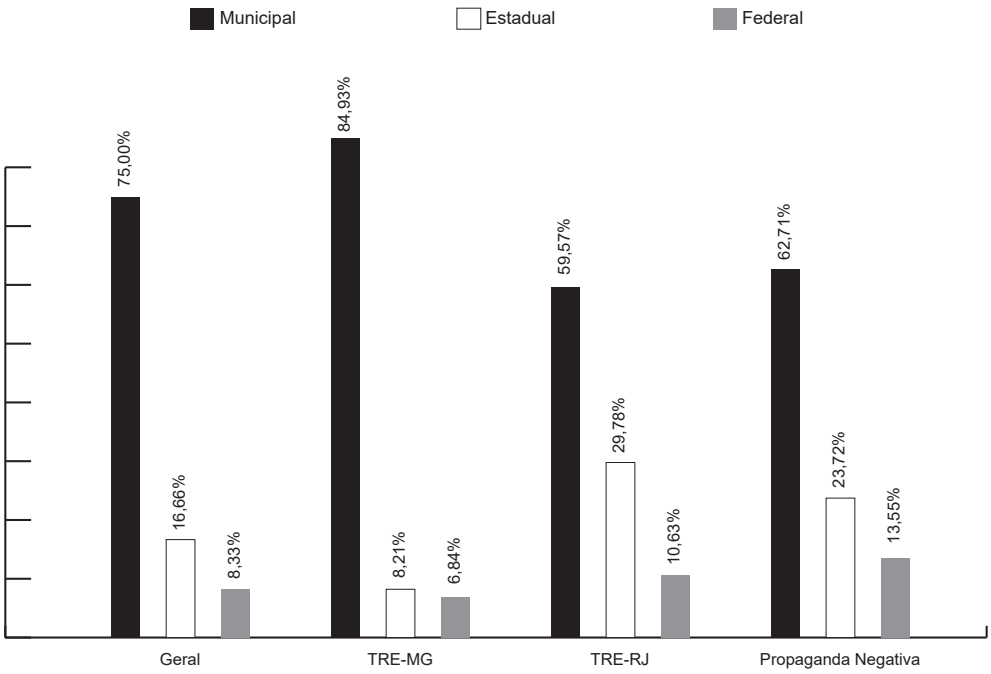
O que se pode perceber dos casos é que há soluções completamente controversas, sem padrões, pois a crítica à emissora de TV concede direito de resposta, mas a crítica ao candidato, ao invés de gerar direito de resposta, gera multa; a imputação e qualificação como mentiroso, como alguém que não trabalhou, não gera consequências, mas a qualificação de suposta coação de eleitores e a imputação de negligência com a educação com charge geram multa.

## 2.3. Tipo de eleição

Quanto ao tipo de eleição, questionava-se em qual ente federativo se disputava um cargo político: "Federal", "Estadual" ou "Municipal". As eleições municipais foram as que mais geraram questões para ambos os TREs, e figuraram no quadro geral em 75% dos casos, seguidas das estaduais, em 16,66%

dos casos, e das federais, em 8,33% dos casos. Apesar das diferenças no recorte TRE-MG, TRE-RJ e recorte de propaganda negativa, não há relevância.

**Gráfico 5 – Âmbito da eleição**




O questionamento da origem do conflito é importante, pois sugere uma explicação para que a discussão da liberdade de expressão na propaganda eleitoral tenha tido tão pouca relevância na academia brasileira. No início da pesquisa, abril de 2018, em consulta ao portal de periódicos CAPES/MEC,[8] foram encontrados apenas 3 trabalhos relacionando os termos precisos "liberdade de expressão" e "propaganda política". O fato de a maioria dos casos serem associados a questões municipais, locais, pode ser considerado um fator que torna a questão invisível à discussão acadêmica com maior amplitude.

## 2.4. Menções relevantes

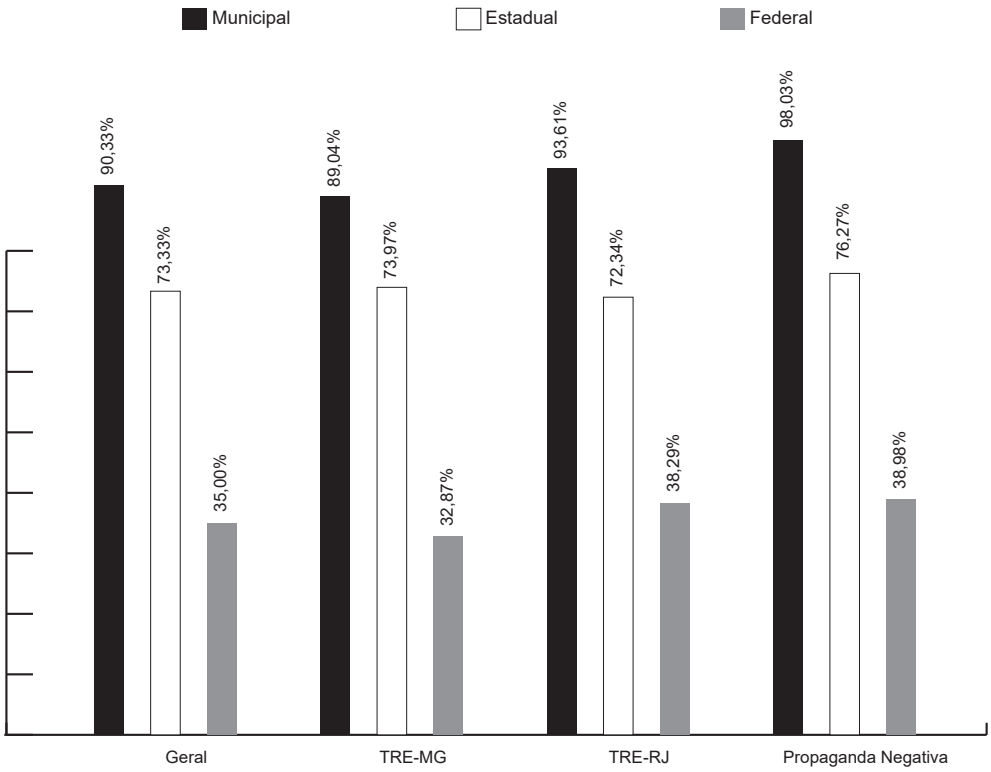
Quanto às menções relevantes, questionava-se se nos acórdãos haveria ou não referência a termos técnicos ou a conceitos jurídicos recorrentes em casos de liberdade de expressão em outros ramos do direito (Direito Civil, Direito Penal, etc.). As menções analisadas foram: "Intenção", "Liberdade de expressão" e "Ponderação". Consideram-se como menção à "Ponderação" os

[8] Disponível em: http://www.periodicos.capes.gov.br/.

casos que mencionavam algum tipo de balanceamento, proporcionalidade, ou a frase difundida em julgados na área cível – "A liberdade de expressão deve ser protegida, mas encontra limites (...)" – ou frases similares.

Por ser o termo de pesquisa utilizado para selecionar os casos no *site* do TSE, "liberdade de expressão" foi o termo mais mencionado nas decisões, comparado com os outros dois. Tal resultado já era esperado, tendo em vista que foi o parâmetro de busca na plataforma de pesquisa. O termo foi mencionado nas decisões no quadro geral em 90% dos casos, seguido de "intenções", em 73,3%, e "ponderação", em 35% dos casos, lógica que se manteve no TRE-MG, no TRE-RJ e no recorte Propaganda negativa.

**Gráfico 6 – Menções relevantes**




A doutrina brasileira recorrentemente associa a decisão de casos envolvendo liberdade de expressão à ponderação ou balanceamento, tal como fazem Bodin de Morais (2013) e Barroso (2004), entre outros. Apesar de a técnica da ponderação ter sua racionalidade discutida pelos teóricos do direito (LEAL, 2014) e até mesmo questionada (SCHAUER, 1991, 2011; ZAMZOW, 2015),

pode-se afirmar que ela é bastante invocada nos casos de liberdade de expressão em outros ramos. Nesse aspecto, os TREs analisados não fugiram à lógica.

Entretanto, percebe-se que "intenção" ocorre mais vezes do que "ponderação". Essa variação é interessante, tendo em vista que se tem discutido se é mais pertinente o uso de conceitos ou se o juízo de proporcionalidade nos julgamentos associados à liberdade de expressão (TUSHNET, 2018 p. 22-25; FERREIRA, 2019).

Esse resultado sugere que, quanto à propaganda política, em especial quanto à propaganda negativa, a intenção é um aspecto mais relevante do que a ponderação, apesar de a ponderação também ser relevante.

Essa maior ocorrência não é necessariamente positiva porque usar o conceito de intenção ao decidir também amplia a interferência de julgamentos morais e de processos de natureza intuitivo-afetiva (FREITAS, 2017), algo normalmente associado a erros e arbitrariedades. No Direito Penal, por exemplo, o enquadramento de intenção é tratado como um fator de erro por parte do Judiciário, chegando, em alguns casos, a ser considerado como um fator de impunidade em relação a alguns crimes (MACHADO; LIMA; NERIS, 2016).

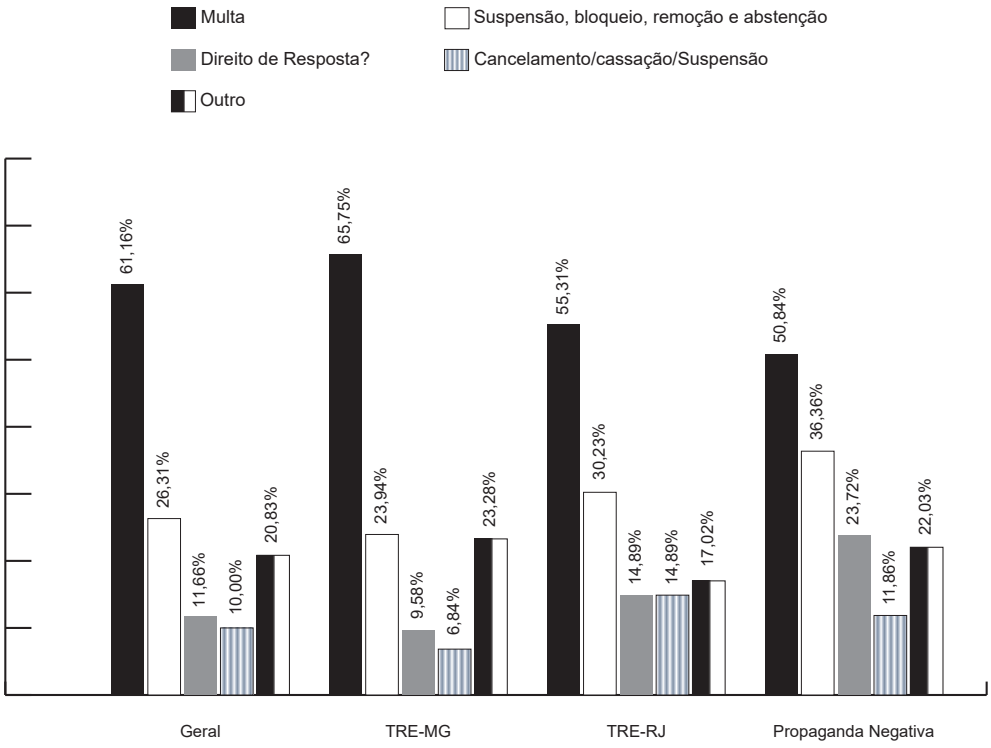
Essa maior ocorrência não torna necessariamente a análise de intenções um fator mais relevante que o juízo de ponderação nem o julgamento das intenções mais importante que a ponderação, pois a conclusão de que um é mais relevante para os casos que o outro dependeria da análise da argumentação de cada caso em específico, dependeria da análise do relacionamento entre as premissas e a conclusão, entre fundamentação e sentença (EPSTEIN, 2011; SINNOT-ARMSTRONG; FOGELIN, 2014; STRUCHINER; SHECAIRA, 2016). É possível que tanto a intenção quanto a ponderação nem componham a fundamentação da sentença, que apenas uma dela a componha, ou que ambas a componham e que elas tenham pesos diferentes.

## 2.5. Pedido

Quanto ao pedido, questionava-se qual era o provimento judicial pretendido pelo autor. Segundo Didier Jr. (2017, p. 237), pode-se definir pedido como "a consequência jurídica (eficácia) que se pretende ver realizada pela atividade jurisdicional". Como consequências pretendidas pelas partes, tem-se: "Multa"; "Remoção de Conteúdo, suspensão ou bloqueio de página/abstenção de nova publicação"; "Cancelamento/Cassação do registro de candidatura/Suspensão e perda de direitos políticos"; "Direito de resposta" e "Outro".

"Multa" teve o maior número de ocorrências, 61,16% dos casos, seguida de "Suspensão/bloqueio/remoção de página ou propaganda/abstenção de nova publicação", com 26,31%, "Direito de Resposta", 11,66%, "Cancelamento/Cassação do registro/Suspensão dos Direitos Políticos", com 10%, sendo que a categoria de exclusão "Outro", que envolveu diversos pedidos não qualificados, também teve um alto número de ocorrências, 20,83%. Na comparação entre TRE-MG e TRE-RJ, não houve muitas diferenças, mas quanto ao recorte de Propaganda negativa, houve pedido de multa em 50,84%, suspensão em 36,36%, direito de resposta em 23,72%, cancelamento/cassação de candidatura/suspensão de direitos políticos em 11,86% e outros pedidos em 23,03%.

**Gráfico 7 – Pedido**




As multas previstas na Lei das Eleições têm valores variados, de acordo com a gravidade da infração. Especificamente quanto à propaganda, as multas previstas na legislação variam entre R$ 1000,00 (mil reais) e R$ 100.000,00 (cem mil reais), podendo ser aumentadas se presentes circunstâncias específicas, como reincidência ou propaganda em valor superior.

A imposição de multas por manifestações de pensamento ilícitas tem uma forte relação com a *prior restraint doctrine*,[9] em que a liberdade de expressão protege os indivíduos da censura, ou seja, proíbe atos de controle da manifestação do pensamento anteriores à divulgação e circulação de ideias, mas não proíbe responsabilizar/punir após a circulação (TOLLER, 2010, p. 24-5).

No sistema eleitoral, a responsabilização posterior através de multas pode estar associada a pelo menos três fundamentos diferentes: proteção da imagem e honra dos candidatos, já que são pessoas que têm direito de serem tratadas com dignidade; estímulo e indução da qualidade das ideias circuladas durante o processo eleitoral; igualdade de oportunidades e de regras entre os candidatos.

Essas três alternativas de justificação de controle da manifestação do pensamento no processo eleitoral podem gerar soluções completamente divergentes nos casos, sendo que nem todas elas são compatíveis com o direito constitucional brasileiro. Ou seja, há casos em que a aplicação da multa prevista na legislação eleitoral não poderia ser imposta, por violar a liberdade de expressão. Entretanto, não há espaço disponível para o desenvolvimento desse ponto, que será tratado posteriormente em outro artigo.

O pedido "Direito de resposta" teve um número de ocorrências muito aquém do que poderia, correspondendo a apenas 11,36% no quadro geral e a 29,2% no recorte de propaganda negativa. O direito de resposta no processo eleitoral é previsto expressamente no art. 58 da Lei das Eleições, não ficando sob lacuna normativa após julgamento da Arguição de Preceito Fundamental n° 130, caso em que o STF declarou a não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição de 1988.

Segundo Macedo (2017), inicialmente o Tribunal Superior Eleitoral tinha uma tendência de proteger a liberdade de expressão dos políticos através do direito de resposta, restringindo a liberdade de imprensa das mídias. Essa postura se alterou ao longo dos anos, quando o TSE passou a ser mais protetivo da imprensa em face dos políticos. Entretanto, atualmente "não é

[9] A doutrina foi desenvolvida por William Blackstone no direito inglês e posteriormente incorporada ao direito americano. Ela sofre várias objeções: de que a proibição de restrições prévias não pode ser absoluta porque isso impediria quem está na iminência de sofrer lesão irreparável de agir; de que o sistema de indenização posterior pode ser insuficiente para reparar os danos causados); de que a distinção entre restrições prévias e posteriores não é bem delineada; de que a restrição posterior pode ter um efeito de restrição prévia, especialmente pelos seus fins preventivos. Para aprofundamento, ver Fernando M. Toller (2010).

possível vislumbrar se existe uma tese vencedora no Judiciário brasileiro em relação aos limites da liberdade de expressão" e ao direito de resposta (MACEDO, 2017).

A pouca incidência de casos envolvendo direito de resposta no TRE-MG e no TRE-RJ sugere duas conclusões: a) que o mecanismo é pouco invocado por parte dos agentes do processo eleitoral; e b) que a multa, solução interventiva no patrimônio, é preferida em detrimento do direito de resposta, que prioriza o discurso. Essas afirmações não são conclusivas porque, a princípio, somente se concede direito de resposta quando a parte o requer e desde que ainda haja tempo hábil dentro do processo eleitoral (não haveria resultado útil ao se conceder direito de resposta após a realização das eleições). Não se tem informações precisas sobre os casos analisados para saber quando o pedido foi realizado, se próximo ao encerramento do pleito, se antes.

Há teses defendendo que o direito de resposta deveria ser preferencial se comparado à condenação ao pagamento de indenização por danos morais (LEITE, 2018). Dentro do direito eleitoral, deve-se questionar se não caberia uma posição preferencial do direito de resposta em detrimento da multa, no sentido de que o juiz poderia julgar improcedente o pedido de multa, mas reconhecer o direito de resposta como pedido implícito ou converter o pedido de multa em pedido de direito de resposta de forma a proteger a liberdade de expressão no processo eleitoral. Tal questionamento deve ser aprofundado em trabalho específico.

## Considerações finais

Com base no trabalho ora apresentado, pode-se afirmar a respeito dos casos de "liberdade de expressão" e propaganda política no TRE-MG e TRE-RJ: os maiores litigantes são os partidos políticos ou coligações; os maiores litigados são os candidatos ou políticos, mas órgãos de imprensa e jornalistas também são alvos de um número considerável de ações; o tema mais discutido é propaganda negativa; as eleições municipais são o centro das preocupações envolvendo "liberdade de expressão" nos TREs analisados; a menção à "intenção" ocorre mais vezes que a menção à "ponderação"; o pedido mais comum nos casos envolvendo liberdade de expressão é a multa, em detrimento do direito de reposta.

Especificamente quanto à propaganda negativa, conclui-se que ela padece do mesmo problema que o controle de ofensas: a falta de objetividade quanto ao critério de análise. Quanto a ela, os julgamentos são incoerentes, seja a) pela indeterminação dos fundamentos invocados para a decisão, seja b) pela inconsistência dos fundamentos utilizados, havendo divergência de soluções para casos semelhantes (casos sem diferenças relevantes). O aprofundamento a respeito dessa incoerência depende de desenvolvimento em trabalho específico, o qual trate da fundamentação e argumentação das decisões.

A preponderância do pedido de multa em detrimento do direito de resposta sugere que a sanção patrimonial é preferida se comparada à solução que prioriza o discurso eleitoral, ou seja, o direito de resposta. Essa preponderância é problemática levando-se em conta a proteção da liberdade de expressão, e eventuais alternativas necessitam de posterior aprofundamento teórico.

# Referências

ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Curso de direito eleitoral*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026. Acesso em: 10 maio 2019.

BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa: as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista da EMERJ*, v. 6, p. 360-380, 2003. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_360.pdf. Acesso em: 9 maio 2019.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Honra, liberdade de expressão e ponderação. *Civilistica.com*. *Revista Eletrônica de Direito Civil*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 2, abr./jun. 2013. Disponível em: https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/89. Acesso em: 10 maio 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Pesquisas Judiciárias. *Relatório Estatístico*: liberdade de imprensa. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/06/fe4133ad3d044846ba3b8ff5594bb7a7.pdf. Acesso em: 02 maio 2019.

DIDIER JR. F. *Curso de direito processual civil*. 19. ed. Salvador: Juspodvim, 2017. v. 1.

EPSTEIN, Richard L.; CARNIELLI, Walter A. *Pensamento crítico*: o poder da lógica e da argumentação. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2011.

LOPES, Elisabeth; VENCESLAU, Pedro. ALCKMIN cita santo em recado a Doria: 'se não puder falar bem, não diga nada'. *O Estado de São Paulo*, 05 de setembro de 2017. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,alckmin-cita-santo-em-recado-a-doria-se-nao-puder-falar-bem-nao-diga-nada,70001969148. Acesso em: 11 maio 2019.

*TUMBLR diz que russos usaram plataforma para manipular informações dos EUA*. Exame, 23 de março de 2018. Disponível em: https://exame.abril.com.br/negocios/tumblr-diz-que-russos-usaram-plataforma-para-manipular-informacoes-dos-eua/. Acesso em: 24 março 2018.

FERREIRA, R. A. Liberdade de expressão entre categorias e proporcionalidade. *Jota-Info*, São Paulo, 22 jan. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/iberdade-de-expressao-entre-categorias-e-proporcionalidade-22012019. Acesso em: 25 mar. 2019.

FREITAS, Rebeca dos Santos. *De quem é a culpa?*: compreendendo a responsabilidade jurídica a partir de uma perspectiva psicológica e filosófica. 2017. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. 2017. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/32564/32564.PDF. Acesso em: 10 maio 2019.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 13. ed. São Paulo, Atlas, 2017.

LEAL, Fernando A. R. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. *A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional* (Impresso), v. 58, p. 177-209, 2014. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24327/Irracional_ou_hiper-racional_A_ponderaca.pdf. Acesso em: 10 maio 2019.

LEITE, F. C. Por uma posição preferencial do direito de resposta nos conflitos entre liberdade de Imprensa e direito à honra. *Civilistica.com – Revista Eletrônica de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 7, p. 1-25, 2018. Disponível em: https://civilistica.com/wp-content/uploads/2018/08/Leite-civilistica.com-a.7.n.2.2018.pdf. Acesso em: 9 maio 2019.

_____; HANNIKAINEN, I. A. R.; NHUCH, F. K. Adivinhe quem vem para jantar: a liberdade de expressão do ofensor e o subjetivismo do julgador na análise dos crimes de injúria. *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*, v. 61, p. 259-276, 2016. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/46877/29834. Acesso em: 09 maio 2019.

LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos*: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição americana. São Paulo: Aracati, 2011.

MACEDO, S. Direito de resposta nas eleições: liberdade do emissor versus liberdade do receptor. *Compolítica*, v. 6, n. 2, p. 55-80, 2016. Disponível em: http://compolitica.org/revista/index.php/revista/article/view/105/108. Acesso em: 9 maio 2019.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; LIMA, Márcia; NERIS, Natália. Racismo e insulto racial na sociedade brasileira: dinâmicas de reconhecimento e invisibilização a partir do direito. *Novos estudos – CEBRAP*, São Paulo, v. 35, n. 3, p. 11-28, nov. 2016. Disponível em: https://www.scielo.br/j/nec/a/SgkXhW6XxfsjYr3XjmwQgYB/abstract/?lang=pt. Acesso em: 10 maio 2019.

NAPOLITANO, C. J. Supremo Tribunal Federal e as propagandas eleitorais. *Revista De Estudos Empíricos Em Direito*, v. 6, n. 1, p. 07-20, maio 2019. Disponível em: https://reedrevista.org/reed/article/view/228. Acesso em: 11 maio 2019.

PROJETO LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL. *Resultados de Pesquisas*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2019. Disponível em: https://www.plebpuc.science/resultados. Acesso em: 3 maio 2019.

SCHAUER, F. Formalismo. *In*: RODRIGUEZ, J. R. *A justificação do formalismo jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 65-116.

_____. *Playing by the rules*. Oxford: Claredon Press, 1991.

SINNOT-ARMSTRONG, Walter; FOGELIN, Robert. *Understanding arguments*: an introduction to informal Logic. 9. ed. Stanford: Cengage Learning, 2014.

STRUCHINER, N.; SHECAIRA, F. P. *Teoria da argumentação jurídica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Contraponto/ PUC-Rio, 2016.

TOLLER, F. M. *O formalismo na liberdade de expressão*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TUSHNET, M. *Advanced introduction to freedom of expression*. Cheltenham: Elgar, 2018.

WARBURTON, N. *Liberdade de expressão*: uma breve introdução. Lisboa: Gradiva, 2015.

ZAMZOW, J. Rules and principles in moral decision making: an empirical objection to moral particularism. *Ethical Theory and Moral Practice*, v. 18, n. 1, p. 123-134, 23 feb. 2015.

# “Somos todas terezas” – a (re) inclusão feminina e a igualdade de gênero na sociedade e na política[1]

*“We are all the terezas” – The female (re)inclusion and gender equality in society and politics*

**Roberta Ferme Sivolella**[2]

[1] Artigo recebido em 18 de fevereiro de 2021 e aprovado para publicação em 1° de março de 2021.

[2] Juíza auxiliar da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho. Juíza titular da 2ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro. Primeiro membro feminino do Comitê Gestor Nacional do Sistema de Segurança do Poder Judiciário - CNJ.

## Resumo

Este artigo trata da reinclusão feminina e da igualdade de gênero na sociedade e na política. Por meio da análise da personagem Tereza da obra de Jorge Amado, "Tereza Batista cansada de guerra", o estudo identifica haver várias Terezas em nossa sociedade, pois, tal qual a personagem, há muitas mulheres que convivem em desigualdade de oportunidades com seus parceiros e são abafadas pelo negacionismo histórico, motivo pelo qual a Tereza do romance é um estereótipo atemporal. O trabalho destaca a valorização do homem e os desafios enfrentados pelas mulheres quando assumem um cargo público, o que reforça a naturalização das diferenças de gênero preconizada por Bordieu, atingindo diversos ramos e papéis sociais. O trabalho indica a visão ampla acerca do tema, bem como a necessidade da busca pela congregação de esforços entre os diversos ramos do Poder Judiciário e da sociedade em geral, por meio da ampla divulgação, organização, estruturação e fomento de iniciativas voltadas à plena efetividade da participação feminina na política e na sociedade, agregada ao combate da desigualdade de gênero. O estudo apresenta, ainda, o que vem sendo feito para a política de inclusão feminina no judiciário, a inserção no mercado de trabalho, destacando pontos como o salário, as posições de liderança, funções acadêmico-científicas, assédio sexual no ambiente de trabalho. O artigo finaliza trazendo um estudo sobre a inclusão da mulher sob o enfoque das decisões judiciais e as expectativas da política de inclusão.


**Palavras-chave**: Reinclusão feminina. Igualdade de gênero. Política.


## Abstract

This article deals with women's re-inclusion and gender equality in society and politics. Through the analysis of the character Tereza in Jorge Amado's work, "Tereza Batista tired of war", the study identifies that there are several Terezas in our society, as, like the character, there are many women who live in unequal opportunities with their partners and are muffled by historical denial, which is why the novel's Tereza is a timeless stereotype. The work highlights the valorization of men and the challenges faced by women when they assume public office, which reinforces the naturalization of gender differences advocated by Bordieu, reaching different branches and social roles. The work indicates the broad view on the topic, as well as the need to seek to

join efforts between the various branches of the Judiciary and society in general, through wide dissemination, organization, structuring and promotion of initiatives aimed at full effectiveness of female participation in politics and society, added to the fight against gender inequality. The study presents what has been done for the policy of female inclusion in the judiciary, insertion in the labor market, highlighting points such as salary, leadership positions, academic-scientific functions, sexual harassment in the workplace. The article ends with a study on the inclusion of women from the standpoint of judicial decisions and the expectations of the inclusion policy.

**Keywords**: Female reinclusion. Gender equality. Policy.

> Tereza carregou fardo penoso, poucos machos agüentariam com o peso; ela agüentou e foi em frente, ninguém a viu se queixando, pedindo piedade; se houve quem — rara vez — a ajudasse, assim agiu por dever de amizade, jamais por frouxidão da moça atrevida; onde estivesse afugentava a tristeza. Da desgraça fez pouco caso, meu irmão, para Tereza só a alegria tinha valor. Quer saber se Tereza era de ferro, de aço blindado o coração?[3]

[3] AMADO, Jorge. *Tereza Batista cansada de guerra*. São Paulo: Companhia das Letras, p. 15.

# 1. Uma história de lutas veladas e mordaças naturalizadas

"Peste, fome e guerra, morte e amor, a vida de Tereza Batista é uma história de cordel":[4] tal e qual a epígrafe do romance de Jorge Amado já anuncia, a mulher representada pela personagem é uma guerreira. Enfrenta sua infância roubada, supera violências das mais variadas espécies, vence na batalha constante e cotidiana da desigualdade de gênero arraigada em nossa sociedade e, por fim, após liderar uma greve das minorias e vencer uma epidemia que se alastrava (seria uma premonição de Jorge Amado?), ainda encontra forças para exercer o seu lado feminino e o seu protagonismo social.

Há várias Terezas em nossa sociedade. Convivem em desigualdade de oportunidades com seus parceiros do sexo masculino e são abafadas pelo negacionismo histórico, que, de tão intrínseco, chega a não divulgar tantas heroínas em nossos livros de história.[5] Nas proximidades de uma nova eleição, e em tempos de "novo normal", essa observação nunca foi tão necessária.

Em verdade, a guerreira do romance de Jorge Amado, passado no recôncavo baiano do início do século XX, é um estereótipo atemporal. O cenário de lutas, preconceitos, estigmatização e banimento do protagonismo social é um fenômeno que, ainda nos dias atuais, se repete cotidianamente. As diversas Terezas transitam entre posições sociais, profissionais, religiosas e familiares, cujo registro secular faz parte da estrutura edificante e paralisante de nossa cultura. Mais recentemente, assim como a heroína baiana, nossas heroínas veladas lutam contra a peste viral silenciosa, cujos efeitos se espraiam para além dos prejuízos biológicos, e colocam na mulher mais uma missão multifacetada. As Terezas desses tempos de "novo normal" ganham mais um fardo infindável: o de se adaptar a uma rotina sem intervalos ou empatia, coadunar

[4] Ibidem.

[5] O projeto "As mina na história", descrito como "um projeto de recuperação da memória de mulheres que transformaram o Brasil e o mundo", cita vários exemplos de mulheres "esquecidas" dos livros de história. Indica o exemplo do trabalho da historiadora Ignez Sabino, que, descrevendo a trajetória de suas conterrâneas, as mulheres brasileiras, definiu o seu objetivo como "obscura historiadora" da seguinte forma: "Eu quero ressuscitar, no presente, as mulheres do passado que jazem obscuras, devendo elas encher-nos de desvanecimento, por ver que bem raramente na humanidade se encontrará tanta aptidão cívica presa aos fastos da história". CORREA e SILVA, Lalia. *O "Panthéon Feminino" das Letras: os desafios das escritoras brasileiras do século XIX*, 11 jul. 2018. Disponível em: https://asminanahistoria.com/2018/07/11/os-desafios-das-escritoras-brasileiras-do-seculo-xix/. Acesso em 02 de jul. de 2020.

o seu trabalho com a agenda sem férias ou respiros da promoção da harmonia familiar que lhe é imposta como papel, e, ainda, vencer a missão impossível de travar suas lutas cotidianas sem fazer alarde.

A cobrança de funções paradoxais da mulher não existe por acaso. Esse caráter multifacetado e dinâmico que é peculiar à psique feminina não dá margens à compaixão, ou à percepção do impossível. A fortaleza feminina, de todas as nossas Terezas, acaba sendo arduamente construída sobre tal característica. Justamente por se desdobrar em vários papeis desde a história mais remota, nós, Terezas do século XXI, adquirimos como ninguém um conhecimento ímpar acerca das características de cada membro de nosso Estado-Nação, em cada uma das suas múltiplas funções como cidadãos.

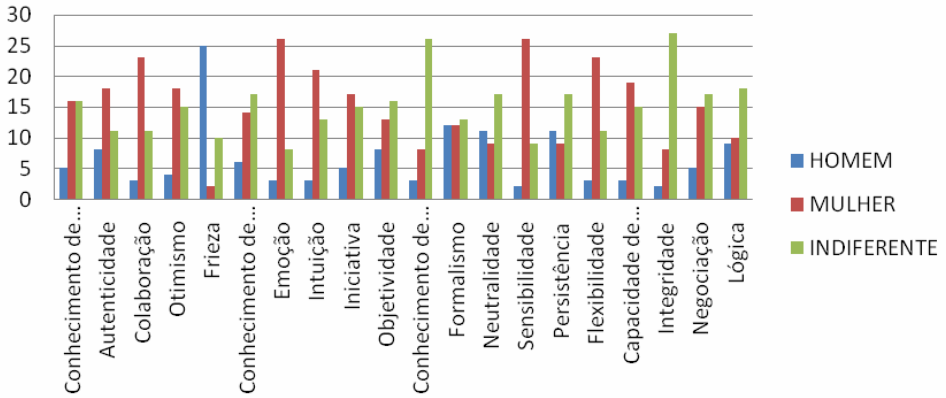
Também não por acaso, pesquisa realizada em 2011 pela Associação Brasileira de Engenheiros de Produção – ABEPRO, constatou que, analisando-se a percepção que os liderados possuem acerca da gestão feminina, destacaram-se as características consideradas femininas pelos teóricos, tais como "autenticidade, colaboração, otimismo, emoção, intuição, iniciativa, sensibilidade, flexibilidade e capacidade de persuasão", o que justificaria a identificação com uma maior necessidade de oportunidade de participação feminina na gestão pública.[6]

O gráfico indicado na pesquisa citada ilustra bem tal cenário:[7]

[6] Cf. DE SOUSA, Priscila Felipe; SIQUEIRA, Elisabete Stradiotto; BINOTTO, Erlaine. *Liderança feminina na gestão pública: um estudo de caso da universidade do estado do Rio Grande do Norte*, p. 11. Disponível em: www.abepro.org.br/biblioteca/enegep2011_tn_stp_141_893_18429.pdf. Acesso em: 11 jul. 2020.

[7] Ibidem, p. 7.

**Gráfico 1– Características dos(das) gestores(as)**




Não obstante dados oriundos do Tribunal Superior Eleitoral demonstrem que, em 2018, as mulheres correspondiam a 52,50% do eleitorado em 2018 (eram 52,21% em 2016), constata-se que somente representaram 16,11% dos eleitos no mesmo ano de 2018 (o percentual era de 13,43% em 2016),[8] em realidade de participação política que não corresponde à necessidade social observada. No âmbito municipal, tal percentual ainda é menor, na medida em que, conforme destacado por pesquisa datada de 2018, somente 11,92% do total de municípios brasileiros elegeu mulheres para estarem à frente das respectivas prefeituras para a gestão 2013-2016.[9]

O mesmo estudo traça um paralelo entre a valorização do homem na função política e os desafios enfrentados pelas mulheres quando assumem tal cargo público, tendo que conciliá-lo com o papel social comumente desempenhado pelas esposas dos homens na mesma condição, além de sofrerem tentativas de deslegitimação por meio da concretização de posturas machistas, e perceberem desconforto em virtude do exercício do poder de mando oriundo de figura feminina.[10] Esses desafios representariam a

[8] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Participa Mulher*. Disponível em: http://www.justicaeleitoral.jus.br/participa-mulher/. Acesso em: 20 jul. 2020.

[9] SCHERER, Luciana; BOTELHO, Louise de Lira Roedel. Liderança feminina na gestão pública municipal – desafios e aprendizados de mulheres prefeitas. *Atlânticas Revista Internacional de Estudios Feministas*, 2018, 3, 1, p. 225. Disponível em: http://dx.doi.org/10.17979/arief.2018.3.1.2043. Acesso em: 30 out. 2020.

[10] O interessante estudo indica que os desafios enfrentados pelas mulheres na política não são uma construção apenas masculina, mas também feminina. Conclui que "as relações entre o masculino x feminino não deixa de estar presente nos discursos e nas

"naturalização das diferenças" trabalhada por Bordieu, quando apresentada como esquema de pensamento, servindo a minorar o reconhecimento social que permite que alguns indivíduos, mais do que outros, sejam aceitos como atores políticos e, portanto, capazes de agir politicamente.[11] Trata-se do capital político, como forma de capital simbólico, e cuja eficácia estaria ligada à universalidade do reconhecimento em relação a sua própria autoridade. Em outras palavras, os entraves advindos da naturalização das diferenças representariam uma diminuição de reconhecimento da legitimidade daquele indivíduo para agir na política.[12]

Essa naturalização das diferenças acabou fazendo com que, muito embora as mulheres tenham contribuído para um novo paradigma de gestão que privilegia a valorização humana, ostentem ainda um registro de entrada marginal no mundo do trabalho e na gestão pública, em mais um paradoxo em relação aos resultados obtidos com a experiência feminina em posições de liderança. No âmbito privado, por exemplo, tem sido observado que "a sobrevivência de empresas dirigidas por mulheres tem atingido um tempo além dos padrões encontrados", provavelmente em virtude da "combinação de características masculinas (iniciativa, coragem, determinação) com características femininas (sensibilidade, intuição, cooperação)", definindo "um estilo próprio de gerenciar", o qual, "aliado à intensa dedicação ao trabalho, contribui para as altas taxas de sobrevivência de empresas geridas por mulheres".[13]

Como se vê, a naturalização das diferenças preconizada por Bordieu atinge a diversos ramos e papeis sociais. Seja no mercado de trabalho ou no meio acadêmico, por exemplo, todas nós sentimos o impacto, diuturnamente, dessa cultura impregnada de alijamento de gênero. O papel político, por certo, é a amálgama que, com todos esses atributos de adequação à gestão pública, ínsitos à identidade feminina, irá permitir a união harmoniosa das políticas de inclusão a serem implementadas. A percepção desta premência levou à edição de dois diplomas legais para fomentar a participação feminina

atuações dessas prefeitas. Preocupações com imagem, com os vários papéis a serem desempenhados, com a qualidade da gestão, e até mesmo a relação com o próprio eleitorado feminino permeia a vida dessas mulheres prefeitas. Ibidem, p. 244.

[11] Cf. BORDIEU, P. *O senso prático*. Petrópolis: Vozes, 1980.

[12] Ibidem.

[13] Cf. GOMES, Almiralva Ferraz; SANTANA, Weslei Gusmão Piau. As habilidades de relacionamento interpessoal de mulheres que trabalham por conta própria: o caso de Vitória da Conquista. In: *Anais do Seminário de Administração* (Semead). São Paulo: Brasil, 2004, p. 9.

na política, por meio das Leis nºs 9.100/1995 e 9.504/1997, imprimindo, por fim, cota de 30% de participação feminina, restrita, contudo, a cargos escolhidos pelo sistema proporcional.

A previsão legal não tem sido suficiente para diminuir a disparidade inclusiva existente, o que levou à Comissão de Constituição de Justiça a, recentemente, emitir opinativo pela constitucionalidade do Projeto de Lei n. 2.235, de 2019, do Senador Luiz do Carmo, que visa a alterar a Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral),

> para estabelecer a reserva de ao menos trinta por cento das cadeiras de Deputado Federal, Deputado Estadual, Deputado Distrital e Vereador para cada um dos sexos e reservar, quando da renovação de dois terços do Senado Federal, uma vaga para candidaturas masculinas e outra vaga para candidaturas femininas.[14]

O referido projeto cita a experiência internacional de diversos países, como a Áustria, Austrália, Argentina, Bolívia e Costa Rica para indicar o sucesso da aplicação da medida, indicando, ainda, que mais da metade dos países do mundo contam com tal iniciativa.

A efetividade dos instrumentos legais citados, contudo, não se observa de *per si*. É necessária a busca pela congregação de esforços entre os diversos ramos do Poder Judiciário e da sociedade em geral, por meio da ampla divulgação, organização, estruturação e fomento de iniciativas voltadas à plena efetividade da participação feminina na política e na sociedade, agregada ao combate da desigualdade de gênero. Essa tentativa é vista de maneira pródiga, por exemplo, no projeto "Participa Mulher", capitaneado pelo Tribunal Superior Eleitoral, sob a presidência do Ministro Luís Roberto Barroso, cuja visão de guarnecimento às garantias fundamentais em temas sensíveis, não por acaso, sempre foi uma marca de sua trajetória jurídica.

Nos próximos tópicos, se buscará indicar a visão ampla acerca do tema, bem como a necessidade de se coadunar as políticas inclusivas instituídas nos mais diversos ramos do judiciário, em comunicação e parceria constantes com outros ramos da sociedade, a fim de se atingir aos fins colimados.

[14] BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n. 2235*, de 2019. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136302. Acesso em: 30 out. 2020.

# 2. A inclusão feminina nos diversos setores da sociedade

## 2.1. *Política de inclusão feminina no poder judiciário*

O Conselho Nacional de Justiça, por meio da **Resolução n. 255 de 4/9/2018**, instituiu a **Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário**, como reconhecimento à importância de haver espaços democráticos e de igualdade entre homens e mulheres, e a necessidade de se promoverem medidas para se alcançar o 5° Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Organização das Nações Unidas (alcançar a igualdade de gênero) que está na Agenda 2030, bem como em cumprimento à Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002).

Naquela oportunidade, ressaltou a existência de dados sobre a representatividade feminina no Poder Judiciário, a revelar forte assimetria na ocupação de cargos, em situação de incongruência com a "crescente evidência de que a igualdade de gênero tem efeitos multiplicadores e benefícios no desenvolvimento sustentável pela participação na política, na economia e em diversas áreas de tomada de decisão e que também busca garantir a participação plena e efetiva das mulheres e a igualdade de oportunidades para liderança em todos os níveis de tomada de decisão na esfera pública", e com o direito fundamental previsto no art. 5°, I, da CRFB/1988.

Como meio de concretizar a Política Nacional de Incentivo à Participação Feminina no Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça trouxe como

> dever de todos os ramos e unidades do Poder Judiciário a adoção de "medidas tendentes a assegurar a igualdade de gênero no ambiente institucional, propondo diretrizes e mecanismos que orientem os órgãos judiciais a atuar para incentivar a participação de mulheres nos cargos de chefia e assessoramento, em bancas de concurso e como expositoras em eventos institucionais" (art. 2° da Resolução n. 255/2018 do CNJ).

Foi criado, ainda, um grupo de trabalho responsável pela elaboração de estudos, análise de cenários, eventos de capacitação e diálogo com os tribunais para a consecução de tais objetivos.

Tal diálogo tem sido concretizado, nas demais esferas do Poder Judiciário, por meio de projetos instituídos no âmbito dos tribunais, destinados a adequar e viabilizar a implementação das diretrizes ditadas pelo Conselho Nacional de

Justiça. Como exemplo, o Superior Tribunal de Justiça, que apenas dois meses após a aprovação da Resolução n° 255/2018 do CNJ, instituiu grupo de trabalho para estudo de medidas a assegurar a participação institucional feminina no Superior Tribunal de Justiça, por meio da Portaria SJT/GP n. 352, de 20 de novembro de 2018. O referido grupo de trabalho já promoveu diversos seminários e eventos de divulgação da política de inclusão feminina no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, além de ter protagonizado importantes iniciativas como a assinatura de um memorando de entendimento com a ONU Mulheres para promover a igualdade de gênero, em fevereiro de 2019, e o lançamento do Programa Equilibra, criado para fomentar a participação institucional feminina naquela Corte.

O Tribunal Superior do Trabalho possui em seus quadros ampla composição feminina, trazendo em seus tribunais regionais e suas instâncias número cada vez maior de mulheres, sendo premente a instituição de medidas com vias a dar efetividade aos objetivos da Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário, promovida pelo Conselho Nacional de Justiça. Tal necessidade se tornou mais evidente no cenário da pandemia, no qual indubitável é que as mulheres exercem múltiplos papeis, em trabalho denominado "de cuidado", invisível e não remunerado, porém essencial em tempos de Covid-19.[15] Em um contexto de crise, é cada vez mais necessário que o Poder Judiciário esteja atento à promoção da *justiça* já a partir de sua estrutura interna, por meio de políticas de inclusão e reconhecimento que perfazem a noção de justiça bidimensional, concentrada "no princípio de paridade de participação", segundo o qual é necessário "acordos sociais que permitam que todos os (adultos) membros da sociedade interajam uns com os outros como *pares*."[16]

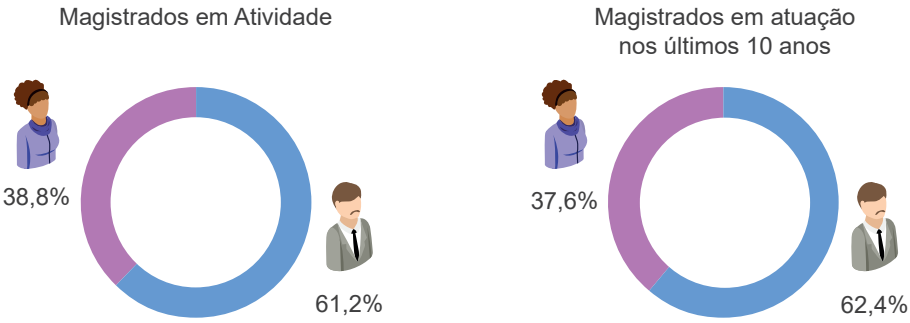
A situação atual pode ser ilustrada pelos dados que se seguem:

[15] Conforme termos mencionados em entrevista do economista Paulo dos Santos, em menção ao seu artigo "É tempo de repensar a contribuição do trabalho", publicado no *Developing Economics*. Disponível em https://developingeconomics.org/tempo-de-repensar-a-contribuicao-do-trabalho/?fbclid=IwAR3ym1Bz_s--4EnFa4eM0NEr-2rUJqYM7nF6dznhd1g8toVpPxbNpJRdRWu8. Acesso em 30 de jun. 2020.

[16] Cf.: FRASER, Nancy. Políticas feministas na era do reconhecimento: uma abordagem bidimensional da justiça de gênero. In: BRUSCINI, Cristina; UNBEHAUM, Sandra G. *Gênero, democracia e sociedade brasileira*, ed. 34. São Paulo: FCC, 2002, p. 66-67. O conceito de justiça segundo a bilateralidade redistribuição-reconhecimento também é abordado pela autora em 2003 (FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition?* A Political-Philosophical Exchange. London: Verso, 2003).

**Composição da magistratura**: o Poder Judiciário brasileiro é composto em sua maioria por magistrados do sexo masculino, **com apenas 38,8% de magistradas em atividade: apenas 2,8% a mais desde o ano de 2013,**[17] **em percentual que diminui para 37,6 %, se considerados os magistrados em atuação nos últimos 10 anos**.

## Gráfico 2 – Composição da magistratura




**Participação feminina em cargos de direção do Judiciário e entre as desembargadoras**: o cenário descrito pelo Conselho Nacional de Justiça no "Diagnóstico de Participação Feminina no Poder Judiciário" corrobora a estagnação que permeia a problemática da desigualdade mesmo no âmbito do poder guardião do tripé constitucional que compõe o Estado Democrático de Direito.[18] **Nos cargos de direção e entre as desembargadoras, a participação feminina na magistratura é ainda menor, permanecendo no patamar de 25% a 30%,**[19] **e sequer atinge 20% em tribunais superiores como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça**.[20] São dados muito reveladores do já citado "efeito tesoura", também presente nas carreiras jurídicas.

A mesma pesquisa do Conselho Nacional de Justiça revela que **a Justiça do Trabalho é a única que se destaca por ter apresentado nos últimos 10 anos os maiores percentuais de magistradas em todos os cargos**. No ramo da justiça que prima, justamente, por guarnecer os direitos sociais e a igualdade como

[17] Cf.: MOTA, Clara da; AZEVEDO, Gabriela. Togadas e Estagnadas. *Folha de São Paulo*, 08 de março de 2019. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2019/03/togadas-e-estagnadas.shtml. Acesso em: 10 out. 2020.

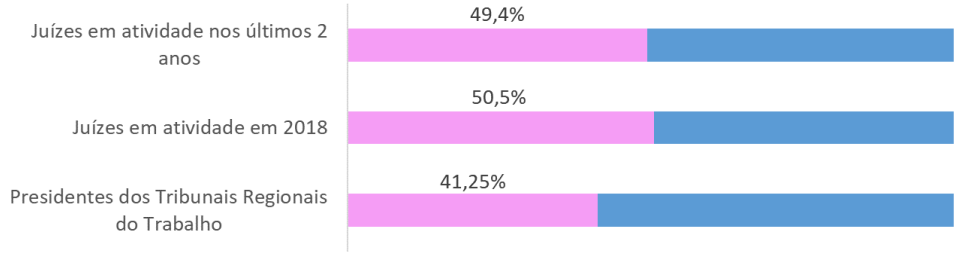
[18] Disponível em https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/. Acesso em: 10 fev. 2020.

[19] Idem.

[20] O percentual é citado no artigo de Clara Mota e Gabriela Azevedo (vide nota 7). As autoras, magistradas federais, indicam que as juízas negras constituem 1,75% da magistratura, evidenciando desigualdades ainda mais estruturais.

pilar do valor fundamental da dignidade da pessoa humana, **nos últimos dois anos as mulheres representaram 49,4% dos juízes em atividade e, em 2018, este percentual atingiu a maioria do quadro, com 50,5%, quando avaliados somente os magistrados ativos.** Por outro lado, **a composição de 41,25% de presidentes do sexo feminino nos tribunais regionais do trabalho** também revela grande avanço em relação aos outros ramos do judiciário, em dados que foram ressaltados num dos diversos discursos realizados na posse da primeira Presidente do sexo feminino na história do Tribunal Superior do Trabalho, Ministra Maria Cristina Peduzzi, no dia 19 de fevereiro de 2020.

**Gráfico 3 – Percentual de magistrados(as) na Justiça do Trabalho**




Também não por acaso, a **Justiça do Trabalho foi pioneira em indicar o primeiro membro do sexo feminino para representá-la no Comitê Gestor Nacional de Segurança do Poder Judiciário**, originalmente marcado, por seus próprios escopos, pela presença integral masculina.[21] As iniciativas e os projetos voltados à inclusão devem dar continuidade a este cenário apresentado pela Justiça do Trabalho, ampliando-o aos outros ramos do judiciário, segundo política de inclusão instituída pelo Conselho Nacional de Justiça.

**Combate à violência de gênero**: O Conselho Nacional de Justiça, como decorrência da realização das Jornadas Maria da Penha desde 2007, instituiu, por meio da Resolução CNJ n° 254/2018, a **Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres**, responsável por uma série de medidas calcadas ao combate dessa triste realidade, como a instituição do Programa Nacional Justiça pela Paz em Casa, e a recomendação para a criação

[21] CF. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Portaria CNJ n. 163*, de 19 de dezembro de 2018. Nomeia os membros do Comitê Gestor do Sistema Nacional de Segurança do Poder Judiciário. *DJe*: 19/12/2018. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files//portaria/portaria_163_19122018_20122018142342.pdf. Acesso em: 31.10.2020.

de varas especializadas e Juizados de Violência Doméstica e Familiar nas capitais e no interior dos estados, o incremento da atuação das **Coordenadorias Estaduais da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar**, a atualização do **Manual de Rotinas e Estruturação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**, e a importantíssima criação do Formulário Nacional de Avaliação de Riscos, em parceria com o Conselho Nacional do Ministério Público.[22]

Com a pandemia do Covid-19, o aumento dos casos registrados de violência contra a mulher durante a quarentena cresceu em índices alarmantes, observando-se o dobro de feminicídios em comparação a 2019, segundo os dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça.[23] Seguindo esse panorama assustador e muito revelador, no Acre, por exemplo, observou-se um aumento de *300*% nos casos de violência contra a mulher no período de isolamento social e, em São Paulo, nota técnica divulgada pelo Ministério Público do estado teria revelado alta de 51% de prisões em flagrante relativas a atos de violência contra a mulher. Além disso, houve crescimento de 30% no número de pedidos de medidas protetivas de urgência.

A criação de grupo de trabalho para elaborar estudos e ações emergenciais voltados a ajudar as vítimas de violência doméstica durante a fase do isolamento social, pela Portaria n. 70/2020 do Conselho Nacional de Justiça, tem proporcionado inciativas pioneiras como a Campanha "Sinal Vermelho para a violência doméstica", mediante protocolo simples de denúncia e ajuda às vítimas, com o apoio da Associação de Magistrados Brasileiros, que tem em sua presidência, também não por acaso, a primeira mulher a concorrer e tomar posse no cargo na referida associação de abrangência nacional.[24] Sem dúvidas, mais uma constatação de que as vozes femininas, quando unidas, conseguem promover grandes soluções para velhos e graves problemas sociais.

## 2.2. *Inclusão da mulher no mercado de trabalho*

**Em relação ao salário**: No mercado de trabalho ainda é grande a desigualdade salarial e o desnível de condições entre homens e mulheres. Segundo estudo divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em março de 2019, **as mulheres ganham, em média, 20,5% menos**

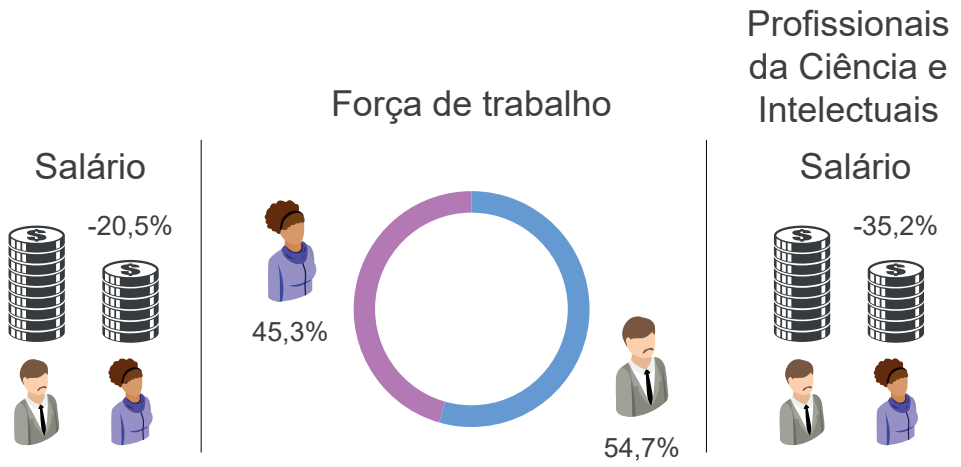
[22] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Portal CNJ*. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/violencia-contra-a-mulher/. Acesso em: 12 out. 2020.

[23] Ibidem.

[24] Disponível em: https://www.amb.com.br/renata-gil-toma-posse-como-nova-presidente-da-amb/. Acesso em: 12 out. 2020.

**que os homens no país, nada obstante representarem 45,3% da força de trabalho, revelando desigualdade salarial que se apresentou em todas as ocupações analisadas.**[25] A mesma pesquisa revelou que, entre os profissionais das ciências e intelectuais, nada obstante a participação maior das mulheres, a discrepância de rendimentos era ainda maior, **com a percepção de 64,8% do rendimento dos homens.**[26]

**Gráfico 4 – Desigualdade salarial**

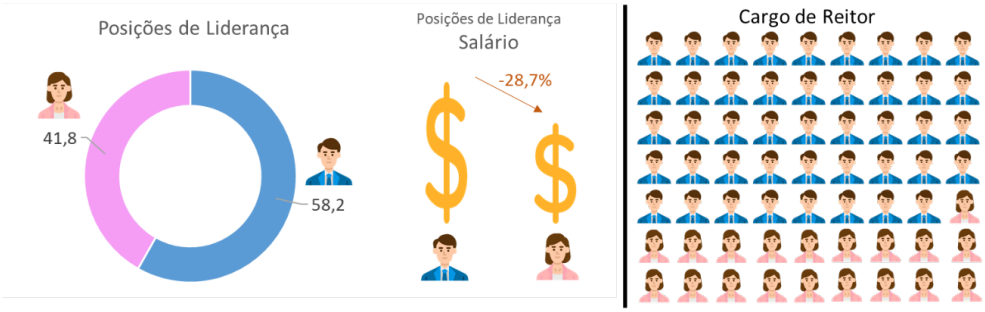



**Em relação às posições de liderança**: Nas **posições de liderança**, a desigualdade ainda é mais visível. Nas funções de diretoria e gerência, as mulheres detêm menor participação, na ordem de 41,8%, **e rendimento médio correspondente a 71,3% daquele recebido pelos homens**. Nas universidades federais brasileiras, por sua vez, **apenas 19 mulheres ocupam o cargo máximo de reitor num universo de 63 posições, representando cerca de 30% de participação**, em verdadeiro efeito "tesoura" que faz com que, quanto mais se suba na pirâmide hierárquica, maior contraste seja observado.

[25] Trata-se da pesquisa "Diferença do rendimento do trabalho de mulheres e homens nos grupos ocupacionais – Pnad Contínua" (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/genero/20163-estatisticas-de-genero-indicadores-sociais-das-mulheres-no-brasil.html?=&t=resultados. Acesso em: 20 fev. 2020).

[26] Ibidem.

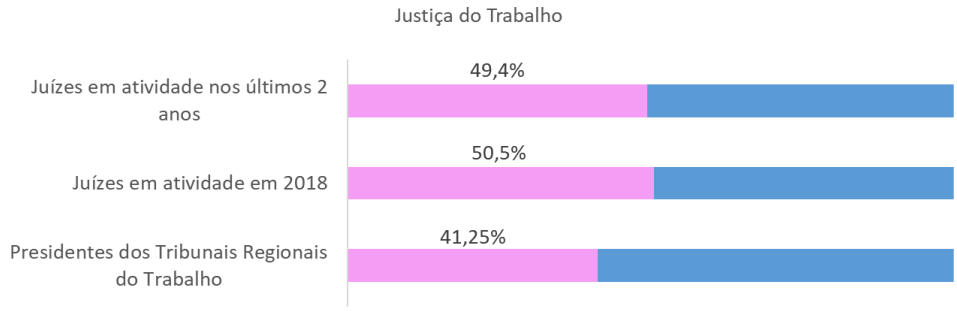
**Gráfico 5 – Posições de liderança e salário (%)**




**Em funções acadêmico-científicas**: estudos da distribuição de bolsas de pesquisa das agências de fomento indicam que, enquanto nas **bolsas de iniciação científica, 59% são para mulheres**, na distribuição de **bolsas de produtividade científica com maior financiamento este número é bem menor, de 35,5%, caindo para 24,6% no grupo das bolsas de mais recursos (1A).**[27] O corte de gênero evidente acaba excluindo as mulheres de oportunidade de ascensão no ramo, em postura que reflete uma mentalidade de posições estanques e responsabilidades domésticas e familiares imputadas à mulher como sendo incompatíveis com qualquer função de maior destaque em um meio predominantemente masculino. A composição recorrente de mesas e programações acadêmicas em simpósios e congressos não deixa dúvidas quanto à precisão da análise.

[27] Os índices são mencionados por pesquisadora do tema na Universidade Federal Fluminense (Disponível em: https://www.uff.br/?q=noticias/07-03-2018/pesquisadoras-da-uff-destacam-o-papel-da-mulher-no-universo-academico. Acesso em: 15 out. 2020).

## Gráfico 6 – Distribuição de bolsas de pesquisa acadêmico-científicas




**Assédio Sexual no ambiente de trabalho**: segundo pesquisa realizada em 2018 pelo Instituto de Pesquisas Data Folha,[28] 42% das mulheres brasileiras já sofreram assédio sexual, sendo que, das mulheres entrevistadas com idade entre 16 a 24 anos, 23% afirmaram que já haviam sido vítimas de tal assédio no ambiente de trabalho, em proporção de cerca de uma entre quatro mulheres sob tal situação de violência. Todas nós, Terezas, cansadas da guerra diária contra condutas assediadoras que são normalizadas, sabemos que há muitas vozes caladas entre os números brutos divulgados. A proporção, certamente, é muito maior.

Nesse ano de 2020 atípico, contudo, há uma luz no fim do túnel para este panorama cruel e velado, ao menos no setor público. Em iniciativa pioneira, o Tribunal de Contas da União aprovou no final de outubro a proposta do Ministro Bruno Dantas para realização de uma auditoria nos mecanismos criados para prevenir e combater o assédio sexual nos órgãos públicos federais. Sob a constatação de que os sistemas de combate ao assédio sexual no setor público e privado brasileiros são incipientes, ressaltou-se a conclusão e outros países no sentido de que esse tipo de violência traz prejuízos não só para as vítimas e também para toda a sociedade, por meio de queda na produtividade e alta rotatividade de trabalhadores nas instituições.[29] A medida se mostra não só oportuna, mas também reveladora de uma situação de ausência

[28] DATAFOLHA INSTITUTO DE PESQUISAS. *42% das mulheres brasileiras já sofreram assédio sexual*. Disponível em: https://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2018/01/1949701-42-das-mulheres-ja-sofreram-assedio-sexual.shtml. Acesso em: 20 set. 2020.

[29] LIS, Lais. TCU vai fiscalizar mecanismos de combate ao assédio sexual em órgãos federais. *G1*, Brasília, 28 de outubro de 2020. Disponível em https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/10/28/tcu-vai-fiscalizar-mecanismos-de-combate-ao-assedio-sexual-em-orgaos-federais.ghtml. Acesso em: 10 out. 2020.

de voz às vítimas já conhecida, há muito. Os dados que embasaram a proposta do Ministro Bruno Dantas revelam que, daquela proporção de mulheres já citada pelo Instituto Datafolha como tendo sofrido assédio no ambiente de trabalho, somente 5% delas recorrem ao RH das empresas para reportar o caso. E, do total das vítimas, a maioria é de mulheres negras, o que indica, ainda, componente de racismo estrutural a agravar o quadro.[30]

### 2.3. *Inclusão da mulher sob o enfoque das decisões judiciais*[31]

A par das questões estruturais referentes ao perfil da magistratura, o tema enseja reflexão, também sob o prisma das decisões judiciais. Mesmo não havendo dúvidas acerca da importância da inserção crescente da temática feminina na pauta de grandes julgamentos do STF nos últimos anos, e, ao mesmo tempo em que há o reconhecimento de direitos fundamentais sociais de intensa relevância em tais julgados, **é inegável que ainda não se observa a questão da igualdade de gênero como mote e fundamento principal às conclusões alcançadas, acabando por acompanhar outros direitos constitucionais discutidos como razão subjacente à decisão**.

No julgamento da **ADI n° 5938**, por exemplo, foi reconhecida a inconstitucionalidade do art. 394-A da CLT em seus incisos II e III, na expressão "quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento". Em sentido semelhante ao que fixou o Supremo como tese no **Tema de Repercussão Geral número 497** - em que reconhecido o requisito biológico da gravidez pré-existente à dispensa arbitrária como única condição para a aquisição da estabilidade provisória,[32]

[30] Ibidem.

[31] Cf. SIVOLELLA, Roberta Ferme. Liberdade, igualdade, fraternidade: a igualdade de gênero sob a perspectiva de um judiciário desigual. *Revista Justiça & Cidadania*, 7 mar. 2020. Disponível em: https://www.editorajc.com.br/liberdade-igualdade-fraternidade/). Acesso em: 10 out. 2020.

[32] Ementa: DIREITO À MATERNIDADE. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRA DISPENSA ARBITRÁRIA DA GESTANTE. EXIGÊNCIA UNICAMENTE DA PRESENÇA DO REQUISITO BIOLÓGICO. GRAVIDEZ PREEXISTENTE À DISPENSA ARBITRÁRIA. MELHORIA DAS CONDIÇÕES DE VIDA AOS HIPOSSUFICIENTES, VISANDO À CONCRETIZAÇÃO DA IGUALDADE SOCIAL. DIREITO À INDENIZAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. 1. O conjunto dos Direitos sociais foi consagrado constitucionalmente como uma das espécies de direitos fundamentais, se caracterizando como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado

naquela ação direta de inconstitucionalidade, o Ministro relator ressaltou "a proteção à maternidade e a integral proteção à criança", ligados ao valor da família, como os direitos irrenunciáveis a serem guarnecidos, relacionados mais ao papel social concedido à mulher, do que ao enfrentamento direto à igualdade de gênero como valor fundamental e norteador da tese fixada. **No Tema de Repercussão Geral n° 528 do STF**, conquanto consignado que a Constituição Federal de 1988 tenha levado em consideração "a histórica exclusão da mulher do mercado regular de trabalho", com a obrigação do Estado de "implantar políticas públicas, administrativas e/ou legislativas de natureza protetora no âmbito do direito do trabalho"; bem como tenha reconhecido expressamente a existência de "um componente social, pelo fato de ser comum o acúmulo pela mulher de atividades no lar e no ambiente de trabalho", acabou-se por deslocar a discussão para a "existência de um componente orgânico a justificar o tratamento diferenciado, em virtude da menor resistência física da mulher".[33] **Não se observa, portanto, a ocorrência, até o momento, de uma discussão aprofundada da temática afeta à desigualdade estrutural que permeia a inserção social e profissional da mulher, no âmbito da jurisprudência pátria, como foco principal**.

democrático, pelo art. 1°, IV, da Constituição Federal. 2. A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu art. 6°, entre eles a proteção à maternidade, que é a *ratio* para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante e, nos termos do inciso I do art. 7°, o direito à segurança no emprego, que compreende a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa da gestante. 3. A proteção constitucional somente exige a presença do requisito biológico: gravidez preexistente a dispensa arbitrária, independentemente de prévio conhecimento ou comprovação. 4. A proteção contra dispensa arbitrária da gestante caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher, ao assegurar-lhe o gozo de outros preceitos constitucionais – licença maternidade remunerada, princípio da paternidade responsável –; quanto da criança, permitindo a efetiva e integral proteção ao recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe, nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura – econômica e psicologicamente, em face da garantia de estabilidade no emprego –, consagrada com absoluta prioridade, no art. 227 do texto constitucional, como dever inclusive da sociedade (empregador). 5. Recurso Extraordinário a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: A incidência da estabilidade prevista no art. 10, inc. II, do ADCT, somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa. (RE 629053, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 10/10/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-040 DIVULG 26-02-2019 PUBLIC 27-02-2019).

[33] RE 658312, rel. Min Dias Toffoli, *DJe* 10/2/2015. A decisão, contudo, foi anulada em sede de embargos declaratórios com efeito modificativo em virtude de um vício formal de intimação, e aguarda a conclusão de seu novo julgamento de mérito.

## 2.4. *Expectativas da política de inclusão feminina*[34]

O panorama exposto, por óbvio, não exclui os diversos avanços alcançados. Porém, ainda é tímido perto da velocidade que permeia as relações hodiernas. Afinal, como já sinalizou a filósofa francesa Manon Garcia, em uma sociedade onde "as mulheres são educadas segundo normas sociais marcadas pelo gênero", a perspectiva de inclusão feminina na sociedade e na política se torna "um combate constante e exaustivo".[35]

A necessidade de amplitude da acepção da igualdade material para alcançar o tratamento social da mulher, calcado em sua dignidade como pessoa humana, e não somente em seus "deveres" estigmatizados, se mostra cada vez mais premente. Mais do que considerada em sua acepção clássica (que, *prima facie*, exige um tratamento igual, e que permite um tratamento desigual apenas se isso for justificado por princípios contrapostos),[36] a isonomia real entre os gêneros deve ser encarada em nosso sistema constitucional democrático como princípio concretizador dos demais direitos fundamentais, e propulsor de uma sociedade em que as mulheres realmente possuam igualdade de oportunidades.

Sem dúvidas, a construção de uma estrutura política atenta a tal inclusão deve servir de exemplo a uma sociedade carente de tal isonomia. A participação feminina na vida pública exprime uma necessidade constitucional, de modo a dar voz a várias bocas cujos discursos foram abafados ao longo da história. Como já destacara a Juíza da Suprema Corte dos Estados Unidos Ruth Bader Ginsburg, cujo falecimento fez emergir, também, suas célebres frases, "as mulheres pertencem a todos os lugares onde as decisões são tomadas".[37]

Ao se propagar a participação feminina como vetor de poder decisório a conclamar ao poder público a oitiva dos vulneráveis, busca-se, assim, a

[34] Cf. SIVOLELLA, Roberta Ferme. Op. cit.

[35] BASSETS, Marc. Não ser submissa exige um combate constante e exaustivo. *Jornal El País*, 22 de fev. de 2020. Disponível em: https://brasil.elpais.com/internacional/2020-02-22/nao-ser-submissa-exige-um-combate-constante-e-exaustivo.html. Acesso em: 22 out.2020.

[36] Conforme Alexy Robert: "a assimetria entre a norma de tratamento igual e a norma de tratamento desigual tem como consequência a possibilidade de compreender o enunciado geral de igualdade como um princípio da igualdade, que prima facie exige um tratamento igual e que permite um tratamento desigual apenas se isso for justificado por princípios contrapostos" (Teoria dos direitos fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 410).

[37] RUTH BADER GINSBURG: AS IMAGENS E CITAÇÕES MAIS INSPIRADORAS DA JUÍZA AMERICANA. *BBC News Brasil*, 19 de set. de 2020. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-54221595. Acesso em: 05 out. 2020.

construção de um caminho em que as diferenças, mais do que justificativas para medidas remediadoras das que delineiam a assimetria de oportunidades, transformem-se em valores ínsitos a uma sociedade plenamente fortalecida em seu tripé democrático. A liberdade dos demais deve ser vista por *todos* como condição para a realização de sua própria liberdade,[38] independentemente de seu gênero. Nesse ano de tantas perdas, rememora-se com o falecimento, também recente, do jurista Paulo Bonavides, a importância do princípio da igualdade que delineia a liberdade no citado tripé de envergadura democrático-constitucional, como sendo, sem dúvidas, "a mais valiosa das garantias sociais".[39]

Afinal, SOMOS TODAS TEREZAS: batistas, católicas, espíritas, religiosas ou não; profissionais de cargo ou do lar, cansadas da guerra diária, mas persistentes por recuperar nosso lugar de direito na sociedade, que nada mais é do que ter na igualdade de oportunidades a concretização da igualdade material como direito fundamental intrínseco ao Estado Democrático de Direito.

## Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMADO, Jorge. *Tereza Batista cansada de guerra*, de Jorge Amado. São Paulo: Companhia das Letras.

BASSETS, Marc. Não ser submissa exige um combate constante e exaustivo. *Jornal El País*, 22 de fev. de 2020. Disponível em: https://brasil.elpais.com/internacional/2020-02-22/nao-ser-submissa-exige-um-combate-constante-e-exaustivo.html. Acesso em: 22 out. de 2020.

BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 2, jul./dez. 2003, p. 223. Disponível em: http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/download/47/47. Acesso em: 31 out. 2020.

[38] Nos referimos, aqui, ao conceito de HEGEL sobre a liberdade. Mesmo ele reconhece que tal princípio deve ser estendido e acessível a todos; vale dizer, com observância da igualdade material (HEGEL, G.W.F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Frankfurt: Suhrkamp, 1986).

[39] BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 2, jul./dez. 2003, p. 223. Disponível em: http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/download/47/47. Acesso em: 31 out. 2020.

BORDIEU, P. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

_____. *O senso prático*. Petrópolis: Vozes, 1980.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Portal CNJ*. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/violencia-contra-a-mulher/. Acesso em: 12 out. 2020.

_____. *Portaria CNJ n. 163*, de 19 de dezembro de 2018. Nomeia os membros do Comitê Gestor do Sistema Nacional de Segurança do Poder Judiciário. *DJe*: 19/12/2018. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files//portaria/portaria_163_19122018_20122018142342.pdf. Acesso em: 31 out. 2020.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei n. 2235*, de 2019. Ementa: Altera a Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), para estabelecer a reserva de ao menos trinta por cento das cadeiras de Deputado Federal, Deputado Estadual, Deputado Distrital e Vereador para cada um dos sexos e reservar, quando da renovação de dois terços do Senado Federal, uma vaga para candidaturas masculinas e outra vaga para candidaturas femininas. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136302. Acesso em: 30 out. 2020.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Participa Mulher*. Disponível em: http://www.justicaeleitoral.jus.br/participa-mulher/. Acesso em: 20 jul. 2020.

CORREA e SILVA, Lalia. *O "Panthéon Feminino" das Letras: os desafios das escritoras brasileiras do século XIX*, 11 jul. 2018. Disponível em: https://asminanahistoria.wordpress.com/2018/07/11/os-desafios-das-escritoras-brasileiras-do-seculo--xix/. Acesso em: 2 jul. 2020.

DATAFOLHA INSTITUTO DE PESQUISAS. 42% das mulheres brasileiras já sofreram assédio sexual. Disponível em: https://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2018/01/1949701-42-das-mulheres-ja-sofreram-assedio-sexual.shtml. Acesso em: 20 set. 2020.

DE SOUSA, Priscila Felipe; SIQUEIRA, Elisabete Stradiotto; BINOTTO, Erlaine. *Liderança feminina na gestão pública: um estudo de caso da universidade do estado do Rio Grande do Norte*, p. 11. Disponível em: https://www.abepro.org.br/biblioteca/enegep2011_tn_stp_141_893_18429.pdf. Acesso em: 11 jul. 2020.

FRASER, Nancy. Políticas feministas na era do reconhecimento: uma abordagem bidimensional da justiça de gênero. In: BRUSCINI, Cristina; UNBEHAUM,

Sandra G. *Gênero, democracia e sociedade brasileira*, ed. 34. São Paulo: FCC, 2002.

_____; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition*? A Political-Philosophical Exchange. London: Verso, 2003.

GOMES, Almiralva Ferraz; SANTANA, Weslei Gusmão Piau. As habilidades de relacionamento interpessoal de mulheres que trabalham por conta própria: o caso de Vitória da Conquista. In: *Anais do Seminário de Administração* (Semead). São Paulo: Brasil, 2004.

HEGEL, G.W.F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Frankfurt: Suhrkamp, 1986.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/genero/20163-estatisticas-de-genero-indicadores-sociais-das-mulheres-no-brasil.html?=&t=resultados. Acesso em: 20 fev. 2020.

LIS, Lais. TCU vai fiscalizar mecanismos de combate ao assédio sexual em órgãos federais. *G1*, Brasília, 28 de outubro 2020. Disponível em https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/10/28/tcu-vai-fiscalizar-mecanismos-de-combate-ao-assedio-sexual-em-orgaos-federais.ghtml. Acesso em: 10 out. 2020.

MOTA, Clara da; AZEVEDO, Gabriela. Togadas e Estagnadas. *Folha de São Paulo*, 08 de março de 2019. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2019/03/togadas-e-estagnadas.shtml. Acesso em: 10 out. 2020.

RUTH BADER GINSBURG: AS IMAGENS E CITAÇÕES MAIS INSPIRADORAS DA JUÍZA AMERICANA. BBC News Brasil, 19 de set. de 2020. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-54221595. Acesso em: 05 out. 2020.

SCHERER, Luciana; BOTELHO, Louise de Lira Roedel. Liderança feminina na gestão pública municipal – desafios e aprendizados de mulheres prefeitas. *Atlánticas Revista Internacional de Estudios Feministas*, 2018, 3, 1, p. 224-248. Disponível em: http://dx.doi.org/10.17979/arief.2018.3.1.2043. Acesso em: 30 out. 2020.

SIVOLELLA, Roberta Ferme. Liberdade, igualdade, fraternidade: a igualdade de gênero sob a perspectiva de um judiciário desigual. *Revista Justiça & Cidadania*, 7 mar. 2020. Disponível em: https://www.editorajc.com.br/liberdade-igualdade-fraternidade/. Acesso em: 10 out. 2020.

# Proposta de reformulação do sistema eleitoral brasileiro [1]

**Fábio Konder Comparato**[2]

[1] Artigo originalmente publicado na revista *Estudos Eleitorais* nº 3, set./dez. 1997.

[2] Doutor em Direito pela Universidade de Paris e professor emérito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

## Os males do sistema brasileiro de representação política

Os vícios do nosso sistema eleitoral são numerosos e bem conhecidos. De todos eles, os mais importantes, pelos nefastos efeitos que provocam em toda a nossa vida política, são o personalismo dos candidatos a postos parlamentares e a super-representação estadual, desvirtuadora do princípio da soberania popular.

O primeiro dos defeitos apontados, largamente analisado e comentado pelos grandes intérpretes de nossa realidade humana, como Gilberto Freyre, Sérgio Buarque de Holanda e Caio Prado Jr., é, na verdade, a expressão de um dos traços marcantes da cultura nacional. Não é difícil discernir duas grandes fases históricas no fenômeno do personalismo eleitoral, fases essas, aliás, que não se sucedem de forma excludente, mas se interpenetram em larga medida, em razão da coexistência do *Brasil velho* com o *Brasil novo*.

Houve, de início, o predomínio avassalador de um tipo de relação clientelística, oriundo do grande domínio rural, em que os eleitores – individualmente ou em grupo – colocavam-se de modo voluntário como dependentes de um patrão político, numa relação bilateral de atendimento de demandas privadas contra oferta de votos. Mais recentemente, o advento da civilização de comunicação de massa engendrou o surgimento de ídolos populares, desprovidos de ideias e experiência política, com os quais a grande massa estabelece uma relação simbólica de culto e consagração pessoal.

Adicionando-se a esse fenômeno de aviltamento da representação política em relações de clientela ou de idolatria telecomunicativa, temos também o fato de que o nosso sistema eleitoral redundou na criação de uma super-representação estadual, que acaba por suplantar o princípio da soberania popular, esteio do regime democrático. Com efeito, contámos, há muito, no Congresso Nacional, com uma dupla representação dos estados. Uma oficial, instituída no Senado, em que todos e cada um deles, apesar das gritantes desigualdades de ordem populacional e econômica, mantêm absoluta paridade representativa. Outra não oficial, na Câmara dos Deputados, oriunda da influência preponderante dos governadores, através das respectivas bancadas estaduais.

Na estrutura do Poder Legislativo federal, temos, portanto, dois órgãos cujas funções se recobrem, ao invés de se completarem. A função precípua da Câmara dos Deputados deveria ser a fixação de diretrizes para as grandes

políticas governamentais, segundo as tendências dominantes no eleitorado. Já a função específica do Senado, como é óbvio, deveria concentrar-se no controle do equilíbrio federativo. Na prática, porém, ambas as Casas atuam, de forma atabalhoada e redundante, tanto na legislação quanto na fiscalização dos atos e das políticas de governo.

A ação combinada desses dois vícios do nosso sistema representativo é a inconsistência partidária e a organização paralela de grupos de interesses a partidários no Congresso – as *bancadas* de ruralistas, empreiteiras, empresas de comunicação, sindicatos de trabalhadores, pastores evangélicos, etc. – muito mais coerentes que os partidos oficiais. Ou seja, os partidos políticos, embora sendo o canal oficial de expressão da representação política, encontram-se em regime de perpétua disfunção parlamentar. Por ocasião das eleições, lançam-se todos à caça dos *puxadores de votos*, de modo a atingir um elevado quociente partidário. Não é de espantar que os ídolos populares, uma vez eleitos, considerem-se desvinculados do partido que os procurou tão-só para o desempenho eleitoral, pois em termos formais as obrigações de ambas as partes, neste "contrato político", foram rigorosamente adimplidas: nenhuma deve mais nada à outra.

## Etiologia das distorções de nossa representação política

Os vícios acima apontados, com as graves consequências que provocam, têm origem, sobretudo, no sistema eleitoral em vigor, que permanece substancialmente o mesmo, desde o Código de 1932, com a alteração introduzida pela Lei nº 48, de 4 de maio de 1935. Criamos, com efeito, um sistema, único no mundo, de representação proporcional com voto uninominal em lista aberta de candidatos.

É preciso entender as razões que levaram à consagração desse sistema, logo após a Revolução de 30. Um dos objetivos desse movimento político consistia em demolir a monocracia dos partidos republicanos em cada estado da Federação. Para tanto, pareceu indispensável criar um sistema partidário duplamente fraco: pela ampla liberdade de criação de partidos e pela introdução do voto em candidatos individuais e não no partido.

Ora, o problema político a ser enfrentado, hoje, é exatamente o oposto. Há necessidade de se despersonalizar a disputa eleitoral, de forma a obrigar

o eleitor, nos pleitos para a composição dos órgãos parlamentares de representação popular – Câmara dos Deputados, Assembleia Legislativa e Câmara de Vereadores dos grandes municípios –, a escolher entre partidos e não entre candidatos. Todos sabem, com efeito, que a incoerência personalista entre nós chega a tal extremo, que o pior adversário de um candidato a cargo parlamentar vem a ser o seu companheiro de partido com o mesmo perfil ideológico. O que importa, pois, hoje, antes de mais nada, é construir um mínimo de coerência partidária em tomo de opções políticas, sejam elas programáticas ou não, a fim de se evitar essa disfunção permanente das atividades parlamentares.

Na busca de uma diretriz geral para as reformas, convém advertir, preliminarmente, que a questão do sistema eleitoral não pode jamais ser posta em termos absolutos. Não há sistemas idealmente perfeitos, para todos os tempos e todos os países, mas apenas sistemas mais ou menos úteis à consecução das finalidades políticas que se têm em vista, em determinado país e determinado momento histórico.

Ora, um dos efeitos do sistema eleitoral majoritário é o de engendrar, pela sua própria natureza, o personalismo da representação política e o enfraquecimento consequente dos partidos. Não é por outra razão que ele vem sendo introduzido atualmente na Itália, como forma de se quebrar a *partitocrazia*. Nos países que vivem debaixo de outras tradições e costumes políticos – como o Reino Unido e os Estados Unidos – o efeito de enfraquecimento partidário é razoavelmente minimizado. No Brasil, porém, a adoção do voto de maioria, sobretudo na modalidade distrital, viria reforçar a nossa tradicional tendência a produzir parlamentares individualistas, que se estabelecem politicamente como meros provedores de soluções a problemas particulares da clientela, ou seja, o oposto da verdadeira representação republicana e democrática, fundada na soberania popular e na supremacia do bem comum sobre os interesses próprios de indivíduos, grupos ou classes.

Acresce notar que, ao adotarmos, desde a proclamação da República, o regime federativo com governo presidencial, já introduzimos duradouramente, em nosso sistema eleitoral, a votação majoritária. Todos os senadores, bem como os chefes do Executivo, em todas as unidades da Federação, são eleitos pelo sistema majoritário. O nosso regime político já comporta, pois, pela sua própria natureza, um elevado grau de personalismo eleitoral.

Por essas razões é que me parece inapropriado reproduzir entre nós, sem maior exame, simplesmente por influência de um modismo político, o sistema alemão de votação proporcional mista. Disse *votação proporcional mista* de

caso pensado, pois, ao contrário do que se procura inculcar, a base da composição do *Bundestag* não é dada pelo voto uninominal (o primeiro voto da cédula mista), mas sim pelo voto em listas partidárias estaduais (*Landeslisten*), cujo somatório obedece a um cálculo proporcional de resultados. É com base nessa distribuição proporcional de votos que se calcula, inicialmente, a repartição da totalidade das cadeiras da Câmara Federal, e não apenas a sua metade, como se imaginaria. Na hipótese de algum partido ter, em determinado *Land*, um número de candidatos, eleitos majoritariamente, em número superior ao de vagas atribuídas ao mesmo partido pela votação proporcional, criam-se vagas adicionais na composição da Câmara (os chamados *Überhangmandate*).

O sistema alemão, como se percebe, é demasiadamente complicado, para funcionar de modo satisfatório num meio social subdesenvolvido, como o nosso. Ademais, ele apresenta dois outros inconvenientes de monta para sua aplicação entre nós. De um lado, o possível não-exercício maciço do *segundo voto* – isto é, do voto partidário, que é a chave do sistema de distribuição de postos parlamentares – falsearia todos os resultados. Deve-se notar que essa distorção, no Brasil, seria mais do que provável, pois o nosso eleitor certamente seria levado a contentar-se com o voto uninominal, com o qual está desde sempre habituado. Por outro lado, o estabelecimento de circunscrições eleitorais diminutas para o exercício do voto uninominal (o chamado *voto distrital*), fortaleceria sem dúvida a vinculação permanente dos representantes políticos à defesa de interesses locais, de forma a multiplicar o surgimento de *vereadores federais*.

## Linhas mestras da proposta de reformulação de nosso sistema eleitoral

Para a correção das distorções apontadas, parece-me irrecusável que se deva adotar, na composição dos órgãos legislativos de representação popular – a Câmara de Deputados, as Assembleias Legislativas e as Câmaras de Vereadores – o sistema de votação proporcional puro, ou seja, fundado no voto em listas partidárias fechadas.

Tal sistema, no entanto, como todos sabem, apresenta dois inconvenientes: a excessiva despersonalização nas relações entre eleitores e eleitos, e a possibilidade de caciquismo dentro dos partidos, com os componentes da lista sendo escolhidos por um ou alguns dirigentes partidários apenas.

Para obviar o primeiro desses defeitos, parece útil estabelecer circunscrições eleitorais não estaduais, de dimensões equivalentes quanto ao número de eleitores, e que não apresentem as desvantagens das circunscrições estaduais, nem do simples distrito. Atender-se-ia, com isto, ao objetivo de desestadualização das eleições para a Câmara Federal, corrigindo-se uma anomalia que vem desde a nossa primeira Constituição republicana.

No tocante ao segundo grande defeito do sistema proporcional puro – o caciquismo intrapartidário –, um dos remédios possíveis consiste em introduzir a obrigatoriedade de aprovação das listas de candidatos por convenção partidária, fixando-se a ordem de inscrição na lista pela quantidade decrescente de votos recebidos pelos aspirantes a candidato.

Como ensaio de organização prática dessa proposta, poder-se-ia pensar em fixar em 400 o número de componentes da Câmara dos Deputados, repartindo-se o território nacional em 100 circunscrições de tamanho equivalente (admitida a variação máxima de 10% de eleitores alistados entre uma e outra), de forma que em cada circunscrição seriam eleitos quatro deputados. O número de circunscrições viria estabelecido em lei e a sua fixação territorial competiria ao Tribunal Superior Eleitoral.[3]

A questão da existência de um limite mínimo de votos, em todo o território nacional, para que um partido tenha ingresso na Câmara dos Deputados, precisa ser analisada em função dos objetivos que se têm em vista.

Se se trata de dar maior coerência interna aos partidos, não é este certamente o remédio adequado, pois os pequenos partidos costumam ser bem mais coesos que os grandes. A pulverização interna dos partidos resolve-se com a introdução de regras de fidelidade partidária, as quais não devem limitar-se apenas à proibição de transferência de parlamentares de um partido para outro no curso da legislatura, mas compreender também o voto obrigatório e vinculado à decisão que for tomada pelo partido, conforme o assunto.

Tampouco me parece adequado, em nosso meio, invocar essa exigência eleitoral como forma indispensável à defesa da chamada governabilidade. Esse argumento é, sem dúvida, importante no quadro de um sistema parlamentar de governo, em que o gabinete de ministros se apoia em maiorias

[3] Pelo número total de eleitores inscritos em todo o Brasil (94.782.803), cada circunscrição teria em média 940 mil eleitores, o que daria uma proporção média de cerca de 235 mil eleitores por candidato. Hoje, cada deputado federal de São Paulo representa quase 300 mil eleitores, enquanto cada deputado federal de Roraima representa apenas 15 mil eleitores.

parlamentares coerentes. Mas ele não tem, obviamente, o mesmo grau de importância num sistema presidencial, como o nosso, em que o Parlamento é muito mais órgão de controle do que de sustentação do governo.

A fixação do piso de votos partidários, como condição de elegibilidade dos candidatos, poderia ter, segundo me parece, uma outra função em nosso sistema de governo. Seria o fato de forçar o estabelecimento de partidos nacionais, com programas ou tendências políticas distinguíveis, potencializando o objetivo de despersonalização das eleições num sistema proporcional. Caso se tivesse aplicado, por hipótese, a exigência do piso de 5% dos votos dados a um partido em todo o território nacional, nas eleições de deputados federais de 1994, a Câmara teria hoje, ao invés de 18, apenas 7 partidos nela representados. É preciso convir que, nesse conjunto de sete maiores partidos (PPR, PDT, PT, PMDB, PFL, PP e PSDB), seria impossível, atualmente, distinguir e identificar sete programas ou tendências diversas. Não parece, assim, desarrazoado afirmar que a exigência do piso de votos contribuiria para a reorganização partidária, mediante fusões ou cisões, em termos de mais clara identidade, facilitando com isto a escolha dos eleitores num sistema proporcional puro.

No tocante às eleições para as Assembleias Legislativas, o ideal seria que a Constituição Federal, analogamente ao que determina em relação aos municípios, fixasse um limite máximo de deputados estaduais, em função do número de habitantes em cada estado. Também aqui, o território do estado seria dividido em circunscrições com número equivalente de eleitores e as listas partidárias, em cada circunscrição, teriam como regra geral o mesmo número de candidatos.

Sistema análogo vigeria para as eleições às Câmaras Municipais, estabelecendo-se um limite máximo de cem mil eleitores para a fixação das circunscrições dentro de cada município.

No intuito de se evitar o aventureirismo eleitoral, a lei deveria fixar a exigência de domicílio eleitoral na circunscrição, pelo prazo mínimo de quatro anos para os candidatos a postos eletivos.

Com relação ao Senado, não se vê razão alguma para que os estados continuem representados por três senadores, tal como estabelecido desde a Constituição de 1891. Se já contamos hoje com 26 Estados, além do Distrito Federal, teríamos a Câmara Alta composta de 54 parlamentares, o que já é um número razoável.

Ainda em relação ao Senado, atendendo à exigência sentida em todos os setores da classe política, seria importante eliminar a figura dos suplentes de senador.

Por último, retomando a proposta de uma emenda à Constituição Federal apresentada pelo senador Eduardo Suplicy, parece-me útil fixar em quatro anos o mandato dos senadores. Com efeito, as razões apresentadas para a fixação de um mandato de duração mais longa, tal como foram expostas originalmente nos *Federalist Papers*[4], são hoje de todo inconvincentes. É preciso não esquecer que os mandatos parlamentares de longa duração provocam o perigoso desvinculamento dos eleitos em relação à opinião política de seus eleitores, no curso do tempo, com manifesto prejuízo para o funcionamento do mecanismo democrático. Tanto mais que não contamos, no Brasil, com sanções políticas adequadas contra os representantes que perderam a confiança do povo, como o instituto do recall, por exemplo.

## Resumo final

Em resumo, a proposta que me parece atender melhor, na atual fase de nossa vida política, às exigências de aperfeiçoamento da democracia representativa, deveria compreender as seguintes reformas:

1) introdução, para a eleição dos componentes da Câmara dos Deputados, do sistema proporcional puro com votação em listas partidárias fechadas, em circunscrições eleitorais de tamanho equivalente, em todo o território nacional, fixando-se um piso nacional de votos dados a cada partido, como condição de sua representação na Câmara;

2) adoção do mesmo sistema, com as adaptações necessárias, nas eleições para as Assembleias Legislativas e Câmaras de Vereadores;

3) exigência de domicílio eleitoral na circunscrição durante pelo menos quatro anos, para todos os candidatos a postos eletivos;

4) redução de três para dois dos senadores eleitos por cada estado, com mandato de quatro anos;

5) abolição dos suplentes de senador.

São Paulo, 24 de abril de 1995.

[4] *Ensaio nº 63*, de autoria de Hamilton ou de Madison.

## Anteprojeto de Emenda Constitucional

Art. lº O art. 27, *caput*, da Constituição Federal passa a ter a seguinte redação:

> Art. 27. O número de deputados à Assembleia Legislativa será fixado pela Constituição Estadual, observados os seguintes limites máximos:
>
> I - vinte, nos estados com até cinco milhões de habitantes;
>
> II - quarenta, nos estados com mais de cinco milhões e menos de quinze milhões de habitantes;
>
> III - setenta, nos estados com mais de quinze milhões de habitantes.

Art. 2º O art. 45 da Constituição Federal passa a ter a seguinte redação:

> Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de quatrocentos representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional.

Art. 3º Ficam suprimidos os §§ 2º e 3º do art. 46 da Constituição Federal, passando o atual parágrafo primeiro a parágrafo único, com a seguinte redação:

> Art. 46. [...]
>
> Parágrafo único. Cada estado e o Distrito Federal elegerão dois senadores, com mandato de quatro anos.

## Modificações a serem introduzidas no Código Eleitoral

Art. 85. A eleição para deputados federais, senadores, presidente e vice-presidente da República, governadores, vice-governadores e deputados estaduais far-se-á, simultaneamente, em todo o País.

Art. 86. Nas eleições presidenciais a circunscrição será o País; nas eleições para o Senado Federal, o estado; nas eleições para a Câmara dos Deputados, as Assembleias Legislativas e as Câmaras de Vereadores, as circunscrições serão delimitadas pela Justiça Eleitoral, conforme definido nesta lei.

Art. 87. Somente podem concorrer às eleições candidatos registrados por partidos, com domicílio eleitoral na respectiva circunscrição há, pelo menos, 4 (quatro) anos.

Art. 91. O registro de candidatos a presidente e vice-presidente, governador e vice-governador, ou prefeito e vice-prefeito, far-se-á sempre em chapa única e indivisível, ainda que resulte a indicação de aliança de partidos. (Supressão dos parágrafos atuais).

Art. 92. Nas eleições que obedecerem ao sistema proporcional, as listas de candidatos de cada partido deverão ser aprovadas por convenção municipal, regional, ou nacional, conforme se trate, respectivamente, de eleição para Câmara Municipal, Assembleia Legislativa ou para a Câmara dos Deputados. Parágrafo único. Os convencionais votarão em tantos nomes quantos sejam os candidatos que deverão compor a lista partidária, fixando-se nesta a posição de cada um dos seus componentes, em ordem decrescente, conforme o número de votos recebidos.

Art. 93. (No *caput*, substituir *registro de candidato* por *registro de candidaturas*).

Art. 94. (Redigir o *caput* como segue): Nas eleições pelo sistema proporcional, a lista partidária de candidatos deverá ser registrada por delegado do partido. Nas eleições majoritárias, o registro dos candidatos poderá ser promovido por delegado de partido, autorizado em documento autêntico, inclusive telegrama de quem responda pela direção partidária e sempre com assinatura reconhecida por tabelião.

Art. 95. Os candidatos poderão ser registrados, tanto nas eleições majoritárias quanto nas proporcionais, sem o prenome, ou com o nome abreviado, desde que a supressão não estabeleça dúvida quanto a sua identidade.

Art. 96. Revogado.

Art. 100. (O *caput* e o § 1º conservarão a redação atual; os §§ 2º e 5º serão revogados, passando os atuais §§ 3º e 4º, respectivamente, a §§ 2º e 3º, com a seguinte redação).

§ 2º Nas eleições para deputado federal, se o número de partidos não for superior a 9 (nove), a cada um corresponderá obrigatoriamente uma centena.

§ 3º Concorrendo 10 (dez) ou mais partidos, a cada um corresponderá uma centena a partir de 1.101 (mil cento e um).

Art. 101. (Ficam suprimidos os §§ 3º e 4º, passando o atual § 5º a § 3º).

Art. 104. (É suprimido o § 5º, passando do § 6º ao § 5º).

Art. 105. Nas eleições realizadas segundo o sistema proporcional, os votos serão dados a favor de uma lista partidária, contendo tantos candidatos quanto sejam os lugares a preencher em cada circunscrição, mais a metade, completada a fração.

§ 1º Determina-se o quociente eleitoral, dividindo-se o número de votos válidos, apurados pelo de lugares a preencher em cada circunscrição eleitoral, desprezada a fração se igualou inferior a meio, equivalente a um, se superior.

§ 2º Os votos em branco não são computados para o cálculo do quociente eleitoral.

§ 3º Cada partido elegerá, em ordem decrescente de sua indicação na lista, tantos candidatos quantos o quociente eleitoral indicar.

§ 4º Os lugares não preenchidos com a aplicação do quociente eleitoral serão distribuídos, mediante a divisão do número de votos válidos atribuídos a cada partido pelo número de lugares por ele obtido, mais um, cabendo ao partido que apresentar a maior média um dos lugares a preencher, e repetindo-se a operação até o preenchimento de todos os lugares.

§ 5º Considerar-se-ão suplentes da representação partidária os candidatos não eleitos de cada partido, na ordem de sua colocação na lista.

Art. 106. Nas eleições para a Câmara dos Deputados, o território nacional será dividido em 100 (cem) circunscrições, com número equivalente de eleitores, admitida a variação desse número em até 10% (dez por cento), entre uma e outra circunscrição.

§ 1 º O território das circunscrições será fixado pelo Tribunal Superior Eleitoral.

§ 2º Em cada circunscrição serão eleitos 4 (quatro) deputados.

§ 3º Os candidatos somente se considerarão eleitos se o seu partido alcançar, em todo o território nacional, uma soma de votos não inferior a 5% (cinco por cento) da totalidade dos votos validamente expressos para o conjunto de partidos, nessa eleição.

§ 4º Para a distribuição dos lugares não preenchidos, em razão do disposto no parágrafo anterior, proceder-se-á na forma do disposto no art.105, § 4º.

Art. 107. Nas eleições para as Assembleias Legislativas, o território dos estados será dividido em circunscrições com número equivalente de eleitores, entre um mínimo de 100.000 (cem mil) e um máximo de 300.000 (trezentos mil).

§ 1º O território das circunscrições será fixado pelo Tribunal Regional Eleitoral.

§ 2º Em cada circunscrição será eleito número igual de deputados estaduais, admitida a variação de uma unidade quando o quociente da divisão do número de componentes da Assembleia Legislativa, pelo número de circunscrições eleitorais, não for um número inteiro.

§ 3º Os candidatos somente se considerarão eleitos se o seu partido alcançar, no território do estado, uma soma de votos não inferior a 5% (cinco por cento) da totalidade dos votos validamente expressos para o conjunto de partidos, nessa eleição.

§ 4º Para a distribuição de lugares não preenchidos, em razão do disposto no parágrafo anterior, proceder-se-á na forma do disposto no art. 105, § 4º.

Art. 108. Nas eleições para as Câmaras de Vereadores, o território dos municípios com mais de 100.000 (cem mil) eleitores será dividido em circunscrições com número equivalente de eleitores.

§ 1º O território das circunscrições municipais será fixado pelo Tribunal Regional Eleitoral.

§ 2º Em cada circunscrição será eleito número igual de vereadores, admitida a variação de uma unidade quando o quociente da divisão do número de componentes da Câmara Municipal, pelo número de circunscrições eleitorais, não for um número inteiro.

§ 3º Os candidatos somente se considerarão eleitos se o seu partido alcançar, no território municipal, uma soma de votos não inferior a 5% (cinco por cento) da totalidade dos votos validamente expressos para essa eleição municipal.

§ 4º Para a distribuição dos lugares não preenchidos, em razão do disposto no parágrafo anterior, proceder-se-á na forma do disposto no art. l05, § 4º.

Art. 109. Em caso de vaga da cadeira de senador, licença do seu titular, ou investidura em outro cargo, nos termos do art. 56 da Constituição Federal, será convocado o candidato a senador não eleito, que haja obtido o maior número de votos nas últimas eleições para aquela cadeira.

São revogados os arts. 110, 111, 112 e 113.

São revogados os §§ 2º, 3º e 4º do art. 175, passando o § 1º a parágrafo único.

São revogados os arts. 176 e 177.

# Una mirada inclusiva en la democracia representativa: los derechos políticos-electorales de las personas LGBTQ+

**Elena Isabel Gómez**[1]

[1] Abogada, profesora de derecho constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, prosecretaria de Cámara de la Cámara Nacional Electoral de Argentina.

# I. Introducción

En los últimos años hemos visto como los derechos de participación política se han ido extendiendo, tanto en lo que se refiere al derecho de elegir como el de ser elegibles, ello debido a que cuanto mayor sea la participación habrá más pluralismo político y por tanto se fortalece más el sistema democrático.

Así, se ha ampliado el ejercicio del sufragio a los nacionales que residen en el exterior, como también -en algunas legislaciones locales- a los migrantes. Además, de los privados de libertad sin condena y, aunque en menor medida de los condenados, que en el caso de Argentina cuenta con pronunciamiento favorable del máximo Tribunal Electoral del país[2].

A su vez, en lo que se refiere a la participación política de las mujeres hay que destacar como a través de la lucha continua para la conquista y reivindicación del ejercicio efectivo del derecho de participación política, en algunos países como en Argentina se han dictado recientemente normas de paridad para el acceso a los cargos públicos a fin de remover los obstáculos que impedían que las mujeres puedan postularse a cargos de elección popular[3].

Sin embargo, en la actualidad se presentan nuevos desafíos para el derecho de participación política a partir del reconocimiento de la identidad auto-percibida que viene a modificar progresivamente la concepción binaria del género masculino y femenino, incidiendo directamente en los derechos de participación política y en la conformación de las listas partidarias máxime cuando éstas son cerradas y bloqueadas.

Por tal motivo, el presente trabajo tiene por objeto analizar el acceso a cargos públicos electivos, es decir el derecho a ser elegibles, de las personas LGBTQ+ y la implicancia que tiene la identidad auto-percibida en la integración de las candidaturas.

[2] Expte. N° CNE 3451/2014/CA1 “Procuración Penitenciaria de la Nación y otro c/Estado Nacional – Ministerio del Interior y Transporte s/amparo – Acción de Amparo Colectivo (Inconstitucionalidad arts. 12 y 19 inc. 2° C.P. y 3° inc. ‘e’, ‘f’ y ‘g’ C.E.N.)”, sentencia del 24 de mayo del 2016.

[3] Ley N° 27.412 (B.O. 15-12-2017).

# II. La protección de los derechos de las personas LGBTQ+

## *Definiciones y protección en el Sistema Internacional de Derechos Humanos*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos -Corte IDH- definió a las siglas LGBTQ+ como las que "se utilizan para describir a los diversos grupos de personas que no se ajustan a las nociones convencionales o tradicionales de los roles de género masculinos y femeninos"[4]. Esta siglas incluyen, entre otras, a personas asexuales, queers, trasvestis y transexuales. Ello, sin perjuicio de no ser una definición permanente ya que es progresiva su evolución, además de contar con distintas acepciones conforme la cultura de que se trate.

Así como también indicó que la identidad de género "es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar -o no- la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales"[5].

La identidad de género y su expresión toman distintas formas, algunas personas no se identifican ni como hombres ni como mujeres o se identifican como ambos.

Mientras que la misma Corte Interamericana describió a la orientación sexual como "a la atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a las relaciones íntimas y/o sexuales con estas personas. La orientación sexual es un concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación. Además, la orientación sexual puede variar a lo largo de un continuo, incluyendo la atracción exclusiva y no exclusiva al mismo sexo o al sexo opuesto. Todas las personas tienen una orientación sexual, la cual es inherente a la identidad de la persona"[6].

[4] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017, párr. 32, punto v).

[5] OC cit., párr. cit, punto f).

[6] OC cit., párr. cit., punto l.

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -CIDH- determinó la necesidad de tener un marco teórico y conceptual que cuente con nociones aceptadas para las categorías de sexo, género, orientación sexual, identidad de género y expresión de género, ya que en la sigla LGBTQ+ se incluyen corrientes, movimientos o eventos de reivindicación, solidaridad, movilización comunitaria o protesta, así como comunidades, grupos o identidades[7].

Ahora bien, tanto la orientación sexual como la identidad de género de las personas, así como la expresión de género son categorías protegidas por la Convención Americana de Derechos Humanos -CADH-, así lo entendió la Corte IDH[8] a la luz de las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 CADH, los criterios de interpretación del artículo 29 CADH y lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, además de lo establecido en las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA y los estándares del Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas.

Por tanto, ello implica que cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona está prohibida por la Convención.

La Corte IDH subrayó que "ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género" [9].

En efecto, por un lado el artículo 29 CADH establece como pauta de interpretación el principio "pro persona", que implica que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados" (inc. b), o de

[7] Estudio sobre "Orientación Sexual Identidad de Género y Expresión de Género: algunos términos y estándares relevantes" solicitado por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), resolución AG/RES.2653 (XLI-O/11). Disponible en https://www.oas.org

[8] Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239, párr. 91; Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de febrero de 2016, Serie C No. 310, párr. 105; Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2016, Serie C No. 315, párr. 118 y OC-24/17 cit., párr. 68.

[9] OC-24/17 cit., párr. 78.

"excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza" (inc. d).

Mientras, de otro lado, al interpretar la Corte IDH la expresión "cualquier otra condición social" del artículo 1.1 CADH, estableció que ésta permite incorporar otras categorías no establecidas taxativamente. Así pues, el término debe ser interpretado a la luz de la alternativa "más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo"[10].

Es de destacar que la Corte IDH en varias oportunidades manifestó que "los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales"[11].

En este aspecto, se torna necesario resaltar que tanto la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (artículo 5) como la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia (artículo 1.1) reconocen de forma expresa a la orientación sexual y a la identidad de género como categorías protegidas contra la discriminación.

Por su parte, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos ha aprobado varias resoluciones expresándose contra los tratos discriminatorios basados en la orientación sexual e identidad de género[12]. Al igual que la Asamblea General de las Naciones Unidas que incorporó en el año 2008, la Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género[13]. Asimismo, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas aprobó, en 2011, una resolución sobre "derechos humanos, orientación sexual e identidad de género"[14]. Lo propio hizo el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

[10] OC-24/17 cit., párr. 70.

[11] Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, cit., párr. 83.

[12] Resoluciones AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08) de 3 de junio de 2008; AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09) de 4 de junio de 2009; AG/RES. 2600 (XL-O/10) de 8 de junio de 2010; AG/RES. 2653 (XLI-O/11) de 7 de junio de 2011; AG/RES. 2721 (XLII-O/12) de 4 de junio de 2012; AG/RES. 2807 (XLIII-O/13) de 6 de junio de 2013; AG/RES. 2863 (XLIV-O/14) de 5 de junio de 2014; AG/RES. 2887 (XLVI-O/16) de 14 de junio de 2016 y AG/RES. 2908 (XLVII-O/17) de 21 de junio de 2017.

[13] A/63/635 de 22 de diciembre de 2008.

[14] Resolución 17/19, A/66/53, de 17 de junio de 2011.

Además, tanto el Comité de los Derechos del Niño, el Comité contra la Tortura y como el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer hicieron recomendaciones a fin de incluir a la orientación sexual como una de las categorías prohibidas de discriminación.

### *El reconocimiento de la identidad de género*

Vale aclarar que para la Corte IDH "el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligada necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad"[15].

El reconocimiento de la identidad de género es un derecho fundamental para el goce de otros derechos humanos e implica indefectiblemente el derecho a que los datos en los registros y en los documentos de identidad correspondan a la identidad sexual y de género asumida por las personas transgénero[16]. Por ende su falta de reconocimiento obstaculiza el ejercicio pleno de otros derechos -vgr. el derecho a una vida digna, el derecho de circulación, a la libertad de expresión, los derechos civiles y políticos, el derecho a la integridad personal, a la salud, a la educación, entre todos-[17].

Se encuentran protegidos por la CADH los derechos de cambio de nombre, la adecuación de la imagen, la rectificación del género en los registros y en los documentos de identidad para que sean concordantes a la identidad de género auto-percibida (artículo 18), así como también los artículos 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 7.1 (derecho a la libertad) y 11.2 (derecho a la vida privada).

### *Manifestación de la voluntad de la identidad de género auto-percibida*

En la Opinión Consultiva 24/17 la Corte IDH estableció como principio que "la rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad para que puedan ser conformes con la identidad de género auto-percibida, no necesariamente debe ser regulado por ley en la

[15] OC-24/17 cit., párr. 94.

[16] OC-24/17 cit., párr. 112.

[17] Cf. OC-24/17 cit., párr. 114.

medida que el mismo debe consistir únicamente en un procedimiento sencillo de verificación de la manifestación de voluntad del requirente"[18].

Asimismo, determinó que el procedimiento más adecuado dependerá de la elección de cada legislador interno, es decir, corresponde al margen de apreciación nacional. Empero, para que supere el test de convencionalidad los procedimientos tienen que seguir los siguientes lineamientos: "a) deben estar enfocados a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida; b) deben estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) deben ser confidenciales. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) deben ser expeditos, y en la medida de lo posible, deben tender a la gratuidad, y e) no deben exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales"[19].

En consonancia, requerir mayores condiciones generaría un trato diferenciado entre las personas cisgénero y transgénero en el reconocimiento y respeto de la identidad de su género[20].

## III. Las obligaciones de respetar y garantizar los derechos de las personas LGBTQ+

La propia Corte IDH reconoció que las personas LGBTQ+ sufren una histórica discriminación estructural, estigmatización, así como diversas manifestaciones de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales que hay que combatir por medio de la adopción de medidas, si bien algunos Estados de la región han dictado normas al respecto, estas son heterogéneas y hacen imposible el cumplimiento cabal de los derechos[21].

En este aspecto, la Corte IDH consideró relevante la consulta planteada por Costa Rica ya que le "permit[e] precisar las obligaciones estatales en

[18] OC-24/17 cit., párr. 161.

[19] OC-24/17 cit., párr. 160.

[20] OC-24/17 cit., párr. 131.

[21] Cf. OC-24/17 cit., párrs. 33, 44 y 45.

relación con los derechos de las personas LGBTI en el marco de las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos a toda persona"[22].

Entre tantos obstáculos que encuentran las personas transgénero, uno de ellos es el ejercicio pleno de los derechos políticos, principalmente en cuanto a la postulación de candidaturas. Las desventajas que sufren estos grupos son de tal magnitud que resultan ser invisibilizados, prueba de ello es que salvo en los principios de Yogyakarta no hay referencia a los derechos políticos-electorales de este colectivo.

En este marco, el principio 25 de Yogyakarta[23] señala que "[t]odas las personas que sean ciudadanas gozarán del derecho a participar en la conducción de los asuntos públicos, incluido el derecho a postularse a cargos electivos, a participar en la formulación de políticas que afecten su bienestar y a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a todos los niveles de funcionarias y funcionarios públicos y al empleo en funciones públicas, [...], sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género".

Es usual que a las personas transgénero no se les garantice sus derechos políticos-electorales, atento a las discrepancias que suelen existir entre la identidad de género auto-percibida y la documentación que hace al registro electoral.

En ese sentido, esta situación puede ser subsumida en lo que se entiende por "discriminación electoral", definida como "la condición en la cual a una persona o un grupo de personas no se les permite gozar plenamente, y en igualdad de condiciones con sus conciudadanos, de sus *derechos políticos* en sus dos facetas, pasiva y activa -derecho a elegir y derecho a ser electo o electa- debido a su pertenencia a uno de los grupos históricamente marginados (tales como las mujeres, los indígenas, los afrodescendientes, entre otros). El resultado de esta condición es una democracia con una representación imperfecta o desigual, que equivale a una democracia que no es del todo incluyente" [24].

[22] OC.24/17 cit., párr. 21.

[23] Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2007.

[24] MUÑOZ-POGOSSIAN, Betilde, "Discriminación electoral" en Diccionario Electoral, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Serie Elecciones y Democracia, Tercera edición: IIDH/CAPEL y TEPJF, Costa Rica/México, 2017, pág. 322.

## IV. El acceso a cargos públicos electivos de las personas LGBTQ+

Los derechos políticos se identifican como un derecho humano de importancia fundamental ya que "junto con otros derechos como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación [...], hacen posible el juego democrático"[25].

Se ha sostenido invariablemente que los derechos de participación política se encuentran relacionados con la democracia representativa, cuya esencia radica en el derecho de la ciudadanía a participar en los asuntos públicos y elegir libremente a sus gobernantes.

En tal sentido, se sostiene que "[e]n el sistema de protección internacional de los derechos humanos, la participación política es el derecho político por excelencia ya que reconoce y protege el derecho y el deber de [la] ciudadan[ía] de participar en la vida política de su país"[26].

Así, se ha dicho que los derechos políticos "propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político"[27] ya que "el ejercicio efectivo de los [mismos] constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención"[28].

También, en ese entendimiento se ha destacado que "[d]e acuerdo con el preámbulo de la convención [europea], los derechos humanos fundamentales y las libertades son mejor mantenidas por una 'democracia política efectiva', porque consagra un principio propio de la democracia"[29].

[25] Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C N° 184, párr. 140.

[26] García Roca, Javier y Dalla Via, Alberto, R., *Los derechos políticos y electorales: un orden público democrático*, La ley, Buenos Aires, 2013, p. 3.

[27] Caso Castañeda Gutman cit., párr. 141; Caso Yatama vs. Nicaragua, Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C N° 127; Caso Yatama vs. Nicaragua, sentencia de 23 de junio de 2005, párr. 192.

[28] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Castañeda Gutman...", citado en Dalla Via, Alberto R., *La participación política y la reforma electoral en la Argentina*. Comunicación del académico Alberto Ricardo Dalla Vía en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 13 de julio de 2011.

[29] TEDH, Caso "Mathieu- Mohin and Clerfayt vs. Belgium", sentencia del 2 de Marzo de 1987, considerando 47.

El artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que "1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. 2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. [...]".

Por su parte, la CADH en su artículo 23 señala "I. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades. a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos. b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior; exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal".

Al respecto, cada legislación de cada Estado establece además las condiciones que deben tener las candidaturas para el cargo donde se postula.

En lo que se refiere a la postulación de candidaturas, resulta pertinente distinguir entre el sufragio en su faz activa y pasiva, así se sostuvo que el "derecho pasivo de sufragio o derecho a ser elegi[ble] aparece estrechamente ligado a una determinada concepción de la representación; precisamente, porque se espera de [las personas] elegid[as] cualidades singulares, se les exigen condiciones distintas y más estrictas que las que se requieren para el ejercicio del sufragio activo, ya que no es solamente un derecho, sino también constituye la oferta electoral"[30].

Es decir, el derecho de sufragio en su faz pasiva "es el derecho individual a ser elegible y a presentar [la candidatura] en las elecciones para cargos públicos [electivos]"[31].

[30] Cámara Nacional Electoral, Fallos CNE 3275/03; 4195/09; Expte. N° CNE 3451/2014/CA1 "Procuración Penitenciaria de la Nación y otro c/Estado Nacional – Ministerio del Interior y Transporte s/amparo - Acción de Amparo Colectivo (Inconstitucionalidad arts. 12 y 19 inc. 2° C.P. y 3° inc. 'e', 'f' y 'g' C.E.N.)", sentencia del 24 de mayo del 2016 y Expte. N° CNE 1959/2014/CA1, "Hodara, Rosa Viviana s/exclusión del padrón electoral – art. 3o C.E.N.", sentencia del 3 de noviembre de 2016.

[31] Aragón, Manuel, *Derecho Electoral: Sufragio Activo y Pasivo*, en *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, Cap. X, Ed. Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos BIIDH-, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal

### *Estándares internacionales para la reglamentación del ejercicio de los derechos políticos*

Lo cierto es que los derechos políticos no son derechos absolutos y, por ende, pueden ser limitados pero la reglamentación debe observar los principios descriptos por el sistema internacional de los derechos humanos, los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática[32].

Por tanto, una norma o acto que restrinja la posibilidad de acceder a un cargo público de elección popular debido a la identidad auto-percibida es per se contraria a la Convención y por tanto discriminatoria.

Toda norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual o en la identidad de género de las personas, contradice el artículo 1.1 de la Convención Americana.

Ello es así, en virtud de que "[e]l instrumento interamericano proscribe la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como la orientación sexual, y la identidad de género, que no pueden servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención"[33].

Particularmente en materia de derechos políticos, se enfatizó que cuando hay varias opciones para alcanzar el fin perseguido, debe siempre elegirse la opción que restrinja menos al derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue.

Asimismo, siguiendo la pauta del artículo 29.a *in fine* CADH "ninguna norma de la Convención puede ser interpretada en sentido de limitar los derechos en mayor medida que la prevista en ella"[34].

En consecuencia, resulta también inadmisible para la Corte IDH una interpretación de los derechos que tienda a su limitación y no a su efectividad.

Ante todo "debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana"[35], reafirmando de esta manera el principio de interpretación *pro homine*.

Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral BIFE- y Fondo de Cultura Económica, México, 2da. edición, 2007, p. 185.

[32] Caso Yatama vs. Nicaragua cit., párr. 206 y Caso Castañeda Gutman cit., párr. 174.

[33] OC-24/17 cit., párr. 84.

[34] Caso Castañeda Gutman cit., párr. 174.

[35] Corte IDH, Opinión Consultiva OC- 5/85, de 13 de noviembre 185, Serie A N° 5, párr. 51.

En lo que aquí interesa, "no se puede limitar el alcance pleno de los derechos políticos de manera que su reglamentación o las decisiones que se adopten en aplicación de ésta se conviertan en un impedimento para que las personas participen efectivamente en la conducción del Estado o se torne ilusoria dicha participación, privando a tales derechos de su contenido esencial"[36].

### *¿Una categoría sospechosa?*

No obstante, respecto a esta categoría en particular se debe tener presente que fue en la nota al pie N° 4 del caso United States v. Carolene Products Co (1938)[37] donde se acuño el término "categoría sospechosa" tendiente a identificar si una regulación a un derecho civil afectaba o no el principio de igualdad.

Lo particular de estas categorías es que "existe una presunción de que quienes pertenecen a alguna de las categorías así definidas se encuentran en una situación vulnerable. El examen estricto, con su exigencia agravada de justificación, permite que a través del control judicial se detecte si la distinción efectuada carece de justificación racional, por obedecer a prejuicios o estereotipos"[38].

La noción de igualdad en los términos de la Corte IDH que "se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza"[39].

Todas las personas tienen un derecho constitucionalmente protegido a participar en las elecciones en igualdad de condiciones con los demás

[36] Caso Yatama vs. Nicaragua, cit., párr. 204.

[37] Corte Suprema de los Estados Unidos, 304 EE.UU. 144, del 25 de abril de 1938.

[38] Treacy, Guillermo F., *Categorías sospechosas y control de constitucionalidad*, Revista Lecciones y Ensayos, nro. 89, Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires, 2011, pág. 199.

[39] Corte IDH, OC 18/03 Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, del 17 de Septiembre de 2003, párr. 87; entre otras.

conciudadanos[40], por ende si se otorga el derecho al sufragio pasivo a algunos y se lo niega a otros, debe determinarse si tales exclusiones son necesarias para promover un interés apremiante del Estado ya que se trata de categorías sospechosas.

En tal sentido, se considera que el Estado tiene que probar que la privación de derechos es necesaria y responde a un interés legítimo; además, debe demostrar que la clasificación no excluye a demasiadas personas, y, finalmente, que no hay otras maneras razonables para alcanzar el objetivo del Estado con una menor carga.

## V. La identidad auto-percibida en el concepto binario de género y el reconocimiento del tercer género

### *El caso del registro de candidaturas transgénero en México*[41]

Un aspecto de la cuestión planteada ha sido abordada por el máximo Tribunal Electoral de México en ocasión de las elecciones del año 2018, donde en la localidad de Oaxaca personas que habían inscripto sus candidaturas bajo el género masculino, posteriormente -ante el requerimiento de la falta de adecuación a las normas de paridad- se inscribieron como femenino alegando que son personas muxes.

Al respecto, es de señalar que las personas muxes, que son zapotecas originarias de Oaxaca, específicamente de la región del Istmo de Tehuantepec, son hombres que adoptan la vestimenta y los roles entendidos como tradicionales de las mujeres; pero su identificación es de un tercer género. No obstante, otros se identifican plenamente como mujeres

[40] Cf. Corte Suprema de los Estados Unidos, casos *Evans* v *Cornman*, 398 EE.UU. 419, 421-422, 426 (1970); *Kramer* v. *Unión Libre El Distrito Escolar*, 395 EE.UU. 621, 626-628 (1969), *Cipriano* v. *ciudad de Baton Rouge*, 395 701 EE.UU., 706 (1969), *Harper* v. *Virginia, la Junta de Elecciones*, 383 EE.UU. 663, 667 (1966); *Carrington* v, *Rash*, 380 EE.UU. 89, 93-94 (1965), entre otros.

[41] Sala Superior del Tribunal Electoral de la Federación, Sentencia del SUP-JDC-304/2018 y acumulados del 21/06/2018.

y otros recurren ocasionalmente al atuendo femenino, en función de festividades especiales.

En este caso, basándose en la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH, la Sala Superior dijo que "la autoadscripción es el único elemento para determinar la identidad de las personas y el Estado no puede cuestionarla ni solicitar prueba alguna al respecto"[42]. Así pues, señaló que en materia político-electoral, "la autoadscripción sexo-genérica -como sucede con la indígena- tiene que hacérsele saber a la autoridad respectiva con una manifestación que denote claramente la voluntad de la persona en cuestión"[43].

Empero, la medida adoptada por la Sala Superior es concordante con la concepción binaria del género. Así, "no establece la creación de una cuota diferenciada, sino que permite la postulación de candidatos intersexuales, transexuales, transgénero o muxes dentro de la cuota reservada para hombres o mujeres, en función del género con el cual se identifican en el plano interno y que exteriorizan de manera pública"[44].

Así se ha dicho que "[e]n el transcurso de la controversia, la paridad fue el meollo del asunto, la obligación a su cumplimiento ocasionó la simulación de la identidad de género, la vulneración de derechos políticos de las mujeres trans y cisgénero. Sin embargo, más allá de ello, el caso contribuyó a repensar la construcción de la paridad y su aplicación en un sistema binario de los géneros"[45].

En efecto, la sentencia que nos ocupa responde -como se adelantó- al principio binario, masculino y femenino. Reconociendo un solo aspecto de la cuestión ya que permite la adscripción con la sola alegación del género; pero no visualiza la otra cuestión que presenta un importante desafío en nuestros tiempos, que es la adscripción a un tercer género o como se dice al "sin género".

[42] TRIFE, SUP-JDC-304/2018 cit., punto 282.

[43] TRIFE, SUP-JDC-304/2018 cit., punto 283.

[44] TRIFE, SUP-JDC-304/2018 cit., punto 298.

[45] Bustillo Marín, Roselia "Las candidaturas transgénero y la paridad electoral. Convecciones, desacuerdos y retos pendientes" en Desafíos de la democracia incluyente, Pérez Cepeda, María y Eguiarte Mereles, Carlos Rubén (coord.), Instituto Electoral del Estado de Querétaro y tirant lo blanch, México, 2019, p. 181. en: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/resultados?pt=Bustillo+Mar%C3%ADn

Es del caso señalar que para el Tribunal Electoral de México serán los partidos políticos los encargados de informar las postulaciones de este tipo. Sosteniendo que "la ley debe ser un instrumento activo de la configuración de la política pública para reducir las brechas que separan a grupos en situación de vulnerabilidad" [46].

Al respecto el Consejo General del Instituto Nacional Electoral de México en vistas a las elecciones de junio de 2021 aprobó en la sesión extraordinaria del 15 de enero de 2021[47] una medida afirmativa para la postulación de candidaturas LGBTQ+.

En este sentido destacó que es impostergable e indispensable avanzar en la implementación de medidas que garanticen la inclusión y el avance en la protección de los derechos político-electorales de la comunidad de la diversidad sexual a efecto de que puedan participar de la construcción de la vida política en el país y con ello puedan incidir tanto en la agenda legislativa como en las políticas públicas, por tratarse de un grupo de la población que se inserta en categoría sospechosa por los sesgos de discriminación de que son objeto, lo cual es un compromiso convencional internacional revertir"[48].

Así determinó que para expandir los derechos políticos-electorales de las personas LGBTQ+ los partidos políticos o coaliciones deben postular "al menos 2 (dos) fórmulas de candidaturas integradas por personas de la diversidad sexual en cualquiera de los 300 Distritos que conforman el país, de mayoría relativa, y 1 (una) fórmula por el principio representación proporcional, la cual podrá postularse en cualquiera de las cinco circunscripciones, debiendo ubicarse en los primeros diez lugares de la lista". Asimismo, aclaró que las 3 (tres) postulaciones deben realizarse de manera paritaria (2/1) con la mínima diferencia por tratarse de un número non"[49].

[46] TRIFE, SUP-JDC-304/2018 cit., punto 248.

[47] INE/CG18/2021.

[48] INE/CG18/2021, pág. 88.

[49] INE cit., pág. 89.

### *El reconocimiento al tercer género*

Para el Corte Constitucional Federal de Alemania[50] la ley de estado civil debe permitir una tercera opción de género, así lo resolvió el 10 de octubre de 2017. Allí se sostuvo que el derecho general de la personalidad también protege la identidad de género de aquellos a quienes no se les puede asignar el género "masculino" o "femenino".

Al respecto, destacó que la ley de estado civil actual es violatoria del derecho general de la personalidad en la medida en que descarta el registro de un género que no sea "hombre" o "mujer". Y, agregó que "[e]l derecho general de la personalidad también protege la identidad de género, que es regularmente un elemento constitutivo de la personalidad de un individuo. La asignación de género es de suma importancia para la identidad individual. Por lo general, desempeña un papel clave tanto para la auto-concepción de una persona como para la forma en que los demás la perciben. La identidad de género de las personas a las que no se les puede asignar sexo masculino o femenino también está protegida por este derecho"[51].

### *El estado de la cuestión*

Claro está que las personas LGBTQ+ tienen derecho a postularse para acceder a los cargos electivos y, por tanto, el Estado tiene la obligación de remover cualquier obstáculo que restrinja ese derecho, así como de adoptar acciones positivas para permitir la protección efectiva del derecho de los grupos vulnerables.

Por su parte, cabe agregar que el registro civil "es la fuente primaria para la formación del *padrón electoral*. Aun cuando el *padrón electoral* se forma a partir del documento de identidad, este documento se forma a partir del *registro civil*, la fuente primaria"[52].

En nuestra región los documentos de identificación e identidad hacen al registro electoral y están confeccionados de manera tal que solo figuran

[50] Corte Constitucional Federal de Alemania, Sentencia 1 BvR 2019/16 –. Disponible en: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/2017/10/rs20171010_1bvr201916en.pdf?__blob=publicationFile&v=1

[51] 1. § 21

[52] Navarro, Carlos Mariano y Ulloa, Félix, "Identificación electoral" en Diccionario Electoral, ob. cit., pág. 543.

hombres y mujeres. Así, el acta de nacimiento rectificada por cambio de sexo es el documento que otorga el reconocimiento del Estado a la expresión de género con el que una persona se autoadscribe en los planos subjetivo y exterior mientras que sea binario.

Ahora bien, en Argentina -ante situaciones de reconocimiento del tercer género o sin género[53] en el documento nacional de identidad- recientemente se dictó el Decreto 426/2021 que reconoce el derecho a la identificación a aquellas personas cuya identidad de género se encuentre comprendida en opciones tales como no binaria, indeterminada, no especificada, indefinida, no informada, autopercibida, no consignada; u otra opción con la que pudiera reconocerse la persona, que no se corresponda con el binario femenino/masculino[54].

Así la norma establece que "nomenclaturas a utilizarse en los Documentos Nacionales de Identidad y en los Pasaportes Ordinarios para Argentinos en el campo referido al ´sexo´ podrán ser ´F´ -Femenino-, ´M´ - Masculino- o ´X´. Esta última se consignará, de conformidad con lo establecido en el artículo 4° del presente decreto, en aquellos supuestos de personas nacionales cuyas partidas de nacimiento sean rectificadas en el marco de la Ley N° 26.743, cualquiera sea la opción consignada en la categoría ´sexo´, siempre que no sea ´F´ -Femenino- o ´M´ -Masculino-, o bien si el ´sexo´ no se hubiere consignado" (art. 2°). Además la normativa agrega que "la nomenclatura ´X´ en el campo ´sexo´ comprenderá las siguientes acepciones: no binaria, indeterminada, no especificada, indefinida, no informada, autopercibida, no consignada; u otra acepción con la que pudiera identificarse la persona que no se sienta comprendida en el binomio masculino/femenino" (art. 4°).

A raíz de ello, en el padrón electoral del proceso electoral en curso se incorporó la noción de "sin género".

Sin embargo, la cuestión radica en determinar si en la postulación de candidaturas puede haber un equilibrio entre el principio de paridad de género construido desde una concepción binaria y la adscripción a ningún género.

Ello en virtud de que "[l]a construcción de la paridad, si bien busca la representatividad de toda la ciudadanía en los cargos de elección, es dada por un sistema binario en el cual solo existen los sexos hombre/mujer, y

[53] Resolución N° 420/2018 del Registro Civil de la Provincia de Mendoza.

[54] Publicación B.O. 21-07-2021.

en consecuencia, la forma de ser preconcebida del hombre/mujer o de lo masculino/femenino"[55].

Por tal razón, la democracia inclusiva exige mecanismos adecuados que remuevan los obstáculos discriminatorios para los grupos vulnerables y equilibre la representación evitando y sancionando las simulaciones en perjuicio de los grupos postergados, como las mujeres.

El Instituto Nacional Electoral de México -tal como se señaló ut supra- para los comicios del 2021 adoptó un criterio al respecto.

## VI. Apreciaciones finales

Si bien es cierto que el principio de paridad en las candidaturas tiene como finalidad la inclusión de las mujeres como grupo históricamente desprotegido y discriminado, ello en nada implica que la admisibilidad de la sola manifestación de la auto-adscripción al género femenino, masculino o sin género vaya en detrimento de los derechos de las mujeres y su lucha.

En efecto, pretender enfrentar a colectivos que se encuentran estructuralmente discriminados no hace más que acentuar la discriminación hacia los mismos, en lugar de adoptar medidas protectorias para el ejercicio pleno y eficaz de los derechos.

Recordemos, que la propia Corte IDH, ha señalado que la interpretación debe realizarse "también a partir de un modelo basado en valores que el sistema interamericano pretende resguardar, desde el 'mejor ángulo' para la protección de la persona"[56]. En este sentido, la realidad social actual exige que se interprete el derecho a ser votado en condiciones de igualdad, en conjunción con la identidad de género auto-percibida por las personas.

Por tanto, resulta necesario que los Estados, en su calidad de garantes de la pluralidad de derechos, adopten medidas tendientes a asegurar que todas las personas puedan vivir y desarrollarse con dignidad e impulsar la efectiva participación de grupos minoritarios a efectos de que puedan postularse para un cargo de elección popular.

Al respecto, como ya se señaló, en México se reconoció el derecho de las personas no binarias a postular candidaturas pero imponiendo un máximo

[55] Bustillo Marín, Roselia, ob. cit.

[56] Corte IDH, OC-24/17 cit., párr. 56.

de tres de personas que correspondan a dicho grupo. Ello en razón de que la medida no sea contraria al principio de paridad de género, "así como a prevenir y evitar simulaciones o fraude a la ley por parte de los partidos políticos y coaliciones"[57].

Los derechos de las personas con tercer género o sin género hoy por hoy se encuentran vulnerados ya que no existe posibilidad cierta de que sea reconocida su identidad auto-percibida en la conformación de las listas electorales.

Al mismo tiempo, hay que resaltar que la existencia del principio de paridad se vincula y se define estrictamente a partir del género. Es decir, de la concepción binaria del género, masculino y feminino, no considerando hasta el momento al tercer género.

El desafío de las legislaciones será, entonces, la inclusión de la categoría de las personas que eligen no adscribir a género alguno, otorgándoles la posibilidad de conformar instancias representativas en el sistema político constitucional y al mismo tiempo no afectar a otros grupos con una desventaja históricamente estructural.

## Normatividad

BOLETÍN OFICIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. *Paridad de Género en âmbitos de representación política*. Disponível em: https://oig.cepal.org/sites/default/files/2017_ley27412_arg.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. *Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*. Disponível em: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/VIH/OtrasPublicacionesdeinteresrelacionadosconelVIH/ONU/Asamblea%20General%2022%20diciembre%202008%20onu.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

CORTE CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA. *Sentencia 1 BvR 2019/16*. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/2017/10/rs20171010_1bvr201916en.pdf?__blob=publicationFile&v=1. Acesso em: 22 set. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - BIBLIOTECA. *Los Derechos políticos y electorales: Un orden público democrático*. Disponível em: https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/66535. Acesso em: 22 set. 2021.

[57] INE cit., pág. 90.

_____. *Caso Yatama Vs. Nicaragua Sentencia de 23 de Junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

_____. *CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS*. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

_____. *Caso Atala Riffo Y Niñas Vs. Chile sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)*. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

_____. *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 6 de agosto de 2008*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=298. Acesso em: 22 set. 2021.

_____. *Caso Duque Vs. Colombia sentencia de 26 de febrero de 2016 (Excepc iones Preliminares, Fondo, Reparac iones y Costas)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

_____. *Caso Flor Freire Vs. Ecuador sentencia de 31 de agosto de 2016 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

_____. *La participación política y la reforma electoral en Argentina*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30075.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

_____. *Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Evans v Cornman, 398 EE.UU. 419, 421-422, 426 (1970)*. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/398/419/. Acesso em: 22 set. 2021.

CÁMARA NACIONAL ELECTORAL. *PROCURACION PENITENCIARIA DE LA NACION Y OTROS c/ ESTADO NACIONAL - MINISTERIO DEL INTERIOR Y TRANSPORTE s/AMPARO* - Acción de Amparo Colectivo (Inconstitucionalidad arts. 12 y 19 inc. 2° C.P. y 3° inc. "e", "f" y "g" C.E.N.). Disponível em: https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Procuraci%C3%B3n%20Penitenciaria%20de%20la%20Naci%C3%B3n%20y%20otros%20c.%20Estado%20Nacional%20y%20otros.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

ESUBSCRIPTION TO UNITED NATIONS DOCUMENTS. *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*. Disponível em: https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/66/53. Acesso em: 22 set. 2021.

HCDN.GOB.AR. *Resolución N° 420/2018 del Registro Civil de la Provincia de Mendoza*. Disponível em: https://www.diputados.gob.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=7000-D-2018. Acesso em: 22 set. 2021.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Diccionario Electoral* - Discriminación electoral en América Latina: Dos facetas de los derechos políticos. Disponível em: https://www.iidh.ed.cr/capel/media/1440/diccionario-electoral_tomo-i.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *ADVISORY OPINION OC-24/17 OF NOVEMBER 24, 2017 REQUESTED BY THE REPUBLIC OF COSTA RICA GENDER IDENTITY, AND EQUALITY AND NON-DISCRIMINATION OF SAME-SEX COUPLES*. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_eng.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE LA DEFENSA - SECRETARÍA GENERAL DE CAPACITACIÓN Y JURISPRUDENCIA. *PROCURACION PENITENCIARIA DE LA NACION Y OTROS c/ ESTADO NACIONAL* - MINISTERIO DEL INTERIOR Y TRANSPORTE s/AMPARO - Acción de Amparo Colectivo (Inconstitucionalidad arts. 12 y 19 inc. 2° C.P. y 3° inc. "e", "f" y "g" C.E.N.). Disponível em: https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Procuraci%C3%B3n%20Penitenciaria%20de%20la%20Naci%C3%B3n%20y%20otros%20c.%20Estado%20Nacional%20y%20otros.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. AG/*RES. 2435 (XXXVIII-O/08) DERECHOS HUMANOS, ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO* (Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008). Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/ag-res_2435_xxxviii-o-08.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

_____. *Orientación Sexual Identidad de Género y Expresión de Género*: algunos términos y estándares relevantes. Disponível em: http://scm.oas.org/pdfs/2012/cp28504s.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

REFWORLD – LA AGENCIA DE LA ONU PARA LOS REFUGIADOS. *Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2007*. Disponível

em: refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2. Acesso em: 22 set. 2021.

TRATADO DE DERECHO ELECTORAL COMPARADO DE AMÉRICA LATINA. *Derecho Electoral*: Sufragio Activo y Pasivo. Disponível em: https://www.idea.int/sites/default/files/publications/tratado-de-derecho-electoral-comparado-de-america-latina.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

TREACY, Guillermo F. Categorías sospechosas y control de constitucionalidad. *Revista Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, v. 89, n. 89, p. 199, 2011. Disponível em: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/89/treacy-guillermo-f-categorias-sospechosas-y-control-de-constitucionalidad.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. *Sala Superior del Tribunal Electoral de la Federación, sentencia del SUP-JDC-304/2018 y acumulados del 21/06/2018*. Disponível em: https://www.te.gob.mx/sentenciasHTML/convertir/expediente/SUP-JDC-00304-2018#_Toc517392613. Acesso em: 22 set. 2021.

UNIVERSIDAD NACIONAL ATÓNOMA DE MÉXICO – BIBLIOTECA JURÍDICA VIRTUAL. *Las candidaturas transgénero y la paridad electoral. Convecciones, desacuerdos y retos pendientes*. Disponível em: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5755/11.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

Esta obra foi composta na Noto Serif, corpo 10 e entrelinhas de 14 pontos,
em papel Cartão Supremo 250g/m2 (capa) e AP 75g/m2 (miolo).