

ESTUDOS ELEITORAIS

Volume 5 Número 1 jan./abr. 2010



ESTUDOS ELEITORAIS



Volume 5, Número 1
jan./abr. 2010

© 2010 Tribunal Superior Eleitoral

Escola Judiciária Eleitoral
SGON Quadra 5 Lote 795 Bl. "B" – Ed. Anexo III do TSE
70610-650 – Brasília/DF
Telefone: (61) 3316-4641
Fax: (61) 3316-4642
Coordenação: André Ramos Tavares – Diretor da EJE

Editoração: Coordenadoria de Editoração e Publicações (Cedip/SGI)
Projeto gráfico: Clinton Anderson

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

ISSN: 1414–5146

Estudos eleitorais / Tribunal Superior Eleitoral. – v. 1. n. 1
(1997) – . – Brasília : TSE, 1997- v. ; 24 cm.

Quadrimestral.

Revista interrompida no período de: maio 1998 a dez.
2005, e de set. 2006 a dez. 2007.

1. Direito eleitoral – Periódico. I. Brasil. Tribunal Superior
Eleitoral.

CDD 341.2805

Tribunal Superior Eleitoral

Presidente

Ministro Ricardo Lewandowski

Vice-Presidente

Ministra Cármen Lúcia

Ministros

Ministro Marco Aurélio Mello
Ministro Aldir Passarinho Júnior
Ministro Hamilton Carvalhido
Ministro Marcelo Ribeiro
Ministro Arnaldo Versiani

Procurador-Geral Eleitoral

Roberto Monteiro Gurgel Santos

COORDENAÇÃO DA REVISTA ESTUDOS ELEITORAIS

André Ramos Tavares

CONSELHO CIENTÍFICO

Ministro Ricardo Lewandowski

Ministro Aldir Guimarães Passarinho Junior

Ministro Hamilton Carvalhido

André Ramos Tavares

Antonio Carlos Marcato

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

COMPOSIÇÃO DA EJE

Diretor:

André Ramos Tavares

Vice-diretor:

Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira

Assessora-chefe:

Juliana Deléo Rodrigues Diniz

Servidores:

Ana Karina de Souza Castro

Camila Milhomem Fernandes

Geraldo Campetti Sobrinho

Jorge Marley de Andrade

Julio César Sousa Gomes

Quéren Marques de Freitas da Silva

Colaboradores:

Andrey do Amaral dos Santos

Liliane Cervo de Moraes

Sueli Rodrigues da Costa

APRESENTAÇÃO

Dando continuidade a sua programação editorial, a Escola Judiciária Eleitoral (EJE) apresenta o primeiro número da revista *Estudos Eleitorais* de 2010. Trata-se do volume cinco, que será completado no decorrer do corrente ano com mais dois fascículos, retomando, nessa oportunidade, a periodicidade quadrimestral em suas publicações aliada ao ineditismo dos estudos apresentados.

Ao cumprir seu papel no desenvolvimento do marco teórico, das avaliações práticas e das abordagens históricas sobre democracia, cidadania e eleições, a Escola apresenta cinco artigos de estudiosos da matéria eleitoral.

No primeiro artigo, o Ministro Presidente do TSE, Ricardo Lewandowski, estabelece a relação entre segurança jurídica e proteção da confiança com o tema da perda de mandato por infidelidade, na matéria: *Infidelidade partidária e proteção da confiança*.

Na sequência, André Ramos Tavares avalia em que medida os resultados da democracia atualmente praticada correspondem aos anseios da sociedade, especialmente quanto à legitimidade posterior desses resultados eleitorais, no artigo: *Há uma crise de legitimação eleitoral no mundo?*

Carlos Mário Velloso e Walber de Moura Agra discorrem sobre a aplicação da legislação na propaganda eleitoral na imprensa escrita, no rádio, na televisão e na internet por meio do texto: *Propaganda eleitoral e sua incidência*.

Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira analisa dúvidas de constitucionalidade provenientes da publicação da Lei Complementar nº 135/2010, para incluir hipóteses de inelegibilidade visando proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato, escrevendo sobre: *Ficha limpa & questões constitucionais: direito eleitoral do inimigo (retroagir?)*.

Em seu estudo na Seção Memória, José Carlos Francisco associa a história dos partidos políticos à afirmação do regime democrático, destacando o papel que desempenham como agentes das principais mudanças na idade moderna. A matéria intitula-se: *Traços históricos dos partidos políticos: do surgimento até a segunda era da modernidade*.

A EJE pretende continuar valorizando os estudos eleitorais, de cunho científico e pragmático, fazendo divulgar artigos e textos de excelência na área. Outra das finalidades destacadas desta Revista está em divulgar amplamente a matéria eleitoral a todos que por ela se interessem, esperando, com isso, provocar vívidos estímulos para novas empreitadas nessa seara.

SUMÁRIO

Infidelidade partidária e proteção da confiança ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI	9
Há uma crise de legitimação eleitoral no mundo? ANDRÉ RAMOS TAVARES.....	21
Propaganda eleitoral e sua incidência WALBER DE MOURA AGRA E CARLOS MARIO DA SILVA VELLOSO	37
“Ficha limpa” & questões constitucionais: “direito eleitoral do inimigo” (retroagir?) THALES TÁCITO PONTES LUZ DE PÁDUA CERQUEIRA	65
MEMÓRIA Traços históricos dos partidos políticos: do surgimento até a segunda era da modernidade JOSÉ CARLOS FRANCISCO.....	79

INFIDELIDADE PARTIDÁRIA E PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI

Ministro Presidente do Tribunal Superior Eleitoral.
Professor titular da Universidade de São Paulo.

Afirma que os partidos políticos compõem um corpo indispensável ao atual processo democrático participativo, não apenas porque expressam a multiplicidade de interesses e aspirações dos distintos grupos sociais, mas, sobretudo, porque concorrem para a formação da opinião pública, para o recrutamento de líderes, com a seleção de candidatos aos cargos eletivos, bem como para a mediação entre o governo e o povo. A fidelidade partidária é ressaltada por representar passo importante para o fortalecimento do sistema partidário brasileiro. Demonstra a relação entre segurança jurídica e proteção da confiança com o tema da perda de mandato por infidelidade, defendendo o respeito às situações consolidadas, sob pena de solapamento da confiança dos cidadãos nas instituições, com as consequências nefastas que isso pode acarretar para o convívio social.

Palavras-chave: Partido político; fidelidade partidária; perda de mandato eletivo; segurança jurídica; proteção da confiança.

1 PRIMEIRAS REFLEXÕES: OS PARTIDOS POLÍTICOS

Princípio consignando que me associo àqueles que entendem que, numa democracia representativa como a nossa, os partidos políticos desempenham um papel fundamental, porquanto, no dizer de Canotilho (1998, p. 308), são “organizações aglutinadoras dos interesses e mundividência de certas classes e grupos sociais impulsionadores da formação da vontade popular”.

Com efeito, a partir do advento do Estado Social, no final da Primeira Grande Guerra, a lei deixou de ser a expressão de uma anônima vontade geral, no sentido rousseauiano da expressão, conforme queriam os ideólogos do Estado Liberal de Direito dos séculos XVIII e XIX, passando a representar o resultado da vontade política de uma maioria parlamentar, formada a partir de vontades fragmentárias preexistentes no seio de sociedade (SILVA, 2005, p. 62).

No Brasil, como se sabe, os partidos políticos sofreram as vicissitudes da alternância cíclica entre regimes democráticos e ditatoriais, que impediu, com raras exceções, que desenvolvessem uma base ideológica consistente (FLEISCHER, 2004, p. 249), capaz de libertá-los do fenômeno que Maurice Duverger, trilhando a senda aberta por Robert Michels, identificou como o domínio oligárquico dos dirigentes partidários, cujo apanágio é “o apego a velhas fisionomias e o conservadorismo” (DUVERGER, 1970, p. 197).

Os partidos de quadros e de massas, vinculados às camadas populares, com matizes ideológicos mais pronunciados, surgiram apenas numa fase mais recente da História do país, como consequência do processo de industrialização, que se acelerou a partir do término da Segunda Guerra Mundial.

Em que pesem, porém, as imperfeições que ainda caracterizam o sistema partidário brasileiro, não há dúvida de que, hoje, os partidos políticos são indispensáveis ao processo democrático, não apenas porque expressam a multiplicidade de interesses e aspirações dos distintos grupos sociais, mas, sobretudo, porque concorrem para a formação da opinião pública, o recrutamento de líderes, a seleção de candidatos aos cargos eletivos e a mediação entre o governo e o povo (SILVA, 2005, p. 62).

2 O ADVENTO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

É bem verdade, como assentei em sede doutrinária (LEWANDOWSKI, 2005, p. 381), que a participação do povo no poder, atualmente, não ocorre mais apenas a partir do indivíduo, do cidadão isolado, ente privilegiado e até endeusado pelas instituições político-jurídicas do liberalismo, dentre as quais se destacam os partidos políticos.

O final do século XX e o início do século XXI certamente entrarão para a História como épocas em que o indivíduo se eclipsa, surgindo em seu lugar as associações, protegidas constitucionalmente, que se multiplicam nas chamadas “organizações não governamentais”, voltadas para a promoção de interesses específicos, tais como a proteção do meio ambiente, a defesa do consumidor ou o desenvolvimento da reforma agrária.

Esse fato, aliado às deficiências da representação política tradicional, deu origem a alguns institutos, que diminuem a distância entre os cidadãos e o poder, com destaque para o plebiscito, o referendo, a iniciativa legislativa, o veto popular e o *recall*, dos quais os três primeiros foram incorporados à nossa Constituição (artigo 14, I, II e III, da CF).

3 A IMPORTÂNCIA DA FIDELIDADE PARTIDÁRIA

Não há como negar que a democracia representativa, exercida por meio de mandatários recrutados pelos partidos políticos, por indispensável¹, subsiste integralmente em nosso ordenamento político-jurídico, embora complementada

¹ MILL, John Stuart. *Considerações sobre o governo representativo*. São Paulo: IBRASA, 1958, p. 49, observa o seguinte: “desde que é impossível a todos, em uma comunidade que exceda a uma única cidade pequena, participarem pessoalmente tão só de algumas porções muito pequenas dos negócios públicos, segue-se que o tipo ideal de governo perfeito tem de ser o representativo.”

pelo instrumental próprio da democracia participativa (art. 1º, parágrafo único, da CF).²

Com efeito, segundo a nossa Carta Magna, a soberania popular (art. 1º, I, da CF) é exercida fundamentalmente por meio do sufrágio universal (art. 14, *caput*, da CF), constituindo a filiação partidária *conditio sine qua non* para a investidura em cargo eletivo (art. 14, § 3º, IV, da CF).

Mas para que a representação popular tenha um mínimo de autenticidade, ou seja, para que reflita um ideário comum aos eleitores e candidatos, de tal modo que entre eles se estabeleça um liame em torno de valores que transcendam os aspectos meramente contingentes do cotidiano da política, é preciso que os mandatários se mantenham fiéis às diretrizes programáticas e ideológicas dos partidos pelos quais foram eleitos.

“Sem fidelidade dos parlamentares aos ideários de interesse coletivo” – ensina Goffredo Telles Júnior –, “definidos nos respectivos programas registrados, os partidos se reduzem a estratégias indignas, a serviço de egoísmos disfarçados; e os políticos se desmoralizam” (TELLES JÚNIOR, 2005, p. 117).

A fidelidade partidária, porém, conquanto represente um passo importante para o fortalecimento do sistema partidário brasileiro, não constitui, ao contrário do que imaginam alguns, uma panaceia universal, cumprindo ter presente a lúcida advertência feita pelo Ministro Nelson Jobim, em conferência que proferiu sobre o assunto:

Falar-se em fidelidade partidária, sem ter a consciência real do que se passa no processo de escolha dos candidatos é um equívoco. Precisamos ter noção do que se passa, para colocar sobre a mesa a discussão de temas como distrito eleitoral, sistema de eleições mistas etc.; debater claramente esse tipo de situação para entendermos o que se passa em termos político eleitorais no país (JOBIM, 2004, p. 195).

O debate político e judicial sobre a fidelidade partidária ganhou relevo quando o Partido da Frente Liberal (PFL), hoje Democratas (DEM), formulou ao Tribunal Superior Eleitoral a Consulta nº 1.389/DF, tendo sido relator o Ministro César Asfor Rocha. Essa consulta pode ser sintetizada na seguinte indagação: “Os partidos e as coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?”

O Tribunal Superior Eleitoral, na sessão de 27.3.2007, respondeu positivamente à supracitada consulta, em pronunciamento assim ementado: “Consulta. Eleições

²“Todo poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

proporcionais. Candidato eleito. Cancelamento de filiação. Transferência de partido. Vaga. Agremiação. Resposta afirmativa” (Resolução nº 22.526/2007).

4 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Retomo aqui as considerações que expendi quando da apreciação, pelo Supremo Tribunal Federal, de mandados de segurança nos quais se questionou se a inegavelmente bem inspirada Resolução do TSE nº 22.526/2007, de 27.3.2007 poderia aplicar-se aos parlamentares que trocaram de partido antes da interpretação dada por aquela Corte aos princípios constitucionais que entendeu aplicáveis à espécie.

Em primeiro lugar, cumpre assentar que no ápice da hierarquia axiológica de todas as constituições figuram alguns princípios, explícitos ou implícitos, identificados pelo festejado jurista alemão Bachoff (1977, p. 62-64) como preceitos de caráter pré-estatal, supralegal ou prepositivo, que servem de paradigmas às demais normas constitucionais, que não podem afrontá-los sob pena de nulidade.

Dentre tais princípios sobressai o valor “segurança”, que alicerça a gênese da própria sociedade. Com efeito, pelo menos desde meados do século XVII, a partir da edição do *Leviatã* de Thomas Hobbes, incorporou-se à Teoria Política a ideia de que, sem segurança, não pode existir vida social organizada, passando a constituir um dos pilares sobre os quais se assenta o pacto fundante do Estado, inclusive para legitimar o exercício da autoridade.

Em nosso texto constitucional, esse valor encontra abrigo em *locus* privilegiado. De fato, dentre as cláusulas pétreas listadas no artigo 60, § 4º, da Carta Magna sobressai a especial proteção que o constituinte originário conferiu aos direitos e garantias individuais, em cujo cerne se encontram o direito à vida e à segurança, expressamente mencionados no *caput* do art. 5º, sem os quais sequer se pode cogitar do exercício dos demais.

E por segurança, à evidência, deve-se compreender não apenas a segurança física do cidadão, mas também a segurança jurídica, com destaque para a segurança político-institucional.

Ainda que a segurança *jurídica* não encontre menção expressa na Constituição Federal, trata-se de um valor indissociável da concepção de Estado de Direito, “já que do contrário” – como adverte Sarlet (2005, p. 90) – “também o ‘governo de leis’ (até pelo fato de serem expressão da vontade política de um grupo) poderá resultar em despotismo e toda a sorte de iniquidades”.

Na mesma linha, Carvalho (1994, p. 55) ensina o seguinte:

A segurança jurídica é, por excelência, um sobreprincípio. Não temos notícia de que algum ordenamento a contenha como regra explícita. Efetiva-se pela atuação de princípio, tais como o da legalidade, da anterioridade, da igualdade, da irretroatividade, da universalidade da jurisdição e outros mais. Isso contudo em termos de concepção estática, de análise das normas enquanto tais, de avaliação de um sistema normativo sem considerarmos sua projeção sobre o meio social. Se nos detivermos num direito positivo, historicamente dado, e isolarmos o conjunto de suas normas (tanto as somente válidas como as vigentes), indagando dos teores de sua racionalidade; do nível de congruência e harmonia que as proposições apresentam; dos vínculos de coordenação e de subordinação que armam os vários patamares da ordem posta; da rede de relações sintáticas e semânticas que respondem pela tecitura do todo; então será possível emitirmos um juízo de realidade que conclua pela existência do primado da segurança, justamente porque neste ordenamento empírico estão cravados aqueles valores que operam para realizá-lo.

A segurança jurídica, pois, insere-se no rol de direitos e garantias individuais, que integram o núcleo imodificável do Texto Magno, dela podendo deduzir-se o subprincípio da *proteção na confiança nas leis*, o qual, segundo Canotilho (1995, p. 372-373), consubstancia-se “[...] na exigência de leis tendencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesiva da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos”.

Para o constitucionalista português, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança significam que

[...] o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticadas ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nas mesmas normas (CANOTILHO, 1995, p. 372-373).

5 BREVE HISTÓRICO DA FIDELIDADE PARTIDÁRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A sanção de perda de mandato por infidelidade partidária foi introduzida no Brasil, pela Emenda Constitucional nº 1, editada pela Junta Militar, em 17.10.69, que alterou a redação do art. 152 da Constituição de 1967.³

³“Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembleias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito. A perda do mandato será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa.”

Mas recordamos também que, em 1985, de forma consentânea com o clima de redemocratização que imperava no País, a Emenda Constitucional nº 24 conferiu nova redação ao mencionado dispositivo constitucional, suprimindo as hipóteses de perda de mandato por infidelidade partidária, assegurando, ademais, a mais ampla liberdade de criação de partidos políticos, respeitados o regime democrático, o pluralismo partidário e os direitos fundamentais, dentre outros valores.⁴

A Assembleia Constituinte de 1988 não se afastou do espírito que presidiu a elaboração da EC nº 24/85, adotada no ambiente de redemocratização, deixando de incluir no rol do art. 55 da Carta Magna, que trata da perda de mandato de deputado e senador, qualquer sanção por infidelidade partidária.⁵

Isso levou Silva (1995, p. 386-387) a concluir que a Constituição de 1988

[...] não permite a perda do mandato por infidelidade partidária. Ao contrário, até o veda, quando no art. 15, declara vedada a cassação dos direitos políticos, só admitidas a perda e a suspensão deles nos estritos casos indicados no mesmo artigo.

Entendia-se, então, que o dispositivo em comento proibia, de forma expressa, a cassação de direitos políticos, estabelecendo, taxativamente, as hipóteses de sua perda ou suspensão, sem qualquer menção à hipótese de infidelidade partidária.⁶

⁴Art. 152. É livre a criação de partidos políticos. Sua organização e funcionamento resguardarão a soberania nacional, o regime democrático, o pluralismo partidário e os direitos fundamentais da pessoa humana [...].”

⁵Art. 55. Perderá o mandato o deputado ou senador: I – que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior; II – cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; III – que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; IV – que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; V – quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição; VI – que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado. § 1º É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas. § 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. § 3º Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. § 4º A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º.”

⁶“I – cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II – incapacidade civil absoluta; III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV – recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII”.

Na mesma linha de entendimento, Clèmerson Merlin Clève afirmou que, no sistema constitucional brasileiro, a circunstância de o parlamentar

não perder o mandato em virtude de filiação a outro partido ou em decorrência do cancelamento da filiação por ato de infidelidade é eloquente. Ainda que doutrinariamente o regime do mandato possa sofrer crítica, é indubitoso que, à luz do sistema constitucional em vigor, o mandato não pertence ao partido.

O tema também já havia sido apreciado pelo Supremo Tribunal Federal. Com efeito, quando do julgamento do MS nº 20.927, da relatoria do Ministro Moreira Alves, o Plenário posicionou-se no sentido apontado:

Mandado de segurança. Fidelidade partidária. Suplente de deputado federal. Em que pese o princípio da representação proporcional e a representação parlamentar federal por intermédio dos partidos políticos, não perde a condição de suplente o candidato diplomado pela justiça eleitoral que, posteriormente, se desvincula do partido ou aliança partidária pelo qual se elegeu. – a inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados se estende, no silêncio da constituição e da lei, aos respectivos suplentes. – mandado de segurança indeferido.

Nos autos do MS nº 23.405, o Plenário do STF manifestou-se sobre o tema em acórdão assim ementado:

Mandado de segurança. 2. Eleitoral. Possibilidade de perda de mandato parlamentar. 3. Princípio da fidelidade partidária. Inaplicabilidade. Hipótese não colocada entre as causas de perda de mandato a que alude o art. 55 da Constituição. 4. Controvérsia que se refere a Legislativa encerrada. Perda de objeto. 5. Mandado de segurança julgado prejudicado.

Assim, prevalecia o entendimento de que a prática de infidelidade partidária não consubstanciava atitude capaz de ensejar a sanção da perda do mandato ou da condição de suplente.

6 A MUDANÇA DE PARTIDO EM FACE DA JUSTIÇA ELEITORAL

É imperioso reconhecer, pelo exposto, que preliminarmente à resposta conferida à Consulta nº 1.398/DF, pelo Tribunal Superior Eleitoral, na Sessão realizada em 27.3.2007 (decisão que deu origem à Resolução nº 22.526/2007), a troca de partido pelos parlamentares era seguramente admitida sem a consequência de perda do mandato eletivo.

Com efeito, na segunda semana dos meses de abril e outubro de cada ano, a Justiça Eleitoral é informada, pelos órgãos de direção partidários, da relação dos

nomes de todos os seus filiados, da qual deverá constar a data de filiação, o número dos títulos eleitorais e das seções em que estão inscritos para efeito de candidatura a cargos eletivos (art. 19, da Lei nº 9.096/95).

Isso porque, para concorrer a cargo eletivo, o eleitor deverá estar filiado ao respectivo partido, pelo menos um ano antes da data fixada para as eleições (art. 18, da Lei nº 9.096/95).

Ademais, para desligar-se do partido político a que pertença, o filiado deve apresentar, obrigatoriamente, comunicação escrita ao órgão de direção partidária e ao juiz de sua respectiva Zona Eleitoral (art. 21 e 22, parágrafo único, da Lei nº 9.096/95).

Ressalte-se que, pela legislação eleitoral brasileira, o filiado não precisa informar, à Justiça Eleitoral, o motivo pelo qual se desligou do partido, mas tão somente comunicar o seu desligamento da agremiação.

Tanto é assim que o Sistema de Filiação Partidária Informatizado da Justiça Eleitoral, denominado "FILEX" não possui um módulo de desfiliação. Para tal procedimento, basta que o usuário digite a opção "exclusão" do filiado sem qualquer justificativa.

Forçoso é convir, pois, que a mudança de partido por candidatos eleitos foi regulamentada pela Justiça Eleitoral, não tendo ela feito, ao que se saiba, qualquer objeção à referida prática desde a Emenda Constitucional nº 24/85, a qual, como visto, suprimiu a sanção de perda de mandato por infidelidade partidária prevista na Carta de 1967, entendimento ratificado pelos constituintes de 1988.

Essa prática, ademais, importa repisar, encontrava-se solidamente amparada não só na doutrina dominante, como também em pacífica jurisprudência desta Suprema Corte.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS: A MIGRAÇÃO PARTIDÁRIA E A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

Um estudo feito pelo cientista político Carlos Ranulfo Melo sobre a questão da fidelidade partidária revela números, no mínimo, impressionantes:

Entre 1985 e 6 de outubro de 2001, quando foi encerrado o prazo de filiação partidária tendo em vista as eleições de 2002, nada menos do que 846 parlamentares, entre titulares e suplentes, mudaram de partido na Câmara dos Deputados. A movimentação pode ser percebida em todas as legislaturas. Em média, 28,8% dos que assumiram uma cadeira na Câmara dos Deputados trocaram de legenda durante o mandato.

[...]

Um total de 138 congressistas (16,3% entre os migrantes) trocou de partido pelo menos duas vezes em uma mesma legislatura, outros 3,5% (30 deputados) pelo menos três vezes, enquanto dez congressistas migraram quatro vezes. Uma vez computadas todas as mudanças realizadas pelos deputados, chega-se a um total de 1035 migrações (MELO, 2003, p. 322).

Embora restrito a um marco temporal determinado, a pesquisa revela uma tendência de migração partidária que, em termos percentuais, provavelmente se manteve inalterada nas legislaturas subsequentes.

De fato, a confirmar essa hipótese, o Relator da Consulta do PFL formulada ao TSE, o Ministro César Asfor Rocha, registra que

Um levantamento preliminar dos Deputados Federais eleitos em outubro de 2006, mostra que nada menos de trinta e seis parlamentares abandonaram as siglas partidárias sob as quais se elegeram; desses trinta e seis, apenas dois não se filiaram a outros grêmios partidários e somente seis se filiaram a Partidos Políticos que integraram as coligações partidárias que os elegeram.

Os parlamentares que trocaram de partido o fizeram não apenas confiando no ordenamento legal vigente, como também na interpretação que a mais alta Corte de Justiça do País lhe conferia, bem assim no entendimento dos maiores expoentes da doutrina constitucional pátria.

Durante mais de 20 anos, pelo menos, candidatos eleitos por determinada agremiação política têm migrado para outras siglas, sem qualquer restrição, seja por parte dos partidos políticos, incumbidos de regular a matéria em seus estatutos, por força de previsão constitucional (art. 17, § 1º, da CF), seja por parte da Justiça Eleitoral, que sempre se amoldou ao entendimento doutrinário e jurisprudencial prevalente.⁷

Não é por outra razão que Larenz (1983, p. 521-522) enfatiza a importância dos precedentes pretorianos, nos quais identifica um verdadeiro *Direito Judicial*, ao afirmar que

[...] existe uma grande possibilidade no plano dos factos de que os tribunais inferiores sigam os precedentes dos tribunais superiores e estes geralmente se atenham à sua jurisprudência, os consultores jurídicos das partes litigantes, das firmas e das associações contam com isto e nisto confiam. A consequência é que os precedentes, sobretudo os dos tribunais

⁷MS nº 20.916, rel. Min. Carlos Madeira; MS nº 20.927, rel. Min. Moreira Alves; MS nº 23.405, rel. Min. Gilmar Mendes.

superiores, pelo menos quando não deparam com uma contradição demasiado grande, serão considerados, decorrido largo tempo, Direito vigente. Disto se forma em crescente medida, como complemento e desenvolvimento do Direito legal, um Direito judicial [...].

Por tal motivo, e considerando que não houve modificação no contexto fático e nem mudança legislativa, mas sobreveio uma alteração substancial no entendimento do TSE sobre a matéria, possivelmente em face de sua nova composição, não seria admissível que um câmbio abrupto de rumos acarretasse prejuízos aos parlamentares que pautaram suas ações pelo entendimento acadêmico e pretoriano até então dominante.

Não se propugna com isso, é evidente, a cristalização da jurisprudência ou a paralisia da atividade legislativa, pois as decisões judiciais e as leis não podem ficar alheias à evolução social e ao devir histórico. Mas é preciso que respeitem as situações consolidadas, sob pena de grave solapamento da confiança dos cidadãos nas instituições, com todas as consequências nefastas que isso pode acarretar para o convívio social.

REFERÊNCIAS

BACHOFF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Coimbra: Atlântida Ed., 1977. p. 62-64.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 372-373.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 308.

CARVALHO, Paulo de Barros. O princípio da segurança jurídica em matéria tributária. *Ciência Jurídica*, ano 8, v. 58, p. 55-61, jul./ago 1994.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Novo regime constitucional dos partidos políticos. Fidelidade partidária vinculando votação em processo de impeachment. Revisibilidade dos atos partidários pelo Judiciário. Competência da Justiça Eleitoral. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: RT, n. 24, p. 217-218, 1998.

DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970. p. 197.

FLEISCHER, David. Os partidos políticos. In: AVELAR, Lucia; CINTRA, Antonio Otávio (Org.). *Sistema político brasileiro: uma introdução*. São Paulo: UNESP, 2004. p. 249.

JOBIM, Nelson. Direito e processo eleitoral no Brasil. In: MALHEIROS, Antônio Carlos et al. (Coord.). *Inovações do novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 195.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 521-522.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ives Gandra Martins*. São Paulo: Lex Ed., 2005. p. 381.

MELO, Carlos Ranulfo F. Migração partidária na Câmara dos Deputados: causas, consequências e possíveis soluções. In: BENEVIDES, Maria Victória; VANUCCHI, Paulo; KERCHE, Fábio (Org.). São Paulo: Perseu Abramo, 2003. p. 322.

MILL, John Stuart. *Considerações sobre o governo representativo*. São Paulo: IBRASA, 1958. p. 49.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social

no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence Carmem*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2005. p. 90.

SILVA Daniela Romanelli da. *Democracia e direitos políticos*. Campinas, SP: Ed. Autor, 2005. p. 62.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 386-387.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. A democracia participativa. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo, v. 100, p. 117, 2005.

HÁ UMA CRISE DE LEGITIMAÇÃO ELEITORAL NO MUNDO?

ANDRÉ RAMOS TAVARES

Professor dos Programas de Doutorado e Mestrado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor do Programa de Doutorado em Direito da Universidade de Bari – Itália. Diretor da Escola Judiciária Eleitoral do TSE.

Pretende avaliar em que medida a democracia atual corresponde aos anseios da sociedade, especialmente quanto à legitimidade de resultados eleitorais. A proposta busca responder o que ocorre, em termos do binômio democracia-eleições, quando o processo de eleição consegue ser instrumentalizado como forma de manter uma ditadura ou o grupo já dominante no poder. Identifica a possibilidade de crise da legitimação eleitoral quando o maquinário democrático é empregado para legitimar um líder já previamente escolhido, por meio de eleição aparente, o que caracterizaria fraude eleitoral, que resvala para a fraude à Constituição. São utilizados recentes exemplos eleitorais: Afeganistão, Irã, Equador, México, Venezuela, Ucrânia, Itália e EUA. Nesses países o processo eleitoral ocupou o centro das atenções por ocasião de acusações da ocorrência de fraude. Uma das principais propostas encontra-se no modelo de votação eletrônica, como fórmula de integração tecnológica e social que pode evitar a crise de deslegitimação eleitoral pós-eleição. Conclui que não se pode afirmar sobre a existência de uma crise mundial da democracia eleitoral; não há instrumental suficiente para discernir entre fraude eleitoral como causa ou como consequência, uma vez que as dificuldades pós-eleitorais podem provocar instabilidade social ou podem surgir em circunstâncias já instáveis, de fragmentação do poder.

Palavras-chave: Eleições; processo eleitoral; legitimação eleitoral; fraude eleitoral; crise.

1 APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

Embora a Democracia componha, em sua estrutura e funcionamento, os Estados ocidentais, sua recorrência e popularidade não são suficientes para eximi-la de insatisfações e questionamentos, muitos dos quais alcançam a centralidade de sua concepção e objetivos.

Aliás, o próprio sentido de democracia já suscita dúvidas, independentemente de outras dificuldades de ordem prática. Se perguntarmos a Schumpeter, Freeman e Gutmann, para utilizarmos, aqui, autores que se têm, fortemente, dedicado ao tema, qual o conceito de democracia, teremos três respostas distintas (problema este que será ainda mais acentuado se aumentarmos o número de entrevistados). Para Schumpeter, por exemplo, democracia pressupõe ou apresenta como elemento

primordial o processo de seleção dos representantes (2006, p. 269)¹. É uma visão procedimental (ou minimamente procedimental, cf. GUTMANN, 1993, p. 129) de democracia, na qual prevalece a forma para a eleição de um dado líder. Gutmann, por sua vez, destacaria que democracia pressupõe participação popular efetiva, de forma que o eleitorado não seja apenas um eleitor, mas um indivíduo autônomo (1993, p. 144 e 151). Já Freeman condicionaria a democracia à forma de governo que possibilite a efetivação de certos direitos (1994, p. 186), aproximando-se, nesse sentido, daquilo que Schumpeter classifica como teoria clássica da democracia, pela qual o bem comum é realizado (2006, p. 250).

A esta polissemia inata à assimilação da democracia podem ser, ainda, adicionados inúmeros paradoxos, tal como a incapacidade – técnica – de o povo se autogovernar e a possibilidade de a democracia enveredar por caminhos totalitários (cf. TAVARES, 2004, p. 365 e ss). Aliás, neste último sentido vale recordar a instigante obra de Paulo Otero, *A democracia totalitária*, na qual são abordados os resquícios totalitários nas democracias.

Dentre esses paradoxos, por exemplo, podemos apontar, ainda, a contribuição que instituições não democráticas prestam à consolidação da democracia. Bruce Rutheford, de maneira didática, menciona o auxílio da Igreja católica, uma instituição altamente hierarquizada², à consolidação da democracia em países tais como a Polônia, Espanha e Filipinas, perante os governos totalitários então instaurados (1993, p. 313-314). Ou seja, mesmo instituições teocráticas, que, internamente, rejeitam um método democrático de governança e gestão (aqui, não estou me valendo de nenhuma concepção específica dentre as acima apresentadas), podem assumir um papel essencial na consolidação efetiva da democracia.³

Porém, é preciso questionar a hipótese inversa, ou seja, a democracia auxiliando a manutenção de regimes ditos ditatoriais. Qual é o resultado desta relação para a democracia?

Invariavelmente, a utilização de um suposto método democrático de ascensão ao poder, tal como a ocorrência de eleições em um país dito ditatorial, é vista por observadores como um marco democrático. Nesse sentido, utilizando o rol apresentado por Rutheford em artigo voltado a um caso específico por ele analisado (a relação entre uma organização supostamente autocrática – Irmandade

¹Defenderá o autor que “o método democrático é aquele arranjo institucional estabelecido para se produzir decisões políticas, por meio do qual o indivíduo adquire o poder através de uma competição pelo voto popular” (2006, p. 269).

²Instituição indiferente às visões ou possibilidade de divergência de seus membros, como ocorre nas instituições altamente hierarquizadas.

³No caso da Igreja católica, tanto da democracia como dos direitos humanos, especialmente dos direitos sociais.

Muçulmana – e a consolidação da democracia no Egito), caracterizaríamos a existência de eleições, a abertura do Parlamento e do sistema jurídico como casos de “rodovias democráticas” em países do Oriente Médio (RUTHERFORD, 1993, p. 330).

Efetivamente são indícios de um processo – ao menos teórico – de implantação ou de consolidação da Democracia. Há que se ressaltar que, embora Democracia seja um termo polissêmico, a realização de eleições, aquilo que Schumpeter denomina como maquinário democrático, é elemento característico da Democracia, independentemente da corrente que se venha a seguir (procedimental, populista, liberal, substancialista, deliberativa, participativa⁴). Variará, apenas, a sua importância para a configuração do escopo desta. Em conclusão, o processo de escolha dos representantes será o elemento central da democracia ou um dos seus principais elementos (ainda que secundário ou terciário).

Aperfeiçoando, portanto, a questão acima: o que acontece quando o processo de eleição é utilizado como forma de manter uma ditadura ou o grupo já dominante no poder?

Um antigo ditador (que chegou ao poder por meio de um golpe militar), em razão da eficiência de seu governo ou carisma pessoal, poderá obter a aquiescência popular e, assim, se manter no poder, quando da aplicação do “maquinário democrático”. Isso significa que não é possível falar em um DNA democrático ou totalitário, mas sim em condições e circunstâncias democráticas ou totalitárias do governo. Nesse sentido, um governo – ou governante – totalitário pode simplesmente tornar-se democrático se a sua escolha passar pelo processo ou procedimento que a caracteriza com tal.

No Brasil, há o exemplo de Getúlio Vargas. Seu primeiro mandato presidencial – que compreende o período entre 3 de novembro de 1930 e 29 de outubro de 1945 – foi obtido por meio de uma revolução, que resultou na deposição do então presidente eleito, Washington Luís. Embora Getúlio houvesse participado da eleição promovida em 1º de março de 1930, que definiria o substituto de Washington Luís, quem logrou a vitória nas urnas foi seu concorrente, Júlio Prestes. Posteriormente, um segundo mandato, porém, foi obtido por Getúlio Vargas por meio das urnas, tendo sido eleito em 3 de outubro de 1950.

Nelson Mandela, por exemplo, lançou mão da luta armada, na década de 1960⁵, para fazer oposição ao Governo então vigente. E em 1994 foi eleito presidente.

⁴Muitas destas variações partem de premissas iguais; quero, aqui, apenas destacar a variedade classificatória existente.

⁵Como consequência, é certo, à proibição, pelo então Governo bôer, do Congresso Nacional Africano.

No caso citado por Rutherford, a irmandade muçulmana, nada obstante o seu início violento, chegou ao Parlamento por meio de um processo democrático (1993, p. 321-324).

Ou seja, se, ao fim do processo eleitoral, houver a manutenção de um Estado ou governante cuja ascensão inicial, pré-eleitoral, havia ocorrido pela força, este fato não será suficiente, por si só, para afastar a legitimidade democrática do novo Governo ou o próprio valor da Democracia realizada por meio das eleições.

O mesmo, contudo, não ocorre quando o processo eleitoral passa a ser apenas um jogo de cena, de forma que não haja uma efetiva competição entre os aspirantes ao poder, mas apenas um teatro, uma mera representação de uma peça cujo enredo já está previamente escrito, em que se sabe, de antemão, o destino de cada um dos atores, e cujo propósito é apenas satisfazer uma plateia (interna ou internacional), mais preocupada com a cenografia do que com aquilo que efetivamente ocorre no palco.

Está a se falar, aqui, de um processo eleitoral fraudulento e injusto, *momento em que o maquinário democrático é empregado não para proporcionar a escolha legítima do líder, mas sim para legitimar um líder já escolhido*. Não há, nesses casos, eleição, mas sim uma fraude, por meio de uma *eleição aparente*.

A existência de ocorrências esporádicas deste processo eleitoral fraudulento, é certo, representa apenas um desvio de percurso. E exigir um processo puro, sem tais defeitos, seria, nas palavras de Schumpeter, almejar um ideal inexistente (2006, p. 271). O problema, porém, passa a merecer maior atenção quando a exceção se torna, na prática de muitos estados, a regra, levando a uma inafastável *crise da legitimação eleitoral*.

A seguir, há um mapeamento de países que viram seus últimos processos eleitorais questionados por ocorrência de fraude eleitoral. Os questionamentos, a seguir relatados, apresentaram dimensões muito díspares, mas tiveram o processo eleitoral sempre como o centro das acusações.

2 ELEIÇÕES E FRAUDE

No final de agosto de 2009, o *Afeganistão* passou por eleições presidenciais, marcadas por ameaças de grupos extremistas, como o Talibã⁶, os quais denominavam o processo eleitoral como um "ato de propaganda americano".⁷ Não se trata, é

⁶Cf. *Attacks, fear weaken Afghan voter turnout*. Disponível em: <http://www.msnbc.msn.com/id/32470364/ns/world_news-south_and_central_asia/>. Acesso em: 20.09.2009.

⁷Cf. *Começam eleições no Afeganistão*, publicado em 20.09.2009 em G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL1273696-5602,00.html>>. Acesso em: 20.10.2009.

certo, das primeiras eleições presidenciais ocorridas nesse país. Em 9 de outubro de 2004, Hamid Karzaï, líder do maior grupo étnico do país (*pashtuns*), foi eleito pela *Loya Jirga*, assembleia da qual participam chefes tribais, de clãs e delegados representantes das diversas etnias que compõem o país. Assim como ocorrera em 2004, as eleições de 2009 foram marcadas por denúncias de fraude⁸. Tais denúncias foram suscitadas, principalmente, por observadores externos⁹, como, por exemplo, pelo então chefe adjunto das Nações Unidas, Peter Galbraith. Kai Eide, chefe da missão da ONU no Afeganistão, naquele momento, em virtude das acusações de Gbraith no sentido de que estaria acobertando as irregularidades, admitiu a ocorrência de “fraude generalizada” na eleição presidencial de agosto de 2009.¹⁰

Segundo estimativas, 1,5 milhão de cédulas teriam sido fraudadas, sendo que 80% destas beneficiavam o presidente eleito, Hamid Karzaï¹¹. No final de outubro, a Comissão Eleitoral Independente do Afeganistão anunciou o resultado definitivo da eleição presidencial. Impôs-se a ocorrência de um segundo turno, porquanto, uma vez desconsiderados os votos fraudados, Hamid Karzaï não alcançou os 50% dos votos necessários a uma vitória em primeiro turno¹². Nas palavras de Karzaï, “[o]correram irregularidades e também deve ter ocorrido fraude. Mas a eleição foi boa e justa e digna de elogio, não do desdém que a eleição recebeu da imprensa internacional, que me deixou infeliz e com raiva.”¹³

Em 12 de junho de 2009, houve eleições presidenciais também no *Irã*. O país árabe, nada obstante o fato de ter sido o país que mais realizou eleições presidenciais nos últimos trinta anos – 10 eleições, com seis presidentes eleitos, é um país no qual se apontam deficiências democráticas, supostamente em razão de ser o Estado guiado pela Religião.

⁸ Em 2004, 14 dos 18 candidatos solicitaram o cancelamento do pleito, em razão de uma suposta fraude eleitoral.

⁹ Cf. *Comissão aponta fraude eleitoral*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/internacional/comissao-aponta-fraude-eleitoral-506632.shtml>>. Acesso em: 21.10.2009.

¹⁰ Cf. Diplomata da ONU vê “fraude generalizada” nas eleições afegãs. *Folha de São Paulo*, 12 out. 2009, p. A4.

¹¹ Cf. *Afeganistão anuncia nesta terça resultado final da eleição*. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/internacional,afeganistao-anuncia-nesta-terca-resultado-final-da-eleicao,453425,0.html>>. Acesso em: 20.10.2009. A diferença de Karzaï seria de 15% em relação ao seu candidato mais próximo (47,3% e 32,6%), cf. *Afghan election fraud row mounts*. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/south_asia/8236450.stm>. Acesso em: 20.10.2009.

¹² Cf. *Presidente afegão questiona órgão que investiga fraude eleitoral*. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,presidente-afegao-questiona-orgao-que-investiga-fraude-eleitoral,449961,0.html>>. Acesso em: 20.10.2009.

¹³ Dentre os indícios que ensejaram a suspeita de fraude estavam a velocidade da apuração dos votos e o fato de a região de Mousavi ter dado vitória ao seu opositor, cf. *Sem provas de fraude, especialistas apontam indícios de manipulação no Irã*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u581869.shtml>>. Acesso em: 20.10.2009.

O resultado do pleito atribuiu a vitória ao já presidente, Mahmoud Ahmadinejad, por 63% dos votos contra 34% de seu principal opositor, Mir Hossein Mousavi. Cioso quanto à legitimidade da contagem de votos, Mousavi e os demais candidatos derrotados apresentaram queixas ao Conselho de Guardiães, instituição responsável por supervisionar e ratificar o processo eleitoral¹⁴. Embora esta instituição, em recontagem de votos, tenha identificado fraude em cerca de três milhões de votos (dentre as 39,2 milhões de cédulas eleitorais), confirmou o resultado, destacando que o número de votos fraudados não seria suficiente para alterar o resultado obtido nas urnas¹⁵, em razão da diferença de 11 milhões de votos entre Ahmadinejad e Mousavi". Como resultado ao processo eleitoral questionado, houve manifestações e repressões violentas.

Para além do Oriente Médio, o maquinário democrático, é dizer, o processo eleitoral e seu resultado, enfrenta as mesmas contestações e problemas, demonstrando a sua fragilidade global e não tópica.

Na América Latina, mais precisamente no *Equador*, as eleições de 2006 foram marcadas, igualmente, por denúncias de fraude. A rápida ascensão do candidato conservador, Álvaro Noboa, bem como a demora de mais de dois dias para se computar os votos suscitaram dúvidas, principalmente no então candidato de esquerda, Rafael Correa, quanto à ocorrência de fraude eleitoral¹⁶. Nas eleições de 2009, foi a vez deste último ser acusado por seu principal opositor, Lucio Gutierrez, de ter cometido fraude eleitoral no processo que resultou em sua reeleição¹⁷.

Ainda em 2006, mas na América do Norte, as eleições presidenciais do *México*, realizadas em 2 de julho, e vencidas pelo candidato conservador Felipe Calderon, foram objeto de contestações pelo candidato de esquerda, Andres Manuel Lopez Obrador, que restou vencido pela diferença de 0,57 pontos percentuais (35.88% v. 35.31%), menos de 244 mil votos. Dentre as diversas acusações levantadas, que envolviam inclusive o patrocínio governamental a Calderon¹⁸, estava a de que alguns distritos eleitorais haviam recebido um número maior de votos do que o registrado. Inobstante as suspeitas levantadas pelo candidato derrotado, a União Europeia destacou que seus observadores não encontraram nenhum indício de

¹⁴ Cf. *Ahmadinejad pede unidade depois de distúrbios que dividiram o Irã*. Disponível em: <em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u605243.shtml>>. Acesso em: 20.10.2009.

¹⁵ Cf. <<http://edition.cnn.com/2009/WORLD/meast/06/19/iran.timeline/index.html>>. Acesso em: 20.10.2009.

¹⁶ Cf. *Eleições no equador vão para o segundo turno*. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2006/10/061016_equador_chirinos_crg.shtml>. Acesso em: 20.10.2009.

¹⁷ Cf. *Ecuador's Correa claims re-election win*. Disponível em: <<http://edition.cnn.com/2009/WORLD/americas/04/26/ecuador.election>>. Acesso em: 20.09.2009.

¹⁸ Cf. *Fraud Video Claim in Mexico Poll*. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/5167420.stm>>. Acesso em: 20.09.2009.

irregularidade¹⁹. Posteriormente, o Tribunal Eleitoral Federal rejeitou a acusação de fraude²⁰. O processo de confirmação, contudo, foi turbulento, com intensas manifestações²¹, e o resultado final, na sociedade, foi o de um país politicamente dividido.

Ressalte-se que problemas eleitorais tampouco se restringiram a países com prévia tradição ditatorial ou caudilhista, como os países chamados periféricos na América latina.

Os próprios *Estados Unidos da América* enfrentaram sérias acusações de fraude eleitoral nas eleições de 2000, das quais resultou a vitória, amplamente questionada, de George W. Bush perante o seu opositor, Al Gore. Embora Al Gore tivesse obtido uma quantidade superior de votos populares (50.999.897 em face dos 50.456.002 votos de Bush), Bush obteve a maioria dos colégios eleitorais (271 contra 266 de Al Gore). Ressalte-se que, inobstante o caráter peculiar do sistema eleitoral presidencial norte-americano, no qual são os votos amealhados nos colégios eleitorais que importam para a eleição do Presidente e não o da população em si, a legitimidade da eleição de Bush não foi questionada em razão do número inferior de votos populares, mas em razão das dúvidas que cercaram a contagem de votos na Flórida, naquela época governada pelo seu irmão, Jeb Bush (1999-2007).

Em virtude da autonomia (aos estados-membros) concedida (*rectius*: reconhecida desde a origem federativa) pela Constituição dos EUA (art. II, §1, cláusula 2), o Estado da Flórida adota o sistema *winner-take-all*, sendo que neste modelo o candidato mais votado obtém a totalidade dos votos daquele colégio eleitoral (25 votos). Embora Bush tivesse obtido a maioria de votos (48,8%), a margem de diferença em face de Gore era de apenas 1.784 votos, que representavam menos de 0,5% do número total de votos. A legislação da Flórida, neste caso, impõe uma recontagem automática, que foi realizada. Ao fim da recontagem, a diferença de votos caiu para 327. Em pedido formulado por Gore, legalmente admitido, exigiu-se a recontagem manual de votos em quatro distritos, Volusia, Palm Beach, Broward e Miami-Dade, os quais, por determinação legal, teriam que entregar os resultados até 7 dias após a eleição (14 de novembro). Palm Beach, Broward e Miami-Dade não conseguiram cumprir com o prazo e a justificativa pelo atraso não foi aceita pela Secretária de Estado da Flórida. A Suprema Corte da Flórida determinou, primeiramente, a extensão do prazo, para 26 de novembro, e, posteriormente a

¹⁹ Cf. *Fraud Video Claim in Mexico Poll*. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/5167420.stm>>. Acesso em: 20.09.2009.

²⁰ Cf. *Mexico court rejects fraud claim*. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/5293796.stm>>. Acesso em: 21.09.2009.

²¹ Cf. *Mexico candidate claiming fraud*. Disponível em: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/07/09/AR2006070900217_pf.html>. Acesso em: 21.09.2009.

recontagem dos votos, com base no argumento de que os possíveis votos válidos existentes dentre os 9.000 votos não computados pelas máquinas poderiam alterar o resultado da eleição naquele estado. Ambas as decisões foram suspensas pela Suprema Corte dos EUA (*Bush v. Palm Beach* e *Bush v. Gore*), destacando a inconstitucionalidade do processo de recontagem de votos. Não houve qualquer decisão final dos tribunais a respeito da existência ou não de fraude eleitoral.

Diversos acadêmicos questionaram a legitimidade da decisão da Suprema Corte, dentre os quais Alan Dershowitz, o qual afirmou que a “decisão proferida no caso sobre a eleição da Flórida pode ser elencada como a mais corrupta decisão na história da Suprema Corte, porque é a única que eu tenho conhecimento em que a maioria dos juízes decidiu da forma como decidiram por conta de suas identidades pessoais e afiliações políticas quanto aos litigantes” (2001, p. 174), ou até mesmo doutrinadores estrangeiros, como Carlos Blanco de Moraes (2002, p. 319), que reputa a decisão no caso *Bush v. Gore*, como “um paradigma tão patológico como até humilhante”. Rotunda, por outra banda, afirmou que a decisão em apreço não foi, em certo sentido, surpreendente, porquanto acompanhou uma série de precedentes quanto à manipulação de resultados eleitorais (2003, p. 1).

3 CRISE DA LEGITIMAÇÃO ELEITORAL E CONTROLE DO PROCESSO ELEITORAL

Não se pode, peremptoriamente, afirmar que o processo eleitoral se encontra em crise apenas em razão das fraudes que o acometem. Em todos os casos analisados, houve liberdade na formação de candidaturas e grupos discordantes foram tratados como opositores políticos e não como inimigos de Estado. À sociedade foi atribuída a responsabilidade e o poder de escolher seus representantes.

Mas há outras variáveis, conforme visto, que podem infirmar a legitimidade eleitoral (como a atribuição de maior importância a outra dimensão da democracia ou as críticas à própria capacidade do eleitor, apenas para citar algumas hipóteses). Contudo, não há como negar que a existência recorrente de fraudes eleitorais desempenha um efetivo papel no processo de deslegitimação do processo eleitoral e de seu resultado, bem como de seu modelo democrático geral. Haveria, porém, formas de se combater este mal e, assim, reinserir dignidade ao maquinário democrático?

Nos países acima citados, as acusações de fraude foram apreciadas por órgãos de controle. No Afeganistão, a Comissão Eleitoral Independente do Afeganistão, composta por representantes internos e externos, ficou responsável por promover apreciar as denúncias de fraude. No Irã, houve a atuação do Conselho dos Guardiões. O resultado eleitoral no México foi cancelado pelo Tribunal Eleitoral

(tal como ocorre no Brasil, por meio da Justiça Eleitoral, órgão especializado do Poder Judiciário). Nos Estados Unidos, houve a atuação do Judiciário.

Contudo, invariavelmente, os resultados que estes órgãos alcançam não são suficientes para dissipar a névoa de dúvidas que cerca a legitimidade do candidato eleito. Pelo contrário. Argumenta-se que, uma vez compostas por pessoas vinculadas ao regime vencedor ou ao opositor vencido, o mesmo processo de verificação, levado a efeito pelos entes de fiscalização, poderá resultar maculado (vide o caso *Bush vs. Gore*). Mas não é só. Há um nítido choque entre aspectos de relevo político e social com elementos técnicos do processo judicial, elementos estes muitas vezes insuficientes para pacificar a sociedade. É preciso, nesses casos, que as instituições responsáveis pela certificação e controle eleitoral sejam reconhecidas, em suas decisões, pela sociedade, independentemente do resultado. Ainda assim é possível que a técnica utilizada seja constantemente questionada politicamente, ou utilizada para fins políticos, ou, ainda, deturpada politicamente.

Como consequência, outros mecanismos foram idealizados e aplicados. É o caso, por exemplo, da *votação de saída*, tradução literal do mecanismo *exit poll*, simulação eleitoral realizada por entidades independentes que abordam os eleitores, individualmente, após terem proferido os seus votos, com o propósito de verificar a semelhança entre o resultado oficial anunciado com aquele amealhado pela entidade. Verificações como esta foram realizadas nas eleições do México, em 1994 e 2000, Rússia e Sérvia.

No referendo realizado na Venezuela, em 2004, acerca do processo de *recall* do Presidente Hugo Chavez, uma *exit poll* foi realizada pela empresa Penn, Schoen & Berland, com o seguinte resultado: 59% dos eleitores seriam favoráveis ao *recall*, enquanto 41% seriam contrários. O resultado oficial foi o oposto: 58% dos votos pró Chavez e 42 contra Chavez. Em face desta discrepância, sugeriu-se a ocorrência de fraude eleitoral, por meio da manipulação das urnas eletrônicas²², não confirmada por observadores internacionais²³ e cuja contestação não foi levada adiante.

No mesmo ano, em eleições promovidas na *Ucrânia*, o resultado do pleito eleitoral, em segundo turno, sinalizou a vitória de Viktor Yanukovich, então Primeiro-Ministro e apoiado pelo governo, como vencedor do pleito à Presidência, contra Viktor Yushchenko. Assim como ocorrido na Venezuela, o resultado oficial

²² Cf. Exit Polls in Venezuela. Disponível em:

<http://www.usnews.com/usnews/opinion/baroneweb/mb_040820.htm>. Acesso em: 20.10.2009.

²³ Vide, como exemplo, o relatório da NORDEM - Norwegian Resource Bank for Democracy and Human Rights. Disponível em: <http://docs.google.com/gview?a=v&q=cache:rVP3-2S04xIJ:www.humanrights.uio.no/forskning/publikasjoner/nordem-rapport/2004/13.pdf+Venezuelan+election+fraud+2004+and+judicial+decision&hl=pt-BR&gl=br&sig=AFQjCNHJCh-IEPC0LtnDL3g9fRP_uLfemQ>. Acesso em: 21.09.2009.

divergia fortemente do resultado apurado pelo *exit poll*. Este apontava a vitória de Viktor Yushchenko por uma diferença de 11%. O resultado oficial atribuiu a vitória a Yanukovych por uma diferença de 3%²⁴. Como não poderia deixar de ocorrer, levantaram-se suspeitas de fraude eleitoral, seguida de intensa manifestação popular contra e a favor do presidente eleito. Embora a Comissão Eleitoral Central tenha confirmado a legitimidade do resultado, sob a suspeita de ter atuado ativamente no processo de fraude, a Suprema Corte da Ucrânia suspendeu o resultado²⁵ e, posteriormente, determinou novas eleições. Nestas, Yushchenko obteve 51.99% dos votos, e Yanukovych 44.20%. Neste caso, percebe-se que o *exit poll* serviu como importante instrumento de comparação/parâmetro para a verificação da legitimidade do resultado oficial. É certo, porém, que a atuação da Suprema Corte, ao contrário do que ocorreu na Venezuela, teve um papel essencial na reversão do resultado. Ressalte-se, porém, que a posse de Yushchenko não pacificou o país. Em 2006, após Yushchenko dissolver o parlamento, Yanukovych foi nomeado Primeiro-Ministro pelo próprio Yushchenko, em razão da dificuldade deste em obter maioria no Parlamento²⁶, em uma clara tentativa de formar um gabinete de coalização, tendo sido premiê por um breve período de 2006. Contudo, nas eleições presidenciais de 7 de fevereiro de 2010, concorreu novamente Yanukovych, agora tendo como principal opositora Yulia Tymoschenko, que era premiê desde 2007 e que após ter apoiado Yanukovych na “Revolução Laranja”, no pleito de 2004, havia rompido politicamente com este, para ser premiê na Presidência de Yushchenko. Yushchenko foi derrotado nessas eleições e Yanukovych finalmente assumiu o poder, em um pleito que foi considerado regular, e cuja vitória já havia sido preanunciada pelas pesquisas de boca-de-urna. Tymoschenko, contudo, durante o processo eleitoral, acusou Yanukovych de preparar novas fraudes. A Comissão Central de Eleições da Ucrânia não considerou a acusação da candidata derrotada em segundo turno, Yulia Tymoschenko, que, apesar da recomendação do Presidente eleito, recusava-se a deixar o cargo de Primeira-Ministra.

Pavol Demes, diretor do German Maschall Fund em Bratislava e supervisor do Programa do instituto para a Europa Central e do Leste, em entrevista concedida nas últimas eleições considerou que “Yushchenko fracassou como presidente, mas eu acho que a culpa também é do sistema político da Ucrânia. Todo mundo concorda que eles precisam de uma reforma constitucional. A divisão de poderes não é clara. E a relação entre poderes econômicos e políticos também é confusa.”²⁷

²⁴ Cf. “The orange revolution. Disponível em: <<http://www.time.com/time/europe/html/041206/story.html>>. Acesso em: 21.10.2009.

²⁵ Cf. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/4042979.stm>>. Acesso em: 21.10.2009.

²⁶ Cf. New bloc backs Ukraine president. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/6929336.stm>>. Acesso em: 21.10.2009.

²⁷ Folha de S.Paulo, 7 fev. 2010, Mundo, p. A20.

Em 2006, na Itália, a *exit poll* contribuiu para atribuir legitimidade às eleições presidenciais então ocorridas. A mesma instituição que atuou nas eleições de 2004, na Venezuela, PSB, foi contratada pelo então Primeiro-Ministro, Silvio Berlusconi, sob o argumento de que as pesquisas apresentadas favoreciam o grupo oposicionista de esquerda, encabeçado por Romano Prodi. Em pesquisas de *exit poll*, os resultados sinalizaram a vitória, apertada, de Prodi, confirmada pelo anúncio oficial (49,8% contra 49,7% de Berlusconi – uma diferença de apenas 25.000 votos dentre um total de 38 milhões)²⁸.

Nada obstante este fato, Berlusconi levantou dúvidas quanto à legitimidade do resultado obtido nas urnas²⁹. A questão chegou à Suprema Corte italiana, que reconheceu o resultado das eleições. Posteriormente, em documentário produzido por um jornalista investigativo e pelo editor do Diário, periódico de influência esquerdista, sugeria-se a realização de fraudes eleitorais pelo próprio derrotado³⁰.

Esse método de apreciação, porém, não é imune às mesmas críticas e aos mesmos vícios que podem ocorrer na própria votação. Questiona-se, assim, a imparcialidade dos auditores internacionais, como ocorreu, para se valer de um caso recente já referido anteriormente, no Afeganistão. Em 20.10.2009, cumpre também registrar, um dos membros “internos” do Comitê Eleitoral Independente renunciou, sob o argumento de que o organismo estava sob controle dos membros estrangeiros nomeados pela ONU³¹.

Um modelo de votação eletrônica, com um avançado sistema antifraude e um acompanhamento rigoroso dos próprios partidos políticos envolvidos, como ocorre no Brasil, constitui uma fórmula que procura, em especial, evitar a crise de deslegitimação eleitoral pós-eleições, decorrente de possibilidades de acusações de fraude por candidatos derrotados. A própria celeridade que esse modelo atinge na proclamação do resultado final é um fator relevante no contexto democrático.

²⁸ Cf. *Italian election too close to call*. Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/world/2006/apr/10/italy>>. Acesso em: 21.10.2009.

²⁹ Cf. *Berlusconi disputes Prodi election victory*. Disponível em: <<http://www.dailymail.co.uk/news/article-382615/Berlusconi-disputes-Prodi-election-victory.html>>. Acesso em: 21.10.2009. Vide, também, *Claims of fraud in italian election*. Disponível em: <<http://www.theaustralian.news.com.au/story/0,20867,20824976-2703,00.html>>. Acesso em: 21.10.2009.

³⁰ Cf. *Claims of fraud in italian election*. Disponível em: <<http://www.theaustralian.news.com.au/story/0,20867,20824976-2703,00.html>>. Acesso em: 21.10.2009.

³¹ Cf. *Juiz da comissão de investigação afegã sobre fraude eleitoral renuncia*, disponível em: <<http://veja.abril.com.br/agencias/afp/veja-afp/detail/2009-10-12-560940.shtml>>. Acesso em: 20.10.2009.

4 SEMELHANÇAS E DISTINÇÕES ENTRE OS CASOS APONTADOS: ALGUMAS CONCLUSÕES

Invariavelmente, a mera acusação de fraude eleitoral é suficiente para colocar em xeque a legitimidade dos eleitos, produzindo um cenário de ruptura institucional e, em casos extremos, como no Irã, de verdadeira insegurança.

Em meu mapeamento, mesmo países com forte tradição democrática, como Estados Unidos da América e Itália, estiveram envolvidos em firmes acusações de fraude. Isso revela que a suposta crise, se houver, não é típica das jovens democracias, não decorrendo de sua inexperiência no manuseio dos institutos e instrumentos de caráter democrático. Mas o mesmo problema ocorreu em países com um recente histórico democrático, como México (dominado pelo PRI). Assim também Equador, Venezuela e Ucrânia e Afeganistão, bem como naqueles em que a Religião desempenha papel essencial na gestão do poder, como é o caso do Irã.

Os motivos da recorrência dessa fraude eleitoral são incertos.

Em alguns países aqui citados, em especial Equador e Itália e, nas últimas eleições, na Ucrânia, as suspeitas de fraude foram levantadas sem que houvesse indícios claros de fraude. Talvez aqui se revele a faceta de tentativas desesperadas de alcançar o poder, com acusações vazias que não merecem ser respeitadas. Mas como distingui-las das acusações de conteúdo? No Equador, a demora no processo de contagem de votos e a ascensão inesperada do candidato opositor ensejaram as suspeitas levantadas pelo posteriormente eleito Rafael Correa, mas não houve qualquer procedimento posterior visando a confirmar a ocorrência da fraude.

Na Itália, mesmo com o reconhecimento das diversas projeções apontando uma vitória apertada do candidato de oposição, o partido no poder questionou a legitimidade do pleito, acusação esta afastada posteriormente pelo Judiciário.

Em síntese, a alegação de fraude, por vezes, parece fazer parte da retórica democrática de alguns partidos ou políticos, como uma nova – e recorrente – ferramenta de ataque ao opositor e ao resultado não desejado pelo seu acusador. Trata-se mais propriamente de um tema a ser contextualizado na liberdade de opinião e informação, e seus limites democráticos. Contudo, é preciso ponderar que também surge como o início de um processo de deslegitimação do partido vencedor, com vistas ao sucesso no pleito seguinte. Seu propósito pode ser sistematizado, em linhas gerais, como pretendendo: (i) deslegitimar o meu opositor; (ii) reconfortar o meu eleitor; (iii) suscitar dúvida no eleitor inseguro e incerto quanto ao seu posterior voto.

Há dúvidas igualmente presentes no processo de apuração e confirmação das fraudes. Em alguns países, alguns instrumentos serviram para “despertar” o

alerta quanto à ocorrência de fraudes ou equívocos no processo de contagem de votos. Na Venezuela, na Ucrânia (eleições de 2004) e nos Estados Unidos, por exemplo, os indícios surgiram após: (i) a constatação de uma ampla divergência entre os resultados obtidos por observadores externos (Venezuela e Ucrânia) e os resultados oficiais divulgados (no caso dos dois primeiros países) e; (ii) um processo de recontagem estabelecido por lei, em casos de pequena diferença de votos (Estados Unidos da América do Norte).

Semelhantemente aos casos acima, no Afeganistão, o questionamento à legitimidade do resultado eleitoral foi levantado principalmente por observadores estrangeiros, enviados para analisar e fiscalizar o processo eleitoral.

Já em outros países analisados, a suspeita foi engatilhada não por um instrumento formal de apuração, mas sim, em grande parte, pela desconfiança mútua que os competidores nutriam entre si (não que este elemento não estivesse presente nos demais casos). No Irã, por exemplo, o fato de o resultado das urnas da região da qual era proveniente o opositor, Mir Hossein Mousavi, não ter produzido um resultado – naturalmente – favorável, alimentou as incertezas quanto à legitimidade da eleição.

Em síntese, as expectativas quanto ao número de votos que cada candidato espera receber servem como um parâmetro – precário, é certo – de controle da legitimidade das eleições.

Outros elementos podem ser agregados a esta expectativa, auxiliando na formação do juízo de uma suposta fraude. Tem-se, por exemplo, a posição do eleito. É ele o candidato do Governo ou da Oposição?

Esta variável estava presente na denúncia de fraude apresentada por Obrador no México. Calderón era candidato do então Presidente Fox, que já havia sido acusado de manipular a máquina estatal em favor de seu candidato.

Por fim, interessante notar que na maioria dos casos houve a atuação de um suposto órgão de controle e que o Judiciário deve ser o receptáculo natural desse tipo de análise nas sociedades ocidentais.

Com vistas a sistematizar alguns pontos comuns e divergentes entre os casos mencionados, segue, abaixo, uma tabela comparativa.

País	Indícios de Fraude/Origem	Beneficiado	Controle/Como	Confirmação da Fraude/Resultado
Afeganistão	Sim/ Observadores internacionais.	Candidato do Governo.	Sim. Comissão Eleitoral Independente do Afeganistão.	1,3 milhão de votos fraudados/ Ocorrência de segundo turno.
Irã	Sim/Oposição.	Candidato do Governo.	Sim. Conselho dos Guardiões.	3 milhões de votos fraudados/ Manutenção do resultado.

País	Indícios de Fraude/Origem	Beneficiado	Controle/Como	Confirmação da Fraude/Resultado
Equador	Sim/Oposição.	Governo deposto.	—	Sem processo de verificação/ Acusador ganhou a eleição em segundo turno.
México	Sim/Oposição.	Candidato do Governo.	Sim. Poder Judiciário.	Sem confirmação/ recontagem parcial dos votos e manutenção do resultado.
Venezuela	Sim/Observadores externos (<i>exit poll</i>) + oposição.	Candidato do Governo.	—	Não houve processo formal/ Manutenção do Resultado.
Ucrânia (2004)	Sim/Observadores externos (<i>exit poll</i>) + oposição.	Candidato do Governo.	Sim. Comissão Eleitoral Central + Poder Judiciário.	Reconhecimento da fraude pelo Poder Judiciário/Ocorrência de 2º turno.
Itália	Sim/Vencido.	Candidato da oposição.	Sim. Poder Judiciário.	Não se reconheceu existência de fraude/ Manutenção do resultado.
EUA	Sim (erros na contagem de voto)/ Vencido.	Candidato da Oposição (Porém, o Estado da Flórida era governado pelo irmão e membro do Partido do beneficiado.	Sim. Poder Judiciário (Estadual e Federal).	Embora a Justiça Estadual tenha determinado a recontagem dos votos, a Justiça Federal determinou sua inconstitucionalidade/ Manutenção do Resultado.

Para encerrar, cumpre registrar que a higidez do processo eleitoral é essencial para a manutenção da legitimidade do Governo eleito. Os métodos ou ferramentas necessários para assegurar a “perfeição” deste processo, contudo, não deixam de enfrentar suas próprias críticas e estão a merecer uma maior atenção e cuidado.

Nada impede que o controlador esteja sujeito à mesma parcialidade que acometeu o processo eleitoral questionado. O Conselho dos Guardiões, a Comissão Eleitoral Independente do Afeganistão e a Suprema Corte dos EUA, por exemplo, foram alvos de fortes críticas e questionamentos quanto à sua imparcialidade na apuração da fraude.

Mas talvez seja impossível e irreal almejar um processo perfeito, hermeticamente fechado e imune a contestações. Primeiro, porquanto um processo que envolve milhões de pessoas, regiões inacessíveis e inóspitas, dificilmente estará imune a equívocos e erros que não necessariamente podem ser fruto de dolo de uma parte em prejudicar a outra. Como, então, diferenciar o erro da fraude?

Em segundo, o próprio processo eleitoral controverso pode ser fruto da dinâmica social de um país. Nenhum dos países aqui agrupados apresenta plena coesão social e dificilmente um país democrático pode ser considerado socialmente uniforme, principalmente quando passa por um processo eleitoral. Nas sociedades hipercomplexas da atualidade, a disparidade entre posições ideologicamente aceitáveis e compostas politicamente tende, ao final das eleições, não a regredir, mas a se acentuar. A polarização entre Democratas e Republicanos e a divergência de manifestações acima apresentada bem demonstra o maremoto político que acomete os Estados Unidos da América e que certamente influencia a maneira como

o seu processo eleitoral é perseguido e como o seu resultado final é absorvido (ou não) pela mesma sociedade.

Na Ucrânia, por exemplo, superado o problema da fraude de 2004 e empossado o Governo de Direito, por assim dizer, houve, num curto espaço de dois anos, duas novas eleições no Parlamento, sendo que em uma delas, o próprio fraudador foi nomeado Primeiro-Ministro pelo então prejudicado Yushchenko, embora por um curto período, para em seguida retornar como Presidente eleito.

Se é correto assumir que a fraude no processo eleitoral produz instabilidade social e uma insegurança já no ponto inicial de construção do Governo a ser respeitado, não menos acertada é a conclusão de que a fraude eleitoral surge em circunstâncias já instáveis, de fragmentação do poder, sendo difícil diferenciar a causa da consequência.

Talvez não seja o caso de concluir por uma crise da legitimação eleitoral, mas sim de aceitar tais solavancos como variáveis normais da Democracia nas sociedades atuais. Afinal, não é a maneira de administrar o Poder que é polêmica, mas sim o seu próprio objeto, o poder.

REFERÊNCIAS

DERSHOWITZ, Alan. *Supreme injustice: how the High Court Hijacked Election 2000*. 2001.

FREEMAN, Samuel. Democracia e controle jurídico da constitucionalidade. *Lua Nova*, n. 32, São Paulo: CEDEC, 1994.

GUTMANN, Amy. The disharmony of democracy. In: CHAPMAN, John W; SHAPIRO, Ian (Ed.). *Democratic community*, nomos XXXV. Nova Yorke: New York University Press, 1993.

MANSBRIDGE, Janeth. Feminism and democratic community. In: CHAPMAN, John W; SHAPIRO, Ian (Ed.). *Democratic community*, nomos XXXV. Nova Yorke: New York University Press, 1993.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002. T. 1.

OTERO, Paulo. *A democracia totalitarian: do estado totalitário à sociedade totalitária*. Cascais: Principia, 2001.

ROTUNDA, Ronald. D. Yet another article on Bush v. Gore. *Ohio State Law Journal*, v. 64, 2003. Disponível em: <<http://moritzlaw.osu.edu/lawjournal/issues/volume64/numbr1/rotunda.pdf>>.

RUTHERFORD, Bruce. Can an Islamic Group Aid Democratization? In: CHAPMAN, John W; SHAPIRO, Ian (Ed.). *Democratic community*, nomos XXXV. Nova Yorke: New York University Press, 1993.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, socialism and democracy*. Nova Deli: Surjeet Publications, 2006.

STONE, Geoffrey R. *Equal Protection? The Supreme Court's decision in Bush v. Gore*. Disponível em: <<http://fathom.lib.uchicago.edu1/777777122240>>. Acesso em: 20 out. 2009.

TAVARES, André Ramos. Democracia e exercício do poder: apontamentos sobre a participação política. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo: Método, v. 3, jan./jun. 2004.

_____. Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, São Paulo: Fórum, v. 1, jan./mar. 2007.

PROPAGANDA ELEITORAL E SUA INCIDÊNCIA

WALBER DE MOURA AGRA¹

CARLOS MARIO DA SILVA VELLOSO²

Discorre sobre a aplicação da legislação na propaganda eleitoral na imprensa escrita, no rádio, na televisão e na internet. Apresenta a classificação da propaganda política nas modalidades de propaganda eleitoral, partidária e institucional, estabelecendo as diferenças conceituais e práticas das propagandas eleitoral e partidária. Informa que a primeira se realiza em momentos pré-eleitorais, com intenção da conquista de votos nos pleitos, e a segunda é permanente e busca continuamente divulgar ideias da agremiação para cooptar militantes e simpatizantes. A propaganda institucional é a publicidade de atos, obras, campanhas, serviços de órgãos públicos, com finalidade educativa, informativa ou de orientação social. Ressalta que a legislação eleitoral regulamenta detalhadamente a propaganda eleitoral para que seja realizada de maneira paritária pelos candidatos, na tentativa de evitar o abuso do poder econômico.

Palavras-chave: Propaganda eleitoral; imprensa escrita; rádio; televisão; internet.

1 PROPAGANDA POLÍTICA E SUA CLASSIFICAÇÃO

Utilizando-se de metáfora usada por Terence Shimp, pode-se dizer que a propaganda é um conjunto de atividades com o objetivo de transferência de valores entre um partido político ou candidato e seus eleitores. A propaganda política difere dos demais tipos de propaganda, como, por exemplo, da mercadológica – voltada para o consumo – porque tem finalidade diversa, consistente no objetivo de interferir nas decisões tomadas pela organização política institucionalizada, atinge todas as classes sociais, independentemente de nível cultural ou econômico, encontra-se minudentemente regulamentada por legislação específica e é veiculada com gratuidade pelo rádio e pela televisão. Ela se subdivide em propaganda eleitoral, partidária e institucional.

A propaganda eleitoral difere da propaganda partidária, que possui o objetivo de explicar as ideias das agremiações e procurar adesões a seus pontos de vista ideológicos. Ambas são espécies do gênero propaganda política, a qual

¹ Mestre pela UFPE. Doutor pela UFPE/Università degli Studi di Firenze. Pós-Doutor pela Université Montesquieu Bordeaux IV. Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais (IBEC). Professor universitário da Universidade Católica de Pernambuco. Procurador do Estado de Pernambuco.

² Ministro aposentado. Foi presidente do Supremo Tribunal Federal (1999-2001) e do Tribunal Superior Eleitoral (1994-1996 e 2005-2006). Professor emérito da UnB e da PUC Minas. Advogado.

abrange períodos eleitorais e períodos não eleitorais, consistindo em todas as manifestações em que os cidadãos expõem seus pontos de vista acerca do manuseio da coisa pública.

Enquanto a primeira se realiza em momentos pré-eleitorais, com vistas a conquistar o maior número possível de votos nos pleitos, a segunda tem constância permanente, buscando de forma contínua divulgar as ideias da agremiação para cooptar mais militantes e simpatizantes. São regulamentadas também por instrumentos normativos diversos: a primeira encontra disposição na Lei nº 9.504/97 (Lei Eleitoral) e a segunda se alicerça na Lei nº 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos).

Além dessas duas espécies mencionadas, existe a propaganda institucional, também pertencente ao gênero propaganda política, que é a publicidade de atos, obras, campanhas, serviços de órgãos públicos, cuja finalidade deve ter caráter educativo, informativo ou de orientação social.³

A propaganda eleitoral é a realizada pelos candidatos para que possam ganhar as eleições. De acordo com as lições do Professor Pinto Ferreira, ela se configura como uma técnica de argumentação e apresentação ao público, organizada e estruturada de tal forma a induzir conclusões ou pontos de vista favoráveis a seus anunciantes. Defluindo de uma liberdade fundamental, livre expressão de pensamento, ultrapassa o sentido exclusivo de mecanismo de captação de votos pelo candidato, constituindo-se componente de grande utilidade no processo eleitoral para propiciar a dialética no pleito disputado, o que permite aos eleitores, diante do antagonismo de propostas, verificar qual a mais factível com seus interesses.

Como representa uma ferramenta poderosíssima para garantir a adesão dos cidadãos, podendo mesmo fazer com que acontecimentos falsos assumam a veste de verdadeiros, a legislação eleitoral optou por regulá-la em suas minudências, de modo que possa ser realizada de maneira paritária a todos os candidatos, na tentativa de evitar o abuso do poder econômico.

Essa tarefa configura-se um tanto complexa pela dificuldade de se definir precisamente o conceito de propaganda eleitoral. Djalma Pinto afirma que seu conceito deve compreender todo o mecanismo de divulgação de um candidato destinado a convencer o eleitor a sufragar seu nome no dia da votação, podendo ser feita pelo candidato ou pelo partido. Ajuda a delimitar seu conceito o critério

³ "Agravo regimental. Recurso especial eleitoral. Propaganda institucional. Chefe do Poder Executivo. Conduta vedada. Caracterização. 1. Deve ser comprovada a autorização ou prévio conhecimento da veiculação de propaganda institucional, não podendo ser presumida a responsabilidade do agente público (AI nº 10.280/SP, rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJE de 14.9.2009, e REspe nº 25.614/SP, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 12.9.2006). Contudo, não há se falar em presunção no caso em debate." TSE, AgR-REspe nº 36.251, rel. Min. Félix Fischer, DJE 10.3. 2010.

temporal, já que antecede a períodos não eleitorais, e o critério teleológico, pois ambiciona conquistar o voto dos eleitores para o candidato que a veicula. Por meio do conteúdo da propaganda eleitoral, os participantes do pleito buscam conquistar o apoio dos cidadãos, tentando convencê-los de que as propostas defendidas são as melhores para a sociedade, utilizando-se muitas vezes de argumentos capciosos.

Ela pode ser direta, quando expressamente menciona a finalidade eleitoral, inclusive designando o cargo pleiteado; ou dissimulada, quando não há menção clara à disputa eleitoral, mas faz-se apologia às qualidades do pretense candidato. Ressalve-se que a jurisprudência dominante entende que a mera divulgação do nome do cidadão com o trabalho por ele realizado em prol de determinado setor da sociedade, sem nenhum tipo de referência a candidatura ou eleições, não caracteriza propaganda eleitoral antecipada nem torna passível a aplicação de multa.

2 PROPAGANDA ELEITORAL

A permissão para sua realização começa a partir do dia 6 de julho do ano da eleição, cinco dias depois da data-limite para a realização das convenções, que é o dia 30 de junho. Qualquer tipo de propaganda eleitoral realizada antes é ilícita, à exceção daquela denominada intrapartidária.

Convenção é o procedimento regido pelo estatuto de cada agremiação para decidir quais candidatos disputarão o pleito eleitoral. Depois de serem ungidos por essa decisão, providencia-se a solicitação do registro eleitoral. Quando o nome não é consensual, a escolha é decidida pelo voto dos convencionais, razão pela qual permitiu a legislação a realização de propaganda intrapartidária. A Justiça Eleitoral entende que ela é permitida para cooptar apoio dos convencionais a determinados candidatos, restringindo-se sua abrangência pela especificação do eleitorado almejado.

Dessa forma, a Lei Eleitoral permite ao postulante a candidato, na quinzena anterior à escolha partidária, a utilização de propaganda interna a seus correligionários com a finalidade da indicação de seu nome na convenção (art. 36, § 1º, da Lei nº 9.504/97). Entretanto, veda-se a utilização de rádio, televisão ou *outdoor* porque sua abrangência se limita aos convencionais, cidadãos que votam nos pleitos partidários, e também porque a utilização de rádio, televisão e *outdoor* desequilibra o resultado da escolha partidária em prol daqueles que têm maior poder econômico.

Propaganda intrapartidária é uma espécie de propaganda eleitoral, diferenciando-se em virtude de seu alcance reduzido. Ela se destina apenas aos cidadãos que vão participar da convenção, os convencionais, na tentativa de cooptar votos para os candidatos que desejam ser aclamados pela escolha partidária. Permite-se o envio de mensagens aos convencionais e a fixação de cartazes e faixas

perto do local de votação; por outro lado, impede-se a utilização de rádio, televisão e *outdoors* (art. 1º, § 1º, da Resolução nº 22.261/2006).

Devido à propaganda eleitoral, no segundo semestre do ano do pleito não se veicula propaganda partidária gratuita, nem se permite qualquer tipo de propaganda política paga no rádio e na televisão. Caso haja descumprimento dessas proibições, o responsável pela divulgação e seu beneficiário, quando comprovado seu prévio conhecimento, sujeitar-se-á à pesada multa ou ao equivalente ao custo da propaganda, se for maior (art. 36 da LE). Frise-se que o beneficiário tem que ter conhecimento da publicidade, sendo requisito inafastável sua comprovação, sob pena de não se configurar qualquer tipo de ilícito.

Toda publicidade política realizada após o dia 5 de julho do ano da eleição é considerada como legal, devendo, entretanto, atender aos requisitos expostos normativamente. No caso de propaganda de candidatos a cargos majoritários, deverão constar, também, o nome dos candidatos a vice ou a suplentes de senador, de modo claro e legível, em tamanho não inferior a 10% do nome do candidato a titular (art. 36, § 4º, da Lei nº 9.504/97). O não cumprimento dessa obrigação, também sujeita os responsáveis ou seu beneficiário, quando comprovado seu conhecimento, a multa no valor de R\$5.000,00 a R\$25.000,00, ou ao equivalente ao custo da propaganda, se este for maior.

Como não se dava ênfase nas propagandas eleitorais à exposição dos nomes dos vices e suplentes de senador, emergiu essa nova regra, visando a possibilitar ao eleitor saber em quem está votando para, eventualmente, ocupar o mandato político. A principal razão para essa disposição reside nos cargos de suplentes de Senador, que assumem frequentemente o mandato, sem que o eleitor saiba, na hora da eleição, quem são esses cidadãos, ensejando que pessoas sem nenhuma densidade intelectual e moral possam concorrer a esses cargos.

Em bens particulares, independentemente de obtenção de licença municipal e de autorização da Justiça Eleitoral, é autorizada a veiculação de propaganda eleitoral por meio da fixação de faixas, placas, cartazes, pinturas ou inscrições, conquanto não excedam ao tamanho de 4m² e que não contrariem a legislação eleitoral, sujeitando-se o infrator às penalidades previstas de multa e de restauração do bem (art. 37, § 2º, da Lei nº 9.504/97).⁴

⁴ "Localização. Via pública. Não caracterização. Propaganda em bem público. Ausência de prequestionamento do art. 37, § 1º, da Lei nº 9.504/97. Dissídio jurisprudencial não configurado. Reiteração de argumentos já apresentados. Agravo desprovido. I – Os agravantes não aportaram aos autos qualquer fato capaz de afastar os fundamentos da decisão agravada. II – O fato de o aparato do *outdoor* estar localizado em via pública não o caracteriza como bem público, por se tratar essencialmente de bem de natureza particular." TSE, AgR-REspe nº 35.414, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 16.3.2010.

Mantendo a desnecessidade de licença municipal e de autorização da Justiça Eleitoral, a inovação trazida pelo regramento eleitoral foi a de determinar, legalmente, uma medida máxima específica que deverá ser respeitada pelas propagandas em bens particulares: 4m². A *mens legis* dessa limitação foi evitar a poluição visual, fenômeno mais acentuado em anos eleitorais, que maculam a beleza estética das cidades, além de tirar a atenção dos motoristas. É de se salientar que, caso haja a realização de propaganda irregular em bens particulares, por exceder ao limite máximo permitido, a mera retirada delas não tem o condão de alijar a aplicação da sanção de multa.

Para a averiguação da obediência ao limite de 4m², a propaganda deve ser considerada como um todo, e não isoladamente. Assim, mesmo sendo formada por uma concatenação de diversas propagandas menores, a propaganda total não pode exceder ao limite legal. É o caso, por exemplo, de *outdoors*, formado pela junção de várias publicidades menores. Nesse caso, o que deve ser considerado é o tamanho total daquele, em virtude de seu efeito visual único. Atente-se que essa mensuração da propaganda eleitoral deve ser feita exclusivamente na primeira instância, pois sua comprovação em segunda instância se mostra impossível, em razão da Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal.

Ainda com relação à propaganda em bens particulares, restou estabelecido que ela deve ser espontânea e gratuita, sendo vedado qualquer tipo de pagamento e troca de espaço para essa finalidade (art. 37, § 8º, da Lei nº 9.504/97). A teleologia desta norma é a de se evitar o comércio de propagandas em bens particulares, propiciando aos candidatos com menor poder econômico igual possibilidade de veiculação de publicidade, bem como o fortalecimento do exercício substancial da cidadania e, por conseguinte, da própria democracia.

No caso de propaganda eleitoral em imóvel particular locado, surgindo conflito entre opções políticas do locador e do locatário, deverá ser garantida a preferência deste último, por estar ele na posse do bem. A legislação veda a possibilidade de qualquer tipo de publicidade em bens de uso comum e naqueles a que a população em geral tem acesso, tais como cinemas, clubes, lojas, centros comerciais, templos, ginásios, estádios, ainda que de propriedade privada (art. 37, § 4º, da Lei nº 9.504/97). Qualquer tipo de propaganda eleitoral, não importando a forma ou intensidade como ela é veiculada, nesses bens, é expressamente proibida.

Os bens públicos são divididos em três espécies: bens de uso comum, destinados à população em geral, como rios e mares; bens de uso especial, aqueles que possuem uma finalidade específica, como os hospitais; e os bens dominicais, de propriedade das pessoas de direito público interno (art. 99 do Código Civil de 2002).

A redação posta atualmente, afastando-se da sistemática civilística, descurou-se, assim, de abranger os bens de uso especial e os dominicais, que, juntamente com os comuns, são também classificados de bens públicos. Desse modo, para que não se chegue a consequências práticas esdrúxulas de, por exemplo, não se autorizar publicidade política em uma praça, mas a permitir em um hospital, deve-se dar à expressão “bens de uso comum” o significado de bens de uso público, abrangendo todos os imóveis e móveis utilizados pelo poder público.

Faz-se necessário ressaltar que essa vedação também se aplica aos bens particulares, cujo uso ou exploração dependa de cessão ou permissão do Poder Público. Então, todas as empresas concessionárias ou permissionárias, como empresas de ônibus ou faculdades privadas, estão impedidas de veicular propaganda eleitoral. Até mesmo em estabelecimentos comerciais, incluindo seus estacionamentos, ainda que pagos, que são propriedades privadas de acesso público, é vedado promover qualquer tipo de propaganda eleitoral.

Consubstanciando essa extensão, registre-se o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral no sentido de que também se considera vedada a veiculação de propaganda eleitoral em táxis, que, mesmo sendo bens particulares, prestam serviço público por meio de concessão do poder público.

Inovação importante foi a extensão dessa vedação aos locais onde a população tem acesso de forma coletiva, como cinemas, estádios, clubes, hospitais particulares, igrejas, dentre vários outros exemplos.⁵ Nesse sentido, o TSE fixou entendimento de que bem de uso comum, para fins eleitorais, compreende também os privados abertos ao público. Alberto Rollo fala que a finalidade da extensão do conceito de bens públicos para os privados, cujo acesso seja destinado à população em geral, é evitar que o eleitor seja surpreendido por propagandas em locais nos quais não está acostumando a recebê-las: estudando, divertindo-se, buscando atendimento médico etc.

⁵ “Cuida-se de recurso especial interposto pela Coligação Melhor para São Bernardo contra o v. acórdão proferido pelo Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, assim ementado: Recurso eleitoral. Propaganda eleitoral em bem de uso comum - Mantida a decisão de ilegitimidade passiva de um dos representados porquanto não se tratava de candidato a cargo político ou responsável pela organização do evento. Manifestação político-partidária em auditório de universidade. Local fechado, de acesso restrito aos convidados para o evento. Não caracterizada a utilização de bem de uso comum para fins de propaganda eleitoral - Inteligência do art. 13 da Resolução-TSE nº 22.718/2008. [...] considero que o art. 37, *caput*, da Lei nº 9.504/97 não foi violado pois, conforme se extrai do acórdão recorrido, o evento – o qual, registre-se, sequer foi descrito na base fática do acórdão, não foi realizado em bem de uso comum, “a que a população em geral tem acesso” (fl. 180). Conforme se extrai do v. acórdão: “o evento foi realizado nas dependências de uma universidade, porém, em um auditório específico, previamente alugado pelo partido político (fls. 45-46), local cujo acesso era restrito a convidados (fl. 47).” TSE, REspe nº 35.551/SP, rel. Min. Félix Fischer, DJE 26.2.2010.

Nas árvores e nos jardins localizados em áreas públicas, bem como em muros, cercas e tapumes divisórios, não é permitida a colocação de propaganda eleitoral de qualquer natureza, mesmo que não lhes cause dano (art. 37, § 5º, da Lei nº 9.504/97). Esta regra vem a explicitar mais ainda a vedação sobre a publicidade em locais públicos, especificamente em árvores e jardins.

É permitida a colocação de cavaletes, bonecos, cartazes, mesas para distribuição de material de campanha e bandeiras ao longo das vias públicas, desde que móveis e que não dificultem o bom andamento do trânsito de pessoas e veículos (art. 37, § 6º, da Lei nº 9.504/97). A colocação desses objetos só é possível de ser realizada se eles forem móveis e, ainda, não obstarem o trânsito normal de veículos e pessoas.

Para que não surja dúvida sobre a utilização desses objetos, a própria legislação eleitoral determina o que se entende por móvel: objetos cuja colocação e retirada se dê entre as seis e as vinte e duas horas (art. 37, § 7º, da Lei nº 9.504/97). Assim, não basta a simples aplicação do conceito de bem móvel para que a propaganda seja considerada móvel. É necessário que a propaganda seja removível dentro do interregno das seis às vinte e duas horas.

A pena de multa inerente à propaganda eleitoral irregular, quando essa tiver mais de um responsável, deve ser aplicada de forma solidária, abrangendo seus autores ou beneficiários, e não de forma individual, já que dessa forma poderia ser criada um *bis in idem*, possibilitando uma dupla punição pelo mesmo fato. Considerar a multa à publicidade extemporânea através da incidência individual exacerbaria a sanção imposta, sem se ater aos parâmetros de justiça, relegando sua função educativa.

É de se salientar que, nessa hipótese, deve restar demonstrado o prévio conhecimento do beneficiário da propaganda, para que ele não seja atacado através de meras presunções. Assim era a inteligência da Súmula nº 17 do TSE, já revogada: "Não é admissível a presunção de que o candidato, por ser beneficiário da propaganda eleitoral irregular, tenha prévio conhecimento de sua veiculação."

A propaganda eleitoral extemporânea, realizada fora de seu prazo específico, ou seja, antes do dia 5 de julho, sujeita quem a realizar e o seu beneficiário, quando comprovado seu prévio conhecimento, à multa no valor de R\$5.000,00 a R\$25.000,00, ou ao equivalente ao custo da propaganda, se este for maior (art. 36, § 3º, da Lei nº 9.504/97). Com a nova legislação eleitoral, o valor da multa deixou de ser aferido em UFIR para uma quantia ajustada diretamente à moeda corrente, variável de R\$5.000,00 a R\$25.000,00, se o valor da própria propaganda extemporânea não for maior que ela.

Não se deve confundir propaganda extemporânea com propaganda intrapartidária. Esta última é realizada dentro do âmbito partidário por seus filiados com o intento de convencer os demais correligionários a escolher determinados pré-candidatos para a disputa dos cargos eletivos. A propaganda intrapartidária não poderá ser dirigida para o público em geral, deve ser restrita aos integrantes dos partidos. Caso ocorra esta exteriorização, estar-se-á caracterizada a propaganda extemporânea. Muito embora, o TSE tolera a propaganda realizada fora dos limites do local da realização da convenção partidária.

A propaganda eleitoral antecipada, além de criar desigualdades entre os candidatos, viola regras de arrecadação e aplicação de recursos nas campanhas eleitorais e pode camuflar o abuso do poder econômico e político.⁶

O Tribunal Superior Eleitoral entende que ocorre propaganda antecipada quando ela levar ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, a ação política ou as razões que levem a inferir que o beneficiário seja o mais apto para a função pública. Mas, antes das convenções, principalmente quando houver disputa, configura-se necessário permitir a captação lícita dos votos dos filiados. Assim, dirimindo eventuais dúvidas sobre quais condutas poderiam ser consideradas propaganda eleitoral antecipada, determinou-se aquelas que não teriam essa caracterização, adotando um critério de exclusão. Desse modo, não será considerada propaganda eleitoral antecipada:

a) a participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, conquanto não haja pedido de votos, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico aos pré-candidatos. Nesta situação a tipificação da propaganda antecipada consiste na caracterização de seu elemento fático: o pedido de voto por parte do pré-candidato. O legislador não objetivou impedir o acesso aos meios de comunicação por parte dos filiados ou dos pré-candidatos e, sim, que eles utilizem tais ações com o escopo de angariar, expressamente, votos;

⁶ "Agravo regimental. Recurso especial. Propaganda eleitoral antecipada. Não configuração. Desprovimento. 1. A referência à redução da jornada de trabalho sem redução do salário como instrumento gerador de emprego e de qualidade de vida, longe de se referir à ação política de determinado candidato, revela verdadeiro posicionamento do partido em relação a temas político-comunitários, conduta legítima nos termos da jurisprudência do e. TSE (RP nº 869/DF, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 11.4.2007; ARP nº 917, rel. Min. Ari Pargendler, publicado em sessão de 6.9.2006). 2. Ao contrário do que afirma o agravante, não houve menção a pleito futuro, cargo eletivo pretendido, ação política a se desenvolver ou exposição de motivos pelos quais os beneficiários da propaganda sejam considerados os mais aptos ao exercício de função pública, logo, descabe sustentar a ocorrência de propaganda eleitoral dissimulada." TSE, AgR-REspe nº 35.025, rel. Min. Félix Fischer, DJE 24.3.2010.

b) a realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado, a expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, planos de governos ou alianças partidárias visando às eleições. Não se caracteriza como propaganda extratemporânea as reuniões partidárias que tenham como objetivo o desenvolvimento de programas eleitorais. Esses encontros não têm como fim, de forma imediata, o pedido explícito de votos, sua finalidade é o desenvolvimento de projetos políticos que serão realizados posteriormente, com a ascensão ao poder. Caso ocorra a exteriorização explícita do pedido de votos, estar-se-á caracterizada a propaganda ilícita;

c) a realização de prévias partidárias e sua divulgação pelos instrumentos de comunicação intrapartidária;

d) a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se mencione a possível candidatura, ou se faça pedido de votos ou de apoio eleitoral (art. 36-A, I, II, III, e IV, da Lei nº 9.504/97).

Nesta hipótese, o que se proíbe é o pedido expresso de votos e não a divulgação das atividades parlamentares. Proibir essa divulgação seria impedir a comunicação entre os parlamentares e seus eleitores e, conseqüentemente, coibir o julgamento de suas atuações. Fora dessas modalidades, a publicidade que atingir o eleitorado, levando-o a crer na existência de um efetivo pedido de voto, configura-se como propaganda antecipada, devendo sofrer as sanções legais.

Considera-se também propaganda ilícita a propaganda antecipada que visa macular a imagem política de outro pretendo candidato à reeleição, divulgando atos pejorativos quanto a sua imagem; da mesma forma, é irregular a propaganda eleitoral intempestiva, que visa buscar apoio e sentimento de compaixão junto ao eleitorado, através de meios de comunicação.

De toda sorte, a propaganda eleitoral antecipada não só ocorre de modo direto, no qual há uma clarividente veiculação de publicidade voltada a obter votos para candidatos ou apoio para partidos políticos. Esse tipo de propaganda também pode acontecer através de mensagens subliminares, mediante um pedido implícito de voto, camuflado em outra roupagem propagandística. Para se aferir se uma publicidade realmente encerra características de propaganda eleitoral indireta, não se deve reduzir à análise apenas de seu texto ou de suas imagens. É preciso que se atente para o contexto em que está inserida, bem como os demais elementos por ela aventados.

A utilização de página pessoal dos candidatos na Internet não caracteriza propaganda extemporânea, quando eles a utilizam para mostrar suas atividades e sua biografia. É caracterizada como propaganda irregular quando, veiculada antes do período eleitoral, contenha pedido de votos e indicação do cargo almejado. A

divulgação de atividade parlamentar em sítio da Internet, nos três meses anteriores ao pleito, não caracteriza, por si só, propaganda irregular.

De maneira semelhante à propaganda direta, a indireta que seja realizada antes do prazo legal será considerada ilícita, sujeitando, portanto, os seus responsáveis às mesmas sanções aplicadas àquela.⁷

Na prática, abriu-se, então, amplo espaço para que os candidatos a candidatos realizassem movimentações políticas a fim de atrair adesão a suas eventuais candidaturas, bem como levar ao conhecimento do eleitorado o nome daqueles que pretendem disputar a eleição. Muitas têm sido as decisões, em todo o Brasil, que definem como propaganda extemporânea a utilização de *outdoors*, antes do dia 5 de julho, com o nome de futuros candidatos – saliente-se que na época eleitoral é proibida a propaganda política em *outdoors*. Resta cada vez mais ultrapassada a jurisprudência que considerava essa veiculação como “promoção pessoal”, principalmente quando elas aparecem em anos eleitorais.

De outra banda, a propaganda exercida nos termos da legislação eleitoral não poderá ser objeto de multa nem cerceada, sob alegação do exercício do poder de polícia ou de violação de norma municipal (art. 41, *caput*, da Lei nº 9.504/97). Atente-se que a garantia serve somente à propaganda política realizada dentro dos marcos legais, não protegendo aquela que afronta o arcabouço normativo. Caso haja qualquer tipo de cerceamento ao direito de publicidade, o ofendido, valendo-se da prerrogativa constitucional da universalidade de jurisdição, poderá peticionar ao Poder Judiciário para que o seu direito seja garantido.

O TSE, por meio da Instrução nº 131, da Resolução nº 23.191, de 11.1.2010, estabeleceu parâmetro geral para veiculação de propaganda política: qualquer que seja a sua forma ou modalidade, ela deverá mencionar sempre a legenda partidária e só poderá ser feita em língua nacional, não devendo empregar meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais

⁷ “Segundo se extrai dos autos, o requerido foi entrevistado, ao vivo, por telefone, em programa jornalístico (“Jornal da Record”) transmitido por emissora de televisão do município de Pontes e Lacerda (MT), no dia 10.8.2006, por volta das 12h, com imagem estática em destaque, e, ao fundo, com mapa do estado de Mato Grosso. O tema era a provável instalação de agência da Caixa Econômica Federal no município. Antes da entrevista, que durou cerca de cinco minutos, foram feitas chamadas das reportagens mais relevantes do programa jornalístico, entre elas a referida matéria. Segundo o recorrente, os fatos narrados consubstanciariam prática de propaganda eleitoral ilícita, de forma subliminar, com uso indevido do meio de comunicação, pois teria ele, requerido, enaltecido seu trabalho como parlamentar durante o colóquio. [...] Assim, não vislumbro que única entrevista, de cinco minutos, por telefone, em uma emissora do interior, sobre provável inauguração de agência bancária, sem nenhuma menção a pedido de voto, à candidatura ou às eleições, tenha tido potencialidade de desequilibrar a disputa eleitoral para deputado federal no estado de Mato Grosso.” TSE, RCED nº 668/MT, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJE 26.6.2009.

ou passionais (art. 5º). Este dispositivo é uma mera reprodução literal do art. 242, *caput*, do Código Eleitoral.

Do mesmo modo, não será tolerada propaganda:

a) de guerra, de processos violentos para subverter o regime, a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classes;

b) que provoque animosidade entre as Forças Armadas ou contra elas, ou delas contra as classes e as instituições civis;

c) de incitamento de atentado contra pessoa ou bens;

d) de instigação à desobediência coletiva ao cumprimento da lei de ordem pública;

e) que implique oferecimento, promessa ou solicitação de dinheiro, dádiva, rifa, sorteio ou vantagem de qualquer natureza;

f) que perturbe o sossego público, com algazarra ou abuso de instrumentos sonoros ou sinais acústicos;

g) por meio de impressos ou de objeto que pessoa inexperiente ou rústica possa confundir com moeda;

h) que prejudique a higiene e a estética urbana;

i) que caluniar, difamar ou injuriar qualquer pessoa, bem como atingir órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública;

j) que desrespeite os símbolos nacionais (art. 14, incisos I a X, da Instrução nº 131, Resolução do TSE nº 23.191, de 11.1.2010).

Nas dependências do Poder Legislativo, a veiculação de propaganda eleitoral fica a critério da Mesa Diretora, que em sua regulamentação não pode privilegiar determinados candidatos em detrimento de outros (art. 37, §§ 2º e 3º, da LE).

Independente da obtenção de licença municipal ou de autorização de qualquer órgão da Justiça Eleitoral, a veiculação de propaganda eleitoral consistente na distribuição de folhetos, volantes e outros impressos.

Todo material impresso de campanha eleitoral deverá conter o número de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), do número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), do responsável pela confecção, bem como de quem a contratou, e a respectiva tiragem (art. 38, § 1º da Lei nº 9.504/97). Com a nova Lei Eleitoral, os folhetos, os volantes e outros impressos, de modo geral todo material

de publicidade, devem constar o número do CPF ou do CNPJ do responsável pela sua confecção e daquele que o contratou, bem como a quantidade de sua tiragem. Assim, é facilitado o controle sobre sua utilização, podendo ser responsabilizado aquele que a realizou ilicitamente.

Quando a propaganda de diversos candidatos for conjunta, por meio de material impresso, os gastos relativos a cada um deles deverão constar na respectiva prestação de contas, ou apenas naquela relativa ao que houver arcado com os custos (art. 38, § 2º, da Lei nº 9.504/97). Desse modo, para que não se omitam informações sobre os gastos com propagandas políticas, o que facilitaria a prática de fraudes, a prestação de contas de cada candidato deve conter informações sobre a quantia empregada para a realização das propagandas, ou, então, só a prestação daquele que sozinho arcou com as despesas.

Toda propaganda realizada é de responsabilidade dos partidos e por eles paga, imputando-lhes solidariedade nos excessos praticados por seus candidatos e adeptos (art. 241 do CE). Planteia a Súmula nº 18 do Tribunal Superior Eleitoral que a Justiça Eleitoral não pode instaurar de ofício procedimento para apurar ilícito em propaganda eleitoral nem aplicar a multa correspondente. Todavia, o princípio da inércia judicial não pode ser tomado de forma absoluta, em face da supremacia do interesse público evidenciado pelo processo eleitoral. Sustenta o Professor Fávila Ribeiro que no desempenho de suas atividades não podem os órgãos da Justiça Eleitoral depender da provocação dos interessados, cabendo-lhes tomar as providências compatíveis com as exigências do momento para a manutenção do respeito e do clima de tranquilidade que o pleito eleitoral exige.

Desse modo, a Justiça Eleitoral não tem o escopo de censurar previamente propaganda política veiculada, mas atuar para impedir que as regras eleitorais sejam flagrantemente desrespeitadas. Decidindo a Justiça pela ilegalidade da propaganda eleitoral, e sendo esta repetida, consumará o ilícito de recusa ou embaraço a cumprimento de diligências, ordens ou instruções da Justiça Eleitoral (art. 347 do CE).

A propaganda lícita corrobora com o pluralismo político e a democracia porque enseja que tanto à população possa conhecer as propostas dos aspirantes a mandatários políticos, como possibilita a estes a oportunidade de conseguir a adesão de um maior número de cidadãos a suas ideias. Ela ainda fomenta o debate político, fazendo com que diante do choque de programas, a população possa escolher as melhores propostas para solucionar os problemas que lhe afligem.⁸ Assim, devido a essas razões, tendo a propaganda eleitoral obedecido aos parâmetros previstos na

⁸ 1. Não caracterizam desvio de finalidade da propaganda partidária críticas feitas à administração atual, as quais têm pertinência com o ideário político do partido. TSE, AgR-AI nº 10.948/PR, rel. Min. Arnaldo Soares, DJE 13.3.2010.

legislação, não subsistem motivos para cerceá-la. Desde que seja lícita a propaganda, sob qualquer de suas modalidades, a ninguém é dado impedi-la, inutilizá-la, alterá-la ou perturbá-la, por qualquer argumento. Considera-se crime eleitoral a conduta que assim se configurar.

O acréscimo da nova Lei Eleitoral foi a determinação, de forma explícita, de que a propaganda lícita não pode também ser mitigada por alegação de violação de postura municipal. Aí houve o estabelecimento de certa hierarquização normativa, dando prioridade às normas eleitorais, em virtude do âmbito específico de sua proteção, para que essa prerrogativa não seja mitigada por mandamentos municipais, muitos dos quais, desarrazoados e autoritários.

O poder de polícia compreende as providências necessárias para inibir práticas ilegais, sendo vedada a cesura prévia sobre o teor dos programas a serem exibidos na televisão, no rádio ou na internet. Este poder de polícia será exercido pelos juízes eleitorais e pelos juízes designados pelos tribunais regionais eleitorais (art. 41, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.504/97).

A propósito, o poder de polícia pode ser entendido como a faculdade de que dispõe a Administração Pública para regulamentar, impondo condições para o uso de bens, atividades e direitos, em benefício da coletividade ou na consecução dos interesses estatais. Outrossim, o Código Tributário Nacional apresenta uma definição mais completa a respeito do assunto, afirmando ser o poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos (art. 78, do Código Tributário Nacional).

Para evitar a prática de condutas desarrazoadas e ilegítimas por parte dos agentes públicos, com relação ao controle sobre a publicidade eleitoral, a legislação atual veda expressamente a censura prévia sobre as mesmas, que é um instrumento típico das ditaduras para se perpetuarem no poder. O artifício da censura é próprio de regimes totalitários, não se compatibilizando com o Estado Democrático de Direito. Tendo em vista as nefastas consequências que ela pode produzir, pois inibe a liberdade de expressão, a liberdade de informação, o pluralismo político e, sobretudo, a democracia em si mesma, deixou-se clara a vedação a sua utilização.

Ainda, para extirpar as dúvidas sobre quem poderá exercer o poder de polícia, impôs-se que esta função caberia exclusivamente aos juízes eleitorais e aos juízes indicados pelos Tribunais Regionais Eleitorais. Por outras palavras, o que a legislação eleitoral afirma é que a polícia ou a autoridade do poder municipal

não decide; quem decide sobre a legalidade da propaganda e a necessidade ou conveniência de limitá-la ou proibi-la são os juízes e tribunais eleitorais. Pelo sentido empregado pela legislação, ficam terminantemente interditas restrições que partam de órgãos administrativos.

No dia das eleições, permite-se a manifestação individual e silenciosa da preferência do eleitor por partido político, coligação ou candidato, revelada exclusivamente pelo uso de bandeiras, broches, dísticos e adesivo (art. 39-A, *caput*, da Lei nº 9.504/97). Para que não se obstacule o dia em que os cidadãos exercerão seu direito ao sufrágio, autorizou-se a manifestação individual e silenciosa do eleitor sobre sua preferência em relação a candidato, partido político ou coligação, sendo vedada, assim, qualquer forma de manifestação coletiva, como passeatas, arrastões, carreatas, etc.

Essa manifestação individual e política só pode ser realizada através dos meios taxativamente estipulados: bandeiras, broches, dísticos e adesivos, sob pena de essa regra perder sua utilidade prática e, de uma simples manifestação individual, transplantar-se para uma atuação coletiva, que, de certo, comprometeria o correto processo de votação. Note-se que não houve a liberação de camisetas com estampas do candidato.

Ainda nessa linha, considera-se vedada, no dia do pleito, até o término do horário de votação, a aglomeração de pessoas portando vestuário padronizado, bem como os instrumentos de propaganda referidos acima, de tal modo a caracterizar manifestação coletiva, com ou sem utilização de veículos (art. 39-A, § 1º, da Lei nº 9.504/97). Esta nova vedação deveu-se porque, caso houvesse uma padronização do vestuário de várias pessoas, fazendo alusão a determinado candidato, partido político ou coligação, restaria constatada verdadeira manifestação coletiva, uma ostensiva manifestação de apoio, o que seria um artifício contrário à determinação dessa regra.

Do mesmo modo, no recinto das seções eleitorais e juntas apuradoras, é proibido aos servidores da Justiça Eleitoral, aos mesários e aos escrutinadores o uso de vestuário ou objeto que contenha qualquer propaganda de partido político, de coligação ou de candidato (art. 39-A, § 2º, da Lei nº 9.504/97). Tal restrição visa a impedir que aqueles que estejam servindo à Justiça Eleitoral possam ter influência sobre o eleitor, em desprestígio ao tratamento isonômico aos candidatos; além de que a própria Justiça Eleitoral deve ser neutra, não optando por um ou outro candidato.

Especificamente em relação aos fiscais partidários, nos trabalhos de votação, só é permitido que, de seu crachá, conste o nome e a sigla do partido político ou coligação a que sirvam, vedada a padronização do vestuário (art. 39-A, § 3º, da Lei nº 9.504/97). Com esta disposição, tencionou-se coibir uma verdadeira manifestação coletiva, de forma indireta, porquanto veda a padronização dos fiscais

partidários, determinando que seus crachás, e só os crachás, contenham somente a sigla do partido político ou coligação a que servirem. Com o impedimento que eles ostentem camisas padronizadas, obstaculou-se que os fiscais sejam utilizados em manifestações coletivas.

Até com mais sentido, essa regra também veda a prática da chamada boca de urna, que Pedro Roberto Decomain define como atividade de propaganda eleitoral de última hora, através da qual, mormente nas disputas mais acirradas, os candidatos e cabos eleitorais abordam os eleitores, quando se encaminham para os locais de votação, para fazer-lhes o último pedido de voto. Ainda, no dia do pleito, serão afixadas cópias desse artigo em lugares visíveis nas partes interna e externa das seções eleitorais (art. 39-A, § 4º, da Lei nº 9.504/97). Destarte, para facilitar a aplicação dessas regras, bem como dar ciência ao eleitorado sobre as mesmas, devem ser fixadas cópias do artigo da Lei das Eleições que as contempla, em lugares visíveis, interna e externamente, em todas as seções judiciárias.

A realização de qualquer ato de propaganda partidária ou eleitoral, em recinto aberto ou fechado, não depende de licença da polícia. O responsável pela promoção desse ato fará a devida comunicação à autoridade policial com, no mínimo, 24 horas de antecedência, para que seja garantido, segundo a prioridade do aviso, o direito contra quem pretenda usar o local no mesmo dia e horário (art. 39, *caput* e § 1º, da Lei nº 9.504/97, que reproduziu *ipsi litteris* o art. 9º e seu § 1º, Instrução nº 131, da Resolução do TSE, nº 23.191, de 11.1.2010). Se a propaganda é regular, não há motivos para cerceá-la.

Este comando não significa que a autoridade policial pode exercer algum de tipo de censura prévia sobre a realização de propaganda política, mas apenas que sua anterior comunicação se presta para garantir, justamente, a realização desse ato, evitando que haja outra manifestação no mesmo local, no mesmo momento.

Constitui crime, a divulgação, no dia da eleição, de qualquer espécie de propaganda de partidos políticos ou de seus candidatos (art. 39, § 5º, III, da Lei nº 9.504/97). Este dispositivo, em sua redação anterior, tipificava como crime, no dia da eleição, a divulgação de toda e qualquer espécie de propaganda de partido político ou de seu candidato, mediante publicações, cartazes, camisas, bonés, broches ou dísticos de vestiários.

A nova lei eleitoral reduziu sua redação, contudo deu-lhe uma interpretação principiológica. A razão de ser dessa modificação é elastecer a esfera dessa tipificação, para abranger condutas que não se amoldavam no antigo tipo, mas, de qualquer forma, configuram condutas que tentam aliciar a vontade do eleitor no dia da votação. Do contrário, o princípio da tipicidade afastaria a incidência de qualquer conduta destoante da moldura descrita no tipo estabelecido.

Como adverte Joel Cândido, assim é porque a lei intenciona proteger o ato de votar. Aquilo que essa norma busca é assegurar tranquilidade à Justiça Eleitoral, propiciando o exercício de voto a todos os eleitores, bem como a escoreita totalização e escrituração dos votos.

Até as vinte e duas horas do dia que antecede a eleição, serão permitidos distribuição de material gráfico, caminhada, carreatas, passeatas ou carro de som que transite pela cidade divulgando *jingles* ou mensagens de candidatos (art. 39, § 9º, da Lei nº 9.504/97). Com a estipulação deste termo final, vinte duas horas da véspera da eleição, a nova Lei Eleitoral trouxe regra profícua para o controle da publicidade política. É de se felicitar esta inovação, porquanto inexistia dispositivo semelhante na redação anterior da legislação eleitoral.

Trios elétricos só poderão ser utilizados para a sonorização de comícios, sendo vedado seu emprego em qualquer outra hipótese (art. 39, § 10, da Lei nº 9.504/97). A prática da utilização de trios elétricos, que era anteriormente permitida, atestava a força do poder econômico e contribuía para desnivelar o potencial de publicidade dos candidatos, principalmente quando servia de palco para apresentação de grandes artistas. Sua proibição, atualmente, reside apenas quando ele é utilizado para shows, não sendo vedada sua utilização para transmissão dos discursos proferidos no evento eleitoral.

Urge destacar que, no caso de propagandas impugnadas que contiverem, simultaneamente, candidatos a cargos de eleições em âmbito diferentes, como, por exemplo, candidato a Presidente da República, juntamente com o candidato a Governador de Estado, a definição de qual órgão da Justiça Eleitoral será competente levará em consideração a esfera partidária responsável pela publicidade. No exemplo em tela, poderá ser o TSE ou o TRE do respectivo Estado-membro. Se a propaganda tiver advindo de diretório partidário regional, competente será o respectivo TRE. Advindo a responsabilidade das duas esferas partidárias, de forma solidária, a competência jurisdicional será da instância judiciária superior.

3 PROPAGANDA ELEITORAL NA IMPRENSA ESCRITA

Até a antevéspera das eleições, são permitidas a divulgação paga, na imprensa escrita, e a reprodução na internet do jornal impresso, de até 10 anúncios de propaganda eleitoral, por veículo, em datas diversas, para cada candidato, no espaço máximo, por edição, de 1/8 de página de jornal padrão e de 1/4 de página de revista ou tabloide (art. 43, *caput*, da Lei nº 9.504/97).

A inovação foi restringir a divulgação paga em até 10 anúncios de propaganda eleitoral, para cada candidato, em cada veículo de imprensa escrita ou internet. Assim, tencionou-se evitar que os candidatos mais aquinhoados pudessem

inundar esses veículos de publicidade em detrimento daqueles que têm uma menor disponibilidade financeira. Segunda alteração foi a permissão de propaganda eleitoral na internet, na forma de jornal impresso. Manteve-se o prazo final de até a antevéspera das eleições, bem como as medidas das publicidades por página de jornal, 1/8; ou de revista, 1/4.⁹

Deve constar do anúncio de propaganda, de forma visível, o valor pago pela inserção (art. 43, § 1º, da Lei nº 9.504/97). Essa é mais uma tentativa de dar publicidade aos gastos de campanha.

A inobservância dessas regras sujeitam os responsáveis pelos veículos de divulgação e os partidos, coligações ou candidatos beneficiados à multa no valor de R\$1.000,00 a R\$10.000,00, ou ao equivalente ao da divulgação da propaganda paga, se este for maior (art. 43, § 2º, da Lei nº 9.504/97).

4 PROPAGANDA ELEITORAL NO RÁDIO E NA TELEVISÃO

A propaganda eleitoral no rádio e na televisão se restringe ao horário gratuito, vedando-se de forma expressa qualquer tipo de publicidade paga (art. 44 da LE). A intenção foi impedir que veículos de rádio e televisão possam desequilibrar o jogo eleitoral, privilegiando certos candidatos em detrimento de outros, pois esses meios de comunicação exercem forte influência na formação da opinião pública.

A propaganda eleitoral gratuita na televisão deverá utilizar a Linguagem Brasileira de Sinais (Libras) ou o recurso de legenda, que devem constar obrigatoriamente do material entregue às emissoras (art. 44, § 1º, da Lei nº 9.504/97). Esta é uma importante regra consagrada pela nova disciplina eleitoral, porque facilita a inserção de portadores de necessidades especiais na discussão do processo político, medida esta que intenciona a concretização de uma verdadeira democracia substancial.

Na prática, de um modo geral, a utilização de Libras ou de legendas nas propagandas políticas já vinha sendo adotada, contudo, de forma voluntária. Agora, sua utilização passa a ser obrigatória para publicidade política.

⁹ "Investigação judicial. Abuso de poder e uso indevido de meio de comunicação social. A averiguação de uma única conduta consistente na veiculação de pesquisa de opinião em imprensa escrita com tamanho em desacordo com as normas eleitorais não enseja a configuração de abuso do poder econômico ou uso indevido de meio de comunicação, porquanto não se vislumbra reiteração da publicação apta a indicar a potencialidade no caso concreto, o que é ponderado nas hipóteses de mídia impressa, cujo acesso depende necessariamente do interesse do eleitor, diferentemente do que acontece com o rádio e a televisão. Tal conduta, em tese, pode configurar infringência à norma do parágrafo único do art. 43 da Lei das Eleições, o que, na hipótese, se confirmou, visto que os recorrentes tiveram contra si julgada precedente representação, a fim de condená-los ao pagamento de multa em razão do descumprimento do tamanho permitido para a publicação da pesquisa no jornal." TSE, AgR-REspe nº 35.938, rel. Min. Arnaldo Soares, DJE 10.3.2010.

No horário reservado à propaganda eleitoral, não se permitirá utilização de comercial ou propaganda, realizada com a intenção, ainda que disfarçada ou subliminar, de promover marca ou produto (art. 44, § 2º, da Lei nº 9.504/97). Como sua própria denominação sugere, a propaganda eleitoral é destinada ao fenômeno político, pela qual há uma interação entre candidato e eleitor, e não para fins comerciais. Destarte, ficou estabelecida a plena vedação à utilização de marcas e produtos, bem como alusões a estas nas propagandas eleitorais. Pensar de modo diferente seria fazer com que a *lex mercatoria*, que perfila tantos seguidores na seara econômica, seja transplantada também para o debate político e contribua para uma alienação total de um processo já bastante “narcotizado”. Tal obstáculo tem ainda a intenção de impedir a venda de espaço nas propagandas políticas, desvirtuando por completo sua finalidade.

Será punida com multa variável de R\$2.000,00 a R\$8.000,00, nos termos do parágrafo primeiro do art. 37, a emissora que, não autorizada a funcionar pelo poder competente, veicular propaganda eleitoral (art. 44, § 3º, da Lei nº 9.504/97).

Essa nova regra visa a impedir a criação de emissoras irregulares com a finalidade específica de realizar publicidade eleitoral. Aquelas que assim o fizerem estão sujeitas à multa referida. Entretanto, é de se salientar ainda que essa regra silencia no que concerne ao beneficiário da propaganda veiculada pela emissora irregular, não fazendo menção sobre sua responsabilização. A imputação de sanção, do modo como está legalmente disposta, recairá somente sobre a emissora que divulgar irregularmente a propaganda.

No sentido de impedir abusos por parte da programação normal e noticiário de rádio e televisão, a Lei Eleitoral, a partir de 1º de julho do ano da eleição, estabeleceu as seguintes restrições:

a) transmitir, ainda que sob a forma de entrevista jornalística, imagens de realização de pesquisa ou qualquer outro tipo de consulta popular de natureza eleitoral em que seja possível identificar o entrevistado ou em que haja manipulação de dados;

b) usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito;

c) veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes;

d) dar tratamento privilegiado a candidato, partido ou coligação;

e) veicular ou divulgar filmes, novelas, minisséries ou qualquer outro programa com alusão ou crítica a candidato ou partido político, mesmo que dissimuladamente, exceto programas jornalísticos ou debates políticos;

f) divulgar nome de programa que se refira a candidato escolhido em convenção, ainda quando preexistente, inclusive se coincidente com o nome do candidato ou com a variação nominal por ele adotada. Sendo o nome do programa o mesmo que o do candidato fica proibida sua divulgação, sob pena de cancelamento do respectivo registro (art. 45).

Trucagem é todo e qualquer efeito realizado em áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade, beneficiando ou prejudicando qualquer candidato, partido político ou coligação (art. 45, § 4º, da Lei nº 9.504/97). Assim, com o acréscimo deste novo dispositivo, fica estabelecido o que se deve compreender por trucagem, pondo fim às controvérsias sobre seu conceito; especialmente se se levar em consideração a gama de possibilidades que a tecnologia moderna oferece para práticas que levem candidatos, partidos políticos ou coligações ao escárnio público.

Entende-se por montagem toda e qualquer junção de registros de áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação (art. 45, § 5º, da Lei nº 9.504/97). Com a mesma finalidade da disposição anterior, esta inovação traz o conceito de montagem, também referida na mesma lei.

Assim, como bem se extrai das definições trazidas acima, a trucagem ou a montagem só estarão configuradas quando a propaganda for realizada com o emprego de efeitos de áudio ou vídeo, ou seus registros, respectivamente, e desde que estes efeitos levem o possível ofendido à difamação pública. Em uma dinâmica de causa-consequência, para que a propaganda impugnada seja considerada irregular por trucagem ou montagem, faz-se necessário a ocorrência desses dois elementos: a utilização dos recursos de áudio e vídeo e a consequente marginalização sociopolítica do ofendido.

É permitido ao partido político utilizar na propaganda eleitoral de seus candidatos, em âmbito regional, inclusive no horário eleitoral gratuito, a imagem e a voz de candidato ou militante de partido político que integre a sua coligação em âmbito nacional (art. 45, § 6º, da Lei nº 9.504/97). Este novo preceito vem consagrar prática que já era bastante utilizada pelos partidos políticos: a associação, nas propagandas, dos candidatos aos seus chamados “padrinhos políticos”, por gozarem de influência sobre o eleitorado, o que possibilita, em tese, a angariação de maior apoio dos cidadãos.

Essa enumeração de impedimentos relacionados não pode constituir-se entrave à liberdade de expressão; por outro lado, não podem os candidatos ser prejudicados por predileções de proprietários de veículos de comunicação, como já ocorreu em passado não muito distante. O objetivo da Lei Eleitoral não é impedir a liberdade de expressão, mas proibir partidarismo dos meios de comunicação. Assim, as restrições devem ser sabiamente sopesadas para impedir abusos.

Não há impedimento algum de que rádio ou canal televisivo divulguem informações sobre irregularidades cometidas pelos candidatos ou ações penais que estejam sendo processadas, desde que lhes faculte direito de se pronunciar sobre elas.

As emissoras que descumprirem essa limitação podem ter sua programação suspensa e ser condenadas a pagamento de multa, no valor de 20 mil a cem mil UFIRs, duplicada em caso de reincidência (art. 45, § 2º da Lei nº 9.504/97).

O direito à compensação fiscal das emissoras de rádio e televisão, previsto no parágrafo único do art. 52 da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, e neste artigo, pela cedência do horário gratuito destinado à divulgação das propagandas partidárias e eleitoral, estende-se à veiculação de propaganda gratuita de plebiscitos e referendos de que dispõe o art. 8º da Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998, mantido também, a esse efeito, o entendimento de que o valor apurado pode ser deduzido do lucro líquido para efeito de determinação do lucro real, na apuração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), inclusive da base de cálculo dos recolhimentos mensais previstos na legislação fiscal (art. 2º da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996), bem como da base de cálculo do lucro presumido (art. 99, § 1º, II, Lei nº 9.504/97).

Com essa disposição, esse parágrafo foi introduzido com o objetivo de propiciar compensações tributárias às emissoras de rádio e de televisão que possibilitam a veiculação de propaganda gratuita de plebiscitos e referendos em seus canais de comunicação, já que os efeitos são os mesmos: propiciam aos partidos políticos angariar a aderência dos cidadãos às posições que assumem em torno da matéria referente.

No caso de microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições (Simples Nacional), o valor integral da compensação fiscal apurado na forma do inciso I do § 1º será deduzido da base de cálculo de imposto e contribuições federais devidos pela emissora, seguindo os critérios definidos pelo Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) (art. 99, § 3º, Lei nº 9.504/97). Neste ponto, a inovação constante da nova lei eleitoral, ao introduzir este parágrafo, teve o objetivo de facilitar essa compensação tributária, aplicando-a de acordo com as regras do Simples Nacional, para aquelas

emissoras de rádio e de televisão que são enquadradas como microempresas (ME) ou empresas de pequeno porte (EPP), e dele são aderentes.

Desse modo, é necessário que se atente para a denominação “propaganda gratuita”, que, na verdade, não se trata de ato gratuito assim. Como destaca Joel J. Cândido, a propaganda eleitoral é gratuita só no nome, porque, de modo indireto da isenção ou redução de impostos, ela termina sendo paga por todos os contribuintes. Vale salientar que as emissoras de rádio e de televisão exploram atividade por concessão do poder público, mas, mesmo assim, são beneficiadas em sede tributária pela cedência de horário para propaganda partidária e eleitoral em seus canais de comunicação.

5 PROPAGANDA ELEITORAL NA INTERNET

Apanágio das sociedades pós-modernas é a influência do inevitável processo de globalização, pelo qual as diversas comunidades politicamente organizadas se encontram em constante interligação social, econômica, política, cultural etc., o que enseja uma maior integração entre elas. Um dos principais veículos que viabiliza a realização desse processo é, de fato, a internet. Sua utilização se presta às mais diversas finalidades, dentre elas, a propaganda política. E o Direito Eleitoral, como elemento que integra o corpo social, não poderia ficar refratário no que tange a essa influência.

Antes desta Lei Eleitoral, parte da doutrina já sustentava que as regras previstas para o rádio e a TV aplicavam-se às empresas de comunicação social na internet, não obstante sofrer grande discordância no meio jurídico. Entretanto, nas eleições de 2008, a despeito do Tribunal Superior Eleitoral ter editado a Resolução nº 22.718/2008, a qual conferiu à internet o mesmo tratamento dispensado na Lei nº 9.504/97 e no Código Eleitoral ao rádio e a televisão, criou-se uma única possibilidade de propaganda eleitoral na internet: a utilização do uso de página pessoal para campanha política, até a antevéspera da eleição.

Tal entendimento, diga-se, restritivo, limitou a veiculação de propaganda política no único meio de comunicação totalmente aberto ao eleitorado, o que impediu uma maior isonomia de publicidade entre os candidatos.

Porém, com a regulamentação atual, a propaganda eleitoral veiculada gratuitamente na internet passou a ser permitida, inclusive no interstício que vai das 48 horas antes até 24 horas depois da eleição, o que, por óbvio, lhe confere o *status* de exceção à regra prevista no parágrafo único do art. 240 do Código Eleitoral.

Com a liberação da propaganda na internet, discutiu-se muito com relação ao seu início, surgindo a posição dominante de seguir a data permitida

para veiculação da propaganda eleitoral. Todavia, muitos entendiam que, pela sua própria natureza, o acesso à propaganda exposta na internet dependia de vontade do eleitor, ou seja, somente teria acesso quem a procurasse, razão pela qual não haveria a possibilidade de práticas propagandísticas irregulares, ou, no mínimo, seu acesso seria diminuto.

Para evitar abusos diante da expansão da internet, buscou-se uma harmonização dos institutos da legislação eleitoral, estabelecendo que a propaganda eleitoral na internet é permitida após o dia 5 de julho do ano da eleição, unificando-se o lapso temporal que toda publicidade pode ser veiculada (art. 57-A, da Lei nº 9.504/97). Se a propaganda nos outros meios de comunicação é permitida também a partir dessa data, não haveria motivação alguma para que o legislador impusesse outro momento.

De bom alvitre ressaltar, que, em regra, a propaganda eleitoral realizada antes da data legalmente fixada, 5 de julho do ano da eleição, será considerada propaganda antecipada, extemporânea, portanto, ilícita.

Nesse sentido, caso a propaganda na internet se inicie antes do marco legal fixado, caracterizar-se-á a extemporaneidade da publicidade eleitoral veiculada, sobrevivendo, desse modo, a sua ilicitude. Outrossim, ainda que o acesso a site de candidato na internet dependa unicamente da vontade do internauta, não será afastada a hipótese de responsabilização do criador daquele domínio, em caso de eventual caracterização de propaganda eleitoral antecipada.

Devido à diversidade de possibilidades de realização de propaganda eleitoral na internet, a nova legislação cuidou de estipular os modos pelos quais ela poderá ser desenvolvida. Assim, a propaganda eleitoral na internet poderá ser utilizada através das seguintes formas:

a) Em sítio do candidato, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de internet estabelecido no país;

b) Em sítio do partido ou da coligação, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de internet estabelecido no país;

c) Por meio de mensagem eletrônica para endereços cadastrados gratuitamente pelo candidato, partido ou coligação;

d) Por meio de *blogs*, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e assemelhados, cujo conteúdo seja gerado ou editado por candidatos, partidos ou coligações ou de iniciativa de qualquer pessoa natural (art. 57-B, I, II, III e IV da Lei nº 9.504/97).

A finalidade desse dispositivo, *en passant*, pende para a assertiva de que essas formas de realização de propaganda na internet são hipóteses taxativas – *numerus clausus*. No entanto, considerando a celeridade das inovações tecnológicas, configura-se de melhor exegese considerar esse elenco como hipóteses exemplificativas, podendo novas formas ser acrescentadas pela jurisprudência.

Na internet, é vedada a veiculação de qualquer tipo de propaganda eleitoral paga (art. 57-C, *caput*, da Lei nº 9.504/97). Esta regra visa a impedir a instalação de um verdadeiro ciber-comércio de propaganda eleitoral, em que se criariam infinitos sítios eletrônicos, voltados apenas a interesses econômicos, desvirtuados, destarte, da finalidade da propaganda política, que, como já dito, é a aproximação do eleitorado ao candidato.

No mesmo diapasão, é vedada, ainda que gratuitamente, a veiculação de propaganda eleitoral na internet, em sítios de pessoas jurídicas, com ou sem fins lucrativos; bem como nos oficiais ou hospedados por órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta da União, dos estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 57-C, § 1º, I e II, da Lei nº 9.504/97).

Já em relação aos sites de órgãos ou entidades do Estado, ou por eles mantidos, a proibição de propaganda política corrobora a vedação à propaganda em bens públicos, já que esta prática não se harmoniza aos princípios constitucionais da administração pública.

A violação do disposto nessas regras sujeita o responsável pela divulgação da propaganda e, quando comprovado seu prévio conhecimento, o beneficiário à multa no valor de R\$5.000,00 a R\$30.000,00 (art. 57-C, § 2º, da Lei nº 9.504/97). Igualmente como é exigido para os outros meios de veiculação de publicidade eleitoral, a responsabilização dos autores pela propaganda irregular via internet não pode ser realizada sem um conjunto probatório mínimo, que demonstre a certeza sobre sua autoria.

Essa exigência mostra-se mais relevante ainda para o eventual beneficiário, que só deve ser atingido pela sanção de multa caso reste exposta sua ciência prévia, não podendo ser atacado apenas por meras ilações infundadas, porquanto o exercício da democracia não se coaduna com o exame desses casos sob o simples pálio de ilações, mesmo que sejam buscados ideais de justiça.

Seguindo os eflúvios dos mandamentos constitucionais, configura-se livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato durante a campanha eleitoral, por meio da rede mundial de computadores – internet, assegurado o direito de resposta, de acordo com as suas normas específicas previstas nos arts. 58, § 3º, IV, a, b, c, e 58-A, bem como por outros meios de comunicação interpessoal mediante mensagem eletrônica (art. 57-D, *caput*, da Lei nº 9.504/97).

A liberdade de manifestação de pensamento, como garantia constitucional que é, apresenta-se como um instrumento para o funcionamento e aperfeiçoamento do sistema democrático, sendo o pluralismo de opiniões vital para a formação da vontade livre.

Todavia, como todo princípio, mormente de ampla esfera de incidência, ele não deve ser considerado em tons absolutos, impassível de restrição. A primeira relativização que a ele se estabelece é a vedação ao anonimato: a liberdade de expressão é assegurada, conquanto seja possível conhecer quem a manifestou, para que, se houver abusos, possam ser ressarcidos.

Essa restrição mostra-se de ampla utilidade prática no campo da internet, por ser um espaço de rápida e descomplicada veiculação de informações, lançadas de forma ilimitada, muitas vezes, sem nada se saber sobre sua autoria. Por sua vez, o direito de resposta apenas poderá ser efetivamente utilizado caso se tenha ciência da identidade da pessoa de quem partiram informações supostamente inverídicas, que levem o ofendido ao degredo social, comprometendo sua reputação política.

Mesmo sendo as acusações realizadas por terceiros, o órgão propagandístico que as veiculou deverá arcar com o ônus da veiculação da resposta do ofendido, haja vista ter este órgão participação nos ataques à pessoa a que era dirigida a propaganda política.

Nessa mesma senda, aquele que, em suas propagandas políticas, veicular informações ardilosas que foram realizadas originalmente por terceiro, como, por exemplo, revista ou jornal, contra candidato, partido político ou coligação, imputando-lhes fatos inverídicos, arcará com os ônus do direito de resposta.

Sob a atual legislação, deve-se destacar que os legitimados para exercerem o direito de resposta são apenas o candidato, partido político ou coligação que foram ofendidos. Pessoas outras que não sejam candidatos, nem façam parte do processo eleitoral, não podem exercer o direito de resposta. É o caso de, por exemplo, funcionário de um partido político que não seja candidato a algum cargo eletivo. Mesmo integrando o quadro dessa pessoa jurídica, não pode ele pleitear o exercício do direito de resposta.

Exceção aventada a essa restrição ao direito de resposta, com o *telos* de proteger a honra de possíveis ofendidos, acarretando uma extensão a essa prerrogativa, acontece quando terceiro que não seja candidato a algum cargo político, mas, mesmo assim, for atingido por acusações inverídicas e humilhantes em propaganda política. Nessa hipótese, não há razoabilidade alguma em se deixar o ultrajado sem direito de resposta. A situação em comento se dá, por exemplo,

com um Governador de Estado que não esteja concorrendo mais a algum mandato político, sendo, todavia, atacado em propaganda eleitoral, de tal modo que se sinta ofendido, por ter sua honra maculada.

Se a possibilidade de se exercitar o direito de resposta contra acusações veiculadas em publicidades políticas for apenas dos candidatos, partidos políticos, ou representantes de coligações, haverá verdadeira permissão legal para acusações infundadas contra todos aqueles que não forem um desses três sujeitos.

Antes do julgamento da ADPF nº 130, que declarou a não recepção da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) pela Constituição Federal de 1988, prevalecia solução no sentido de que o direito de resposta a ser exercido por terceiros que não fossem candidatos, contudo ofendidos por propaganda política, deveria seguir os parâmetros que a referida Lei dispunha sobre a matéria. Assim era a Resolução nº 22.142/2006 do TSE.

Atento às repercussões, práticas de difícil solução que a ausência de preceito específico sobre o tema poderia gerar, o Tribunal Superior Eleitoral se posicionou no sentido de que os pedidos de resposta formulados por terceiro, em relação ao que foi veiculado no horário eleitoral gratuito, serão examinados pela Justiça Eleitoral e deverão observar os procedimentos previstos na Lei nº 9.504/97, naquilo que couber (art. 16 da Resolução nº 23.193 do TSE de 24.12.2009).

Deve-se atentar mais ainda no que tange às críticas que apontem erros da Administração Pública. Não é toda prática que poderá ser considerada caluniosa e indevida, a ensejar direito de resposta. É um ônus imposto aos mandatários públicos a exposição ao eleitorado, constituindo-se em uma prerrogativa da população a possibilidade de apontar falhas no atual modelo político adotado pelo poder público, sem que isto configure qualquer conduta passível de punição.

Assim, as propagandas veiculadas notadamente pelos candidatos da oposição ao governo merecem especial atenção, para se auferir se elas ultrajam a honra dos mandatários ou se eles estão simplesmente exercendo o direito constitucional de realizar oposição política.

Não se quer dizer com isso que as afirmações realizadas pelos candidatos da oposição ao governo não acarretam direito de resposta. O que se busca expor é que não é toda e qualquer assertiva que deles parta, explicitando falhas na utilização da *res pública*, que acarretará direito de resposta, mas apenas aquelas que transcendam para o estágio de ofensas aos administradores públicos.

Dependendo de tipo de propaganda em que foi transmitida a ofensa geradora do direito de resposta, há uma variação do prazo para o pedido de seu exercício.

Se a propaganda ofensiva tiver sido realizada em órgãos de imprensa escrita, o prazo para a solicitação para exercer o direito de revide é de setenta e duas horas, contados das dezenove horas da data constante da edição do meio propagandístico, salvo prova documental de que a circulação, no domicílio do ofendido, se deu após esse horário (art. 15, I, a da Resolução nº 23.193 do TSE de 24.12.2009).

Se feita em programação normal das emissoras de rádio e de televisão, o pedido, com a transcrição do trecho considerado ofensivo ou inverídico, deverá ser feito no prazo de 48 horas, contado a partir da veiculação da ofensa (art. 15, II, a, da Resolução nº 23.193 do TSE de 24.12.2009).

Caso se der no horário eleitoral gratuito, o pedido deverá ser feito no prazo de 24 horas, contado a partir da veiculação do programa (art. 15, III, a, da Resolução nº 23.193 do TSE de 24.12.2009).

Não há prazo certo estipulado para ofensas divulgadas na internet, devendo considerar-se que o pedido para o exercício do direito de resposta neste meio de informação poderá ser realizado a qualquer momento. Todavia, uma vez deferido o pedido, a divulgação da resposta dar-se-á no mesmo veículo, espaço, local, horário, página eletrônica, tamanho, caracteres e outros elementos de realce usados na ofensa, em até 48 horas após a entrega da mídia física com a resposta do ofendido (art. 15, IV, a, da Resolução nº 23.193 do TSE de 24.12.2009).

Explicitando ainda mais a finalidade de proteger os ofendidos por publicações inverídicas de propagandas eleitorais, caso haja a desobediência, por partes dos órgãos da Justiça Eleitoral, dos prazos referentes ao exercício do direito de resposta, ser-lhe-ão aplicadas as sanções do art. 345 do Código Eleitoral (art. 18 da Resolução nº 23.193 do TSE de 24.12.2009).

O art. 345 do Código Eleitoral aduz que o não cumprimento, pela autoridade judiciária, ou por qualquer funcionário dos órgãos da Justiça Eleitoral, nos prazos legais, dos deveres por ele impostos, sujeita os responsáveis ao pagamento de trinta a noventa dias-multa, se a infração não estiver sujeita a outra penalidade.

Ainda na busca de se alcançar essa finalidade, o não cumprimento integral, ou em parte, da decisão que reconhecer o direito de resposta, sujeitará o infrator ao pagamento de multa no valor de R\$5.320,50 (cinco mil trezentos e vinte reais e cinquenta centavos) a R\$15.961,50 (quinze mil novecentos e sessenta e um reais e cinquenta centavos), que poderá ser duplicada, em caso de reiteração de conduta, sem prejuízo da aplicação do art. 347 do Código Eleitoral (art. 19 da Resolução nº 23.193 do TSE de 24.12.2009).

Por sua vez, o art. 347 do Código Eleitoral afirma que, se alguém recusar o cumprimento ou a obediência a diligências, ordens ou instruções da Justiça Eleitoral

ou opor embaraços à sua execução, a ele será aplicada a sanção de detenção, de três meses a um ano, com o pagamento de dez a vinte dias-multa.

Além das outras sanções impostas, a violação das regras de veiculação de propaganda irregular sujeitará seu responsável e, quando comprovado seu prévio conhecimento, o beneficiário à multa no valor de R\$5.000,00 a R\$30.000,00 (art. 57-D, § 2º, da Lei nº 9.504/97).

A multa aplicada, como sanção à extrapolação da liberdade de pensamento na propaganda eleitoral, tem os mesmos valores econômicos daquela aplicada aos casos de veiculação de propaganda eleitoral paga na internet, prevista no art. 57-C, § 2º, da mesma Lei.

Aplicam-se ao provedor de conteúdo e de serviços multimídia que hospeda a divulgação da propaganda eleitoral de candidato, de partido ou de coligação as penalidades previstas nesta Lei, se, no prazo determinado pela Justiça Eleitoral, contado a partir da notificação de decisão sobre a existência de propaganda irregular, não tomar providências para a cessação dessa divulgação (art. 57-F, *caput*, da Lei nº 9.504/97).

Desde que intimado da decisão que considerar determinada propaganda eleitoral irregular e, mesmo assim, nada fazendo para sobrestá-la, o provedor que a hospeda está, efetivamente, contribuindo para a circulação da propaganda ilícita. Deste modo, a ele serão aplicadas as sanções previstas para tanto, como multa de R\$5.000,00 a R\$30.000,00.

De toda sorte, o provedor de conteúdo ou de serviços multimídia só será considerado responsável pela divulgação da propaganda se a publicação do material for comprovadamente de seu prévio conhecimento (art. 57-F, parágrafo único, da Lei nº 9.504/97).

Consideração que deve ser feita é em relação à diferença do texto normativo desse dispositivo, aplicado na situação em que o provedor é previamente consciente da veiculação da propaganda irregular, sendo, portanto, o responsável; com o da redação anterior, aplicado quando o provedor não faz algo para cessar a propaganda.

As mensagens eletrônicas enviadas por candidato, partido ou coligação, por qualquer meio, deverão dispor de mecanismo que permita seu descadastramento pelo destinatário, obrigado o remetente a providenciá-lo no prazo de quarenta e oito horas (art. 57-G, *caput*, da Lei nº 9.504/97). A propaganda eleitoral desempenhada por meio de mensagens eletrônicas, como *e-mail*, não podem ser autovinculativas, de tal modo que seu destinatário fique impossibilitado de não recebê-las, contrariamente à sua vontade. Para isso, delas devem constar mecanismos que

possam viabilizar seu descadastramento, que deverá ser realizado pelo emissor no prazo máximo de 48h, de forma obrigatória.

Destarte, as mensagens eletrônicas enviadas após o término do prazo de 48h, contados do pedido de descadastramento, sujeitam os responsáveis ao pagamento de multa no valor de R\$100,00 por mensagem (art. 57-G, parágrafo único, da Lei nº 9.504/97).

Sem prejuízo das demais sanções legais cabíveis, será punido, com multa de R\$5.000,00 a R\$30.000,00 quem realizar propaganda eleitoral na internet, atribuindo indevidamente sua autoria a terceiro, inclusive a candidato, partido ou coligação (art. 57-H da Lei nº 9.504/97).

Como exposto acima, devido a internet propiciar ampla celeridade e, como regra geral, sem maiores formalidades para a divulgação de suas informações, a nova lei eleitoral se preocupou em aplicar sanção ao agente que veicular propaganda eleitoral, atribuindo sua autoria a terceiro, ou mesmo a candidato, partido político ou coligação. Assim, o agente que impor a autoria de propaganda eleitoral via internet à pessoa que não a tenha realizado, sofrerá aplicação da pena de multa no valor de R\$ 5.000,00 a R\$ 30.000,00, além das demais sanções aplicáveis.

Por fim, não se aplica a vedação constante do parágrafo único do art. 240 do Código Eleitoral à propaganda eleitoral veiculada gratuitamente na Internet, no sítio eleitoral, *blog*, sítio interativo ou social, ou outros meios eletrônicos de comunicação do candidato, ou no sítio do partido ou coligação (art. 7º da Lei nº 12.034/2009).

O art. 240, parágrafo único, do Código Eleitoral, aduz que, desde 48 horas antes até 24 horas depois da eleição, é vedada qualquer propaganda política, realizada através de radiodifusão, televisão. Deste modo, não há limite temporal para a veiculação de propaganda política através da internet, como ocorre, por exemplo, para a publicidade realizada através de televisão e rádio.

Deste modo, não há limite temporal para a veiculação de propaganda política através da internet, como ocorre, por exemplo, para a publicidade realizada através de distribuição de material gráfico, caminhada, carreata, passeata, que poderão ser realizadas até as vinte e duas horas do dia que antecede a eleição, conforme disposição do art. 39, § 9º, da Lei nº 9.504/97.

Questão interessante é o confronto do art. 7º da Lei nº 12.034/2009 com o art. 39, § 5º, III, da Lei nº 9.504/97, que afirma ser crime a divulgação, no dia da eleição, de qualquer espécie de propaganda de partidos políticos ou de seus candidatos. Como solução hermenêutica, deve-se entender, então, que só não é crime a divulgação de propaganda eleitoral realizada na internet, sendo considerados crimes eleitorais todas as outras.

“FICHA LIMPA” & QUESTÕES CONSTITUCIONAIS

“Direito Eleitoral do Inimigo” (retroagir?)

THALES TÁCITO PONTES LUZ DE PÁDUA CERQUEIRA

Promotor eleitoral em Minas Gerais. Autor da obra *Tratado de Direito Eleitoral*. Colaborador da Rádio Justiça em matéria de Direito Eleitoral. Vice-Diretor da Escola Judiciária Eleitoral do TSE.

Analisa dúvidas de constitucionalidade provenientes da publicação da Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da “Ficha Limpa”), alteradora da LC nº 64/90, para incluir hipóteses de inelegibilidade visando proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Apresenta a visão constitucional e as implicações da retroatividade da lei, argumentando que esta não deverá ocorrer sob pena de violação à coisa julgada. A Lei da Ficha Limpa não é inconstitucional: por vício formal, ou seja, não viola o processo legislativo; e por vício material consistente na violação do princípio da inocência, pois este se aplica apenas na esfera criminal e não “cível eleitoral”; mas, há inconstitucionalidade da lei por vício material que viola o princípio da segurança jurídica, além da ofensa a coisa julgada e ao devido processo legal, caso retroaja. Isso caracterizaria o denominado Direito Eleitoral do Inimigo. Destaca a finalidade principal dessa nova lei, de iniciativa popular, no sentido de moralizar o processo eleitoral para o futuro, e não para o passado, pois ofenderia diversos comandos constitucionais vigentes.

Palavras-chave: Ficha limpa; inconstitucionalidade; vício formal; vício material; direito eleitoral do inimigo.

1 VISÃO CONSTITUCIONAL

A LC nº135/2010, que altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato, caracterizou-se pela ambiguidade jurídica.

De um lado, uma lei com enorme repercussão social, de conteúdo moralizador e profilático. De outro, a quebra de diversos princípios constitucionais ao buscar sua retroatividade para alcançar fatos pretéritos ou em curso.

Por força disso, algumas dúvidas de constitucionalidade surgiram com a publicação da LC nº135/2010:

1. *inconstitucionalidade por vício formal* – as emendas do Senado das expressões “os que tenham sido” para “os que forem”, segundo parte doutrinária, não configuram mera emenda de redação e sim alteração de conteúdo, razão pela qual deveriam retornar para Câmara dos Deputados e não à sanção do Presidente

da República, violando, assim, o processo legislativo. Todavia, tal alegação restou ser a mais frágil, pois a emenda foi mesmo de redação e a interpretação a ser dada à expressão “os que forem” deve ser a chamada “*interpretação conforme a Constituição*”, pelo STF, não havendo, assim, vício formal;

2. *inconstitucionalidade por vício material I – violação do princípio da inocência* (cláusula pétrea do art. 5º, LVII CF/88 c/c art. 60, § 4º, IV da Carta Magna) e do efeito vinculante da ADPF 144/2008 do STF, que julgou matéria idêntica – no livro *Reformas eleitorais comentadas* (Lei 12.034/2009 e LC 135/2010), Editora Saraiva, 2010, Thales Tácito Cerqueira e Camila Albuquerque Cerqueira, no estudo das alíneas *d* e *e* do inciso I do art. 1º da LC nº 64/90 (alteradas pela LC nº 135/2010), no Capítulo 3, item 3.2, da Parte II da mencionada obra, destacamos, com profundidade, a questão constitucional, em síntese, levantando questionamento no tocante a impossibilidade do TSE, *data venia*, em Consulta (TSE – CTA nº 1.120/2010 e Processo nº 114.709), de decidir matéria constitucional enquanto o efeito vinculante da ADPF nº 144/2008 produzir efeito, uma vez que esta foi taxativa ao impor que “vida pregressa somente pode ser levada a instrumento jurídico de lei complementar e desde que respeitado o princípio da inocência” (leia-se, trânsito em julgado e não “decisão por órgão colegiado”). Como o efeito vinculante de uma ADPF vincula todo o Poder Judiciário, exceto o próprio STF que pode rever sua posição e exceto o Poder Legislativo (princípio da não fossilização da Constituição), a matéria ainda continua *sub judice*, cabendo reclamação ou controle concentrado pelos legitimados do artigo 103 da CF/88, todos no STF.

3. *inconstitucionalidade por vício material II – violação do princípio da anualidade e um dia* (art. 16 da CF/88), uma vez que inelegibilidade se insere no contexto de “processo eleitoral” – neste aspecto, se é verdade que inelegibilidade não é pena, logo, não incide o Direito Penal (art. 5º, XL da CF/88, também é verdade que a lei não pode retroagir, sendo “cível-eleitoral”, se ofender a coisa julgada (art. 5º, XXXVI da CF/88), o princípio da segurança jurídica (artigo 16 da CF/88), o da certeza jurídica (artigo 5º, *caput* da CF/88) e o princípio do devido processo legal. Sobre este último, a Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio do devido processo legal no seu art. 5º, inciso LIV. Este princípio, originado da cláusula do *due process of law* do Direito anglo-americano, deve ser associado aos princípios constitucionais do controle judiciário – que não permite à lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito – e das garantias do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, segundo o disposto nos incisos XXXV e LV do mesmo artigo da Constituição.

Assim, quando a expressão “*devido processo legal*” destina a processo e não a procedimento, refere-se ao processo judicial pelo Estado, segundo os comandos

da ordem jurídica, com as garantias de isonomia processual, bilateralidade dos atos procedimentais, do contraditório e da ampla defesa.

Segundo ADI nº 3.685 do STF, o artigo 16 da CF/88 também é cláusula pétrea, por força do art. 5º, *caput* (segurança jurídica) c/c art. 60, § 4º, IV da Carta Magna.

A premissa de que a LC nº 64/90 foi aplicada “a menos de um ano e um dia da eleição” e que por isto qualquer lei complementar que regule inelegibilidade não precisa respeitar o artigo 16 da CF/88 é *falsa*, pois a LC nº 64/90 veio apenas materializar/regulamentar o artigo 14, §9º da CF/88, razão pela qual foi aceita a menos de “um ano e um dia” do pleito:

Rejeição pela maioria – vencidos o Relator e outros Ministros – da arguição de inconstitucionalidade do art. 27 da Lei Complementar nº 64/90 (Lei de Inelegibilidades) em face do art. 16 da CF: prevalência da tese, já vitoriosa no Tribunal Superior Eleitoral, de que, cuidando-se de diploma exigido pelo art. 14, § 9º, da Carta Magna, para complementar o regime constitucional de inelegibilidades, à sua vigência imediata não se pode opor o art. 16 da mesma Constituição. (RE nº 129.392, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 17.6.92, Plenário, DJ de 16.4.93.)

Isto não significa que doravante toda mudança em inelegibilidades poderá ofender a cláusula pétrea do princípio da segurança jurídica insculpido no artigo 16 da CF/88, da coisa julgada ou do ato jurídico perfeito (o STF entende que o ato jurídico perfeito aplica-se às leis de ordem pública – cf. Rec. Extr. nº 198.993-9).

Portanto, a liberdade de o legislador dispor da sorte dos destinos eleitorais, neles intervindo “às portas do pleito”, com modificações decorrentes de disposições legais novas, não pode prosperar se afetar o processo eleitoral (artigo 16 da CF/88) ou mesmo quando o sistema jurídico prevê, em norma de hierarquia constitucional, limite à ação do legislador na coisa julgada e no ato jurídico perfeito (artigo 5º, XXXV da CF/88), também expressões do princípio da segurança jurídica.

Para melhor compreensão da polêmica em torno da lei, nos aspectos constitucionais alhures mencionados, faz-se necessário um *relato histórico dos fatos*.

Na época da Lei Complementar nº 5 (de 29.4.70 – Ditadura), existia previsão que tornava inelegíveis candidatos que tivessem denúncia recebida por crime contra a lei de segurança nacional, contra a administração pública etc. (*Art. 1º, I – São inelegíveis, para qualquer cargo eletivo: n) os que tenham sido condenados ou respondam a processo judicial, instaurado por denúncia do Ministério Público recebida pela autoridade judiciária competente, por crime contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública e a administração pública, o patrimônio ou pelo direito previsto no art. 22 desta lei complementar, enquanto não absolvidos ou penalmente reabilitados*). Na época

da ditadura, surgiram inúmeros processos cíveis e criminais visando exclusivamente tornar inelegíveis alguns candidatos. Nesta época, em 23 de setembro de 1976, o TSE, por voto de desempate (4 votos a 3), declarou a inconstitucionalidade da alínea *n* desta lei complementar, por ferir o princípio da inocência. O STF, contudo, por escassa maioria, derrubou o entendimento do TSE, alegando, em suma, que o *princípio da inocência é aplicado apenas na esfera penal*.

Posteriormente, a inelegibilidade fundada na Lei Complementar nº 5/70 (artigo 1º, I, *n*), que tornava inelegível qualquer réu contra quem fosse recebida denúncia por suposta prática de determinados ilícitos penais foi derogada pelo próprio regime militar (Lei Complementar nº 42/82 – Governo do General Figueiredo), que passou a exigir para fins de inelegibilidade do candidato, a existência, contra ele, de *condenação penal* por determinados delitos. Revendo sua posição, o STF, analisando o alcance da LC nº 42/82, entendeu pela *necessidade de que se achasse configura o trânsito em julgado da condenação* (cf. RE nº 99.069/BA, rel. Min. Oscar Corrêa). A ratificação desse entendimento, como ressaltou o Ministro Celso de Mello na ADPF nº 144, proclama que a presunção de inocência é um princípio inquestionável. Direitos políticos não podem ser suspensos salvo com condenação transitada em julgado. Pelo entendimento, quem tem o monopólio da escolha das candidaturas são os partidos. Cabe às agremiações políticas o papel de selecionar melhor os seus candidatos e à sociedade a eleição de seus representantes.

Hodiernamente, por força do primeiro precedente de “condição de elegibilidade implícita” no Tribunal Superior Eleitoral (RO nº 1.069/2004) e da Consulta nº 1.607/TSE (Procedimento Administrativo nº 19.919/2008), os Ministros Eros Grau, Ari Pargendler, Caputo Bastos e Marcelo Ribeiro entenderam que a matéria “*vida progressa*” somente poderia ser disciplinada por *lei complementar*, consoante o art. 14, § 9º, da Constituição de 1988, não vingando, assim, a robusta tese do Ministro Ayres Britto de que o tema poderia ser apreciado sob o prisma da “condição de elegibilidade implícita”¹.

Em que pese o brilhantismo da tese e da diferenciação histórica entre “inelegibilidade” e “condição de elegibilidade”, o TSE não adotou o voto revolucionário do Ministro Ayres Britto. Debalde a Associação de Magistrados Brasileiros ingressou com a ADPF nº 144/DF, já que a Suprema Corte, por maioria, manteve o entendimento de que a matéria “*vida progressa*” somente pode ser regulamentada por lei complementar “e desde que respeitado o princípio da inocência”.

¹ Segundo o Ministro Carlos Ayres Britto, “*vida progressa*”, como espécie do gênero “moralidade eleitoral”, seria denominada “condição de elegibilidade implícita” (TSE – RO nº 1.069/04, “Caso Eurico Miranda”), porquanto não prevista no rol do art. 14, § 3º, da Constituição de 1988, e sim no art. 37, por interpretação sistemática.

Corolário disso foi a apresentação de projeto de iniciativa popular pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), que se constitui uma rede composta de 44 organizações da sociedade civil e que deu início à “Campanha Ficha Limpa”, que recolheu mais de 4 milhões de assinaturas em todo o país (bastariam um milhão e trezentas mil assinaturas), visando a tão sonhada lei que impede candidatos “fichas sujas” de exercerem a chamada capacidade eleitoral passiva.

A proposta original (PLP nº 518/2009) previa a *condenação em primeira instância* ou, conforme o crime, a *denúncia recebida por órgão colegiado* como suficientes para impedir a candidatura a cargos eleitorais.

Como defendemos à época, a *vita anteacta*, como impeditivo de uma candidatura, por decorrer do princípio da moralidade, deve ter um “critério objetivo”, jamais “subjetivo” (sujeito ao “humor” de promotores e juízes), em face do “garantismo eleitoral” que deve nortear as relações jurídicas eleitorais, de que é exemplo-mor o art. 16 da Constituição.

O “critério objetivo”, a nosso sentir, deveria ser, *no mínimo*, uma *condenação em segundo grau de jurisdição*, jamais em primeira instância (como era na Lei Complementar nº 5, de 29.4.70), pois desta caberia recurso ao STJ e STF (ou TSE, se matéria eleitoral), nos quais, além de inexistir efeito suspensivo, não cabe rediscutir a matéria fática, apenas de direito. E, sendo certo que mais de 90% das condenações em segundo grau são confirmadas pelos Tribunais Superiores, ter-se-á como consagrada a segurança jurídica no caso. A LC nº 135/2010 consagrou isto, além da possibilidade de suspensão da inelegibilidade (artigo 26-C) no órgão judiciário que competir o recurso, desde que seja por “órgão colegiado” (e nisto a dúvida se pode ou não relator dar a suspensão da inelegibilidade com eficácia *ad referendum* do Plenário²). Com isto, o artigo 26-C da LC nº 64/90 obtemperou o princípio da certeza jurídica.

Ademais, o princípio da inocência (art. 5º, LVII, CF) somente se aplica ao Direito (Eleitoral ou Comum) *Criminal* e não ao Cível-Eleitoral (cf. STF – RE nº 86.297 e TSE – RO nº 1.069/2004). Assim, se o candidato for impugnado numa AIRC por faltar-lhe moralidade (*vita anteacta* duvidosa devido à condenação

² Sobre a suspensão de inelegibilidade do casal Garotinho no TSE (AC nº 142.085/2010) e a forma que foi concedida, conferir na obra *Reformas eleitorais comentadas*: Saraiva, 2010, desse autor. No RE nº 281.012, por meio da Petição nº 37.159/2010 o Ministro Gilmar Mendes, monocraticamente, proferiu a primeira suspensão de inelegibilidade do STF, para o senador Heráclito Fortes, *ad referendum* ao Pleno do STF. Outro caso no STF: Ministro Dias Toffoli converteu a petição avulsa em medida cautelar incidental (caso Isaura Lemos) ao recurso extraordinário, cuja admissibilidade foi objeto de decisão no AgRg nº 709.634/GO. Conferir o estudo completo desses casos na obra *Reformas eleitorais comentadas*: Saraiva, 2010, Thales Tácito Cerqueira e Camila Albuquerque Cerqueira.

criminal por improbidade), este continuará inocente até prova em contrário. Mas, na linha do Direito Eleitoral Cível, não poderá ele se candidatar a cargo eletivo pela falta de requisitos que validem sua candidatura (alçada à categoria de inelegibilidade preexistente). Por essa razão, o critério objetivo da moralidade (na espécie de *vita anteaeta*) deve estar previsto em lei complementar, já que garantidor dos postulados da dignidade de pessoa humana e da cidadania.

Com a aprovação do Substitutivo apresentado pelo Deputado José Eduardo Cardozo, prevaleceu a melhor técnica jurídica, consubstanciada na “condenação por órgão colegiado”, para fins de ser declarada a inelegibilidade. Contudo, a previsão do cabimento de recurso dessa decisão (suspensão da inelegibilidade – artigo 26-C) foi criticada pelos defensores da “Ficha Limpa”, em razão da demora para a conclusão do processo. A solução encontrada pelo parlamentar foi então estabelecer prioridade para o julgamento.

Assim, a principal novidade em relação ao texto elaborado pelo grupo de trabalho que analisou o tema é a possibilidade de o candidato apresentar recurso com efeito suspensivo na Justiça em que possui processo pendente, o que lhe permitirá a candidatura na esfera eleitoral, mas, por outro lado, exigirá que seja conferida prioridade ao julgamento do processo pelo colegiado. A negativa ao pedido resultará no cancelamento do registro da candidatura ou do diploma do eleito.

De acordo com o Deputado José Eduardo Cardozo, a finalidade do efeito suspensivo é conciliar o desejo da sociedade de evitar que pessoas sem “ficha limpa” disputem cargos eletivos com o direito ao contraditório e à ampla defesa. Assim, é de se concluir que o candidato condenado em segunda instância poderá concorrer, por força do disposto no art. 16-A da Lei nº 9.504/97, com a redação dada pela Lei nº 12.034/2009, mas desde que requeira prioridade no julgamento do recurso interposto contra tal decisão. Em outras palavras, terá a opção de ficar inelegível enquanto aguarda o julgamento do recurso ou requerer a concessão de efeito suspensivo, para permitir-lhe concorrer a cargo eletivo (o que implica acreditar no êxito da ação; aquele que tiver interesse apenas em adiar a própria condenação não irá concorrer). Isto impedirá que o candidato ardiloso se beneficie da demora da Justiça para concorrer no pleito eleitoral de outubro, eis que antes havia a necessidade de trânsito em julgado para a suspensão dos direitos políticos e também para configurar-se a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, e, da LC nº 64/90. A partir de agora, a inelegibilidade decorrerá da “vida pregressa”, leia-se, condenação por órgão colegiado, por 8 (oito) anos, não cabendo falar em ofensa ao princípio da inocência, que se aplica somente na esfera penal e não na cível-eleitoral. Ou seja: inelegibilidade não se confunde com crime.

Assim, teríamos os seguintes níveis:

Nível 1. Candidato com condenação a partir de segunda instância por crime ou improbidade administrativa ou outra alínea nova (abuso de poder econômico, compra de voto, captação ilícita de recurso, conduta vedada etc). Sanção: inelegibilidade por oito anos. Na obra *Reformas Eleitorais Comentadas*, Saraiva, 2010, Thales Tácito Cerqueira e Camila Albuquerque Cerqueira, comentamos cada uma das novas alíneas³ do artigo 1º, I, da LC nº 64/90, alterados ou criados pela LC nº 135/2010.

Nível 2. Candidato com condenação com trânsito em julgado. Sanção: suspensão dos direitos políticos (art. 15, III, CF) enquanto durarem os efeitos da condenação;

Nível 3. Candidato que cumpriu toda a pena (ou a teve extinta pela prescrição ou outra causa prevista em lei) e também o período de suspensão dos direitos políticos ou inelegibilidade prevista na LC nº 64/90 poderá concorrer novamente, uma vez que a Constituição proíbe "pena de caráter perpétuo". Será uma oportunidade para o candidato analisar se o eleitor o perdoou (ou não) dos desvios cometidos no pretérito (redenção).

2 RETROATIVIDADE DA NOVA LEI

Entendemos que a lei não retroagirá sob pena de *violação à coisa julgada* (art. 5º, XXXVI, CF). Por outro lado, não há que se falar em aplicação imediata da lei aos processos anteriores à sua entrada em vigor por configurar-se *ofensa ao princípio da segurança jurídica* (art. 5º, *caput* c/c arts. 16 e 60, § 4º, IV, todos da Constituição – cf. ADI nº 3.685/DF, sobre o princípio da segurança jurídica e sua inclusão como cláusula pétrea). Ora, não se afigurando possível "restrição de direitos políticos" nos processos em curso, a nova lei somente terá aplicação aos feitos que se iniciarem a partir de sua publicação no Diário Oficial da União.

Outro ponto controvertido foi saber se acaso a lei fosse sancionada pelo Presidente da República "até junho de 2010" valeria nas eleições de outubro, em face do art. 16 da Constituição Federal (princípio eleitoral da "anualidade e um dia"). O TSE, vencido apenas o Ministro Marco Aurélio, entendeu que sim (CTA nº 1.120/2010 e Processo nº 114.709/2010).

Segundo o MCCE, se a lei fosse aprovada até o mês de junho, leia-se antes das convenções partidárias, aplicar-se-ia às eleições de 2010, haja vista

³ A redação aprovada pelo Plenário da Câmara dos Deputados estabelece como causas de inelegibilidade a condenação pela prática de crimes dolosos e aqueles de maior potencial ofensivo, isto é, com pena de dois anos ou mais; improbidade administrativa (face reflexo penal); abuso de autoridade cuja punição seja a perda do cargo; crimes eleitorais puníveis com cassação do diploma ou do registro da candidatura; doações ilegais e o afastamento por sanção disciplinar, no caso de advogados, magistrados e integrantes do Ministério Público

que a LC nº 64/90, que materializou as regras para o retorno do voto direto no Brasil, culminando com a eleição de Collor de Mello, foi declarada constitucional tanto pelo TSE (Consulta nº11.173/90), quanto pela maioria dos Ministros do STF (ADI nº 354/90), oportunidade em que ficou assentado que o art. 14, § 9º, da Constituição não remete ao seu art. 16. Não existindo hierarquia entre normas constitucionais, o primeiro dispositivo citado seria tão somente uma exceção ao art. 16 da Carta Republicana. A premissa, *data venia*, é falsa, como vimos, pois a LC nº 64/90 veio apenas regulamentar o art. 14, § 9º, da CF, razão pela qual foi aceita a menos de “um ano e um dia” do pleito. Isto não significa que doravante toda mudança em inelegibilidades poderá ofender o princípio da segurança (cláusula pétrea), inculcado no art. 16 da Constituição. Aliás, sustentar que “mudança em inelegibilidade” não ofende o “processo eleitoral” do artigo 16 da CF/88 é preocupante, pois imaginemos a cada eleição o legislador alterando a lei de inelegibilidade sob este argumento, usando do “Direito Eleitoral do Inimigo” para afastar oponentes. Seria o *álibi* usado se o STF permitir que tal façanha seja consagrada (retroatividade da LC 135/2010 nas eleições de 2010 em ofensa ao artigo 16 da CF/88).

O julgamento da ADI nº 354, DJ 22.6.2001, foi uma espécie de fundação para a Casa da Democracia, mas não a pedra angular. Isto porque a maioria dos Ministros da Corte entendeu o processo eleitoral de forma restrita (o art. 16 da CF proibiria mudança adjetiva/processual, mas não substantiva/material, diferenciando “direito eleitoral” [art. 22, I] de “processo eleitoral” [art. 16]), enquanto os demais manifestaram uma compreensão ampla do processo eleitoral, envolvendo alistamento de eleitores (e habilitação dos partidos na escolha de candidatos), registro dos candidatos à propaganda, votação e apuração, proclamação e diplomação dos eleitos, e legislação partidária.

Como evolução desse pensamento, o STF, no julgamento da ADI nº 3.685-DF, proposta pela OAB, firmou entendimento de que o art. 16 da Constituição se configura CLÁUSULA PÉTREA e, portanto, impossível de ser violado por emenda constitucional (EC nº 52/2006). Imagine-se, então, por uma *lei complementar*...

Sobre o art. 16 da Constituição Federal, veja-se ainda:

– ADI nº 4.307-REF-MC, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 11.11.2009, DJe 5.3.2010 – ADI nº 4.298-MC, voto do rel. Min. Cezar Peluso, j. 7.10.2009, DJe 27.11.2009 – ADI nº 3.741, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 6.9.2006, DJ 23.2.2007 – ADI nº 3.685, rel. Min. Ellen Gracie, j. 22.3.2006, DJ 10.8.2006 – ADI nºs 3.345 e 3.365, rel. Min. Celso de Mello, j. 25.8.2005, Informativo nº 398 – ADI nº 718, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 5.11.98, DJ 18.12.98. No mesmo sentido: ADI nº 733, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 17.6.92, DJ 16.6.95 – ADI nº 354, rel. Min. Octavio Gallotti, j. 24.9.90, DJ 22.6.2001.

Importante destacar aqui a manifestação do Ministro Ricardo Lewandowski (ADI nº 3.741, DJ 23.2.2007) sobre “processo eleitoral” (art. 16 da CF):

Naquele julgamento [ADI nº 3.345/DF, rel. Min. Celso de Mello], ademais, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que só se pode cogitar de comprometimento do princípio da anterioridade, quando ocorrer: 1) o rompimento da igualdade de participação dos partidos políticos e dos respectivos candidatos no processo eleitoral; 2) a criação de deformação que afete a normalidade das eleições; 3) a introdução de fator de perturbação do pleito; ou 4) a promoção de alteração motivada por propósito casuístico.

Entendemos, assim, que a disciplina da “vida pregressa” deve respeitar o art. 16 da Constituição, até porque mudanças no processo eleitoral às portas da eleição, ainda que diante de um forte apelo popular (o que afasta o “propósito casuístico” da nova lei, mas não o “rompimento da igualdade de participação de partidos e candidatos no pleito eleitoral”), viola os fundamentos republicanos pela adoção da teoria maquiavélica de que “os fins justificam os meios”. Não podemos criar o que denominei de “Direito Eleitoral do Inimigo” (retroagir uma lei complementar, rasgando a CF/88, artigo 16, para “alcançar” os “condenados” – doravante inimigos – de uma lei anterior alcançada pela coisa julgada ou pelo princípio da segurança jurídica).

Direito “penal” do inimigo⁴ é uma teoria (Feindstrafrech) enunciada pelo doutrinador alemão *Günther Jakobs*, desde 1985, com base nas políticas públicas de combate à criminalidade nacional e/ou internacional.

A tese de Jakobs está fundada sob três pilares, a saber:

- (a) antecipação da punição do inimigo;
- (b) desproporcionalidade das penas e relativização e/ou supressão de certas garantias processuais;
- (c) criação de leis severas direcionadas à clientela (terroristas, delinquentes organizados, traficantes, criminosos econômicos, dentre outros) do Direito Penal (inimigos do Direito Penal).

Jakobs refere-se ao inimigo como alguém que não admite ingressar no Estado e assim não pode ter o tratamento destinado ao cidadão, não podendo beneficiar-se dos conceitos de pessoa. A distinção, portanto, entre o cidadão (o qual, quando infringe a Lei Penal, torna-se alvo do Direito Penal) e o inimigo (nessa acepção como inimigo do Estado, da sociedade) é fundamental para entender as ideias de Jakobs.

⁴ GOMES, Luiz Flávio. Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal). *Revista Jurídica Unicoc*, Ano 2, n. 2, 2005. ISSN 1807-023X

Assim, ao retroagirmos a LC nº 135/2010, estamos criando, no Direito Eleitoral, o Direito do Inimigo, não permitindo a cidadania de políticos, porquanto retirando-se-lhes várias garantias constitucionais.

3 CONCLUSÃO

a) A lei da Ficha Limpa – LC nº 135/2010 – não é inconstitucional por vício formal (violação do processo legislativo), porquanto as emendas de redação do Senado apenas indicaram interpretação constitucional, a ser feita pelo STF, no sentido da impossibilidade de retroatividade;

b) A lei da Ficha Limpa – LC nº 135/2010 – não é inconstitucional por vício material consistente na violação do princípio da inocência, pois este se aplica apenas na esfera criminal e não “cível eleitoral”. Ademais, tal princípio foi atenuado pela consagração da certeza jurídica, uma vez que o artigo 26-C da LC nº 64/90 (com redação dada pela Lei da Ficha Limpa) permite a “suspensão da inelegibilidade”, logo, em casos onde poderia haver injustiça, como recentemente o TSE⁵ o STF⁶ concederam.

c) Porém, a lei da Ficha Limpa – LC nº 135/2010 é inconstitucional por vício material consistente na violação do princípio da segurança jurídica (artigo 16 da CF/88), além da ofensa a coisa julgada e ao devido processo legal (contraditório e ampla defesa), caso retroaja a nova lei – Direito Eleitoral do Inimigo.

Portanto, na tarefa sublime em que me encontro como doutrinador, sou obrigado a examinar “se o bem não oculta o mal que tanto condenamos”, qual seja, o *casuismo*, ainda que do bem, a violação do artigo 16 da CF/88. Nisto reside a nossa divergência com quem tanto deseja aplicar a lei nova a menos de um ano e um dia do pleito, reconhecendo, nestes juristas, o melhor dos propósitos. Basta imaginar os seguintes exemplos:

Hipótese 1 - o cidadão é condenado, por exemplo, por 30-A, 41-A e 73/77 antes da publicação da LC nº 135/2010. Antes, não gerava inelegibilidade. Com a nova LC nº 135/2010, passa a ficar inelegível por 8 anos. Se a lei retroagir, além de ferir a coisa julgada, irá aplicar-lhe uma inelegibilidade (aliás, totalmente

⁵ Sobre a suspensão de inelegibilidade do casal Garotinho no TSE (AC nº 142.085/2010) e a forma que foi concedida, conferir na obra *Reformas eleitorais comentadas*, Saraiva, 2010, desse autor.

⁶ No RE nº 281.012, por meio da Petição nº 37.159/2010 o Ministro Gilmar Mendes, monocraticamente, proferiu a primeira suspensão de inelegibilidade do STF, para o senador Heráclito Fortes, mas na verdade como forma de “efeito suspensivo ao recurso extraordinário”, porém, *ad referendum* ao Pleno do STF. Outro caso no STF: Ministro Dias Toffoli converteu a petição avulsa em medida cautelar incidental (caso Isaura Lemos) ao recurso extraordinário, cuja admissibilidade foi objeto de decisão no AgRg nº 709.634/GO. Conferir o estudo completo desses casos na obra *Reformas Eleitorais Comentadas*, Saraiva, 2010, desse autor.

questionável – conferir nossa obra *Reformas eleitorais comentadas*, Saraiva, 2010) de 8 anos, sem permitir que tenha contraditório e ampla defesa, ferindo assim o devido processo legal também, pois como pode uma correspondência da Justiça Eleitoral “informá-lo” que agora é inelegível, sem que tenha se defendido disto? – De cidadão passa a ser “inimigo” do Estado, porquanto não lhe permite garantias processuais constitucionais elementares;

Hipótese 2 – o cidadão é condenado por abuso de poder (artigo 1º, I, da LC nº 64/90), antes da LC nº 135/2010, quando a sanção era de 3 anos. Depois, receberá uma carta da Justiça Eleitoral informando-o que doravante sua reprimenda eleitoral passou para 8 anos? Sem defesa no tocante ao princípio da proporcionalidade da reprimenda?

Onde fica a segurança jurídica nestas duas hipóteses? E a coisa julgada e o devido processo legal (com contraditório e ampla defesa)?

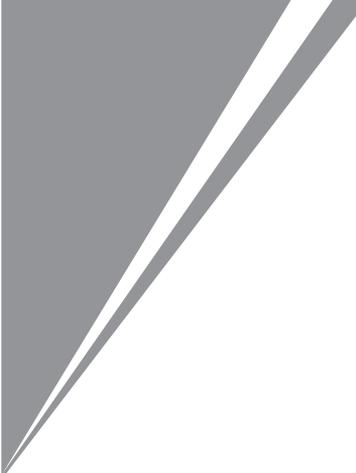
Por isto que sustentamos que violar o artigo 16 da CF/88 é violar a identidade constitucional, causando terríveis maldições jurídicas dos atos subsequentes, ficando difícil restaurar a verdade e a ciência jurídica eleitoral.

Portanto, é preciso *obtemperar a discussão*. Não podemos nos perverter pelo intelectualismo de superfície, colocando acima da Carta Republicana o rigorismo aparente ou adotar a máxima de que os fins justificam os meios. Não podemos tratar os membros do Parlamento como verdugos, porque a evolução de uma sociedade não se faz às pressas ou por cima de valores, mas sim cultivando nos corações humanos a necessidade de mudança. O tempo golpeará as tradições, o alvião do progresso modificará a paisagem e as transformações políticas gradativas e serenas renovarão a vida intelectual do eleitor.

Não há dúvida de que aceitar a luta é necessário, mas sem olvidar que *construir* o diálogo da harmonia e do equilíbrio é sempre melhor. Agradar a todos é marchar por um caminho largo, onde se esconde a mentira das convenções.

Do contrário, no que nos diferenciaríamos daqueles que criticamos com veemência? Por isto a necessidade do respeito ao primado da lei e da ordem (art. 16 da CF), guiando-nos por caminhos objetivos e perenes.

Por derradeiro, cabe indagar: a que serviriam longas discussões públicas inçadas de discórdias e aflições? A toda evidência, à separatividade, com prejuízos extremos para a sociedade, já que uma importante lei de iniciativa popular pode perder-se em odiosas discussões no STF e quiçá ser julgada inconstitucional por força de um detalhe: retroagir para alcançar inimigos, a saber, desviando de sua finalidade principal que seria moralizar o processo eleitoral para o futuro (e não pretérito que ofende diversos comandos constitucionais estudados).



MEMÓRIA

TRAÇOS HISTÓRICOS DOS PARTIDOS POLÍTICOS: DO SURGIMENTO ATÉ A SEGUNDA ERA DA MODERNIDADE

JOSÉ CARLOS FRANCISCO

Professor na Universidade Mackenzie/SP. Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais – IBEC. Juiz Federal na 3ª Região.

Associa a história dos partidos políticos à afirmação do regime democrático, destacando o papel que desempenham como agentes das principais mudanças na idade moderna. Relaciona desafios a serem enfrentados pelos partidos na atualidade: um deles é a vinculação da vontade do povo ao comportamento e às decisões dos representantes eleitos; outros desafios são o dinamismo e a fragmentação da sociedade em razão da crise de instituições e valores atuais. Conclui que a internet é importante instrumento no processo de integração e de modernização da vida democrática e partidária, por representar campo propício para a liberdade de comunicação.

Palavras-chave: Partido político; história; democracia; desafio; pós-modernidade.

Os partidos políticos são instituições de extraordinária importância na concepção do Estado de Direito, protagonizando as principais mudanças na idade moderna, de seu início até a atualidade. Por isso, também os partidos políticos sofrem transformações não só de ideologias ou de outros fundamentos que justificam sua formação, mas também no que concerne à estrutura de funcionamento e âmbito de atuação.

Até o início do século XIX, as casas parlamentares com funcionamento permanente não conheciam propriamente partidos políticos na concepção moderna do termo, pois nelas havia pessoas reunidas por tendências de opiniões, clubes populares, associações de pensamento, e grupos parlamentares, configurando apenas facções que atuavam independentemente de estruturas ordenadas e de programas de governo. Embora devam ser considerados como embriões dos atuais partidos políticos, esses grupos se firmavam em razão de diversos fatores, tais como afinidade por origem ou por ideologia.¹

¹ Alguns grupos parlamentares tiveram máculas sérias, merecendo registro a experiência inglesa do início do século XVIII, uma vez que em 1714 foi criado o *patronage secretary*, com atribuições para nomear pessoas para empregos do governo e realizar operações financeiras junto a parlamentares que davam sustentação ao Governo, havendo na própria Câmara um guichê no qual os parlamentares cobravam por seu voto.

Segundo Maurice Duverger, em 1850 nenhum país do mundo (com exceção dos Estados Unidos) conhecia partidos políticos no sentido moderno da palavra, pois esses começaram a se estruturar tão somente em 1831 com o *Reform Bill* do Reino Unido, mas, após 1950, os partidos funcionam na maioria das nações civilizadas, configurando-se atualmente como protagonistas do jogo democrático.²

É igualmente importante destacar que os grupos parlamentares até o século XIX não estavam necessariamente ligados à representação da vontade popular. No modelo de Estado Liberal da época, predominava o voto censitário, havendo diversas construções teóricas que justificavam a restrição do direito de participação na vida política apenas aqueles que dispunham de um mínimo de renda ou de propriedade.³ Segundo Paulo Ferreira da Cunha, em Aristóteles, democracia é a sociedade política que corresponde à corrupção da *politeia*, mas no século XX houve uma mutação semântica que permitiu que todos se pronunciem a favor da democracia, que passou a significar bom governo para os revolucionários franceses e para os *foundig fathers*, do que decorre a universalização do voto e o fortalecimento dos partidos políticos.⁴ Assim, dentre as causas de formação e de desenvolvimento dos partidos políticos, a partir do século XIX, estão a paulatina afirmação da democracia como regime de governo a ser alcançado, a extensão do sufrágio popular e a afirmação de prerrogativas parlamentares. Embora os partidos políticos modernos estejam conceitualmente vinculados à vontade popular, eles também são responsáveis pela contensão de movimentos insanos do povo, aspecto que realça seu papel de proteção a direitos fundamentais.⁵

² DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1970.

³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 121, p. ex., afirmou que todos os cidadãos deviam ter direito a dar seu voto para escolher o representante, exceto os que estivessem em estado de baixaza (considerados sem vontade própria). SIÉYÈS, Emmanuel, *A Constituinte burguesa, Qu'est-ce que le Tiers État?*, 3. ed., organização e introdução de Aurélio Wander Bastos, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 1997, temia o sufrágio universal pois conduziria à oclocracia (governo da plebe, pobre, faminta e sedenta de sangue), daí porque propôs sufrágio restrito (sob a capa da soberania da nação). MILL, John Stuart. *Considerações sobre o governo representativo*. Brasília: UnB, 1980, pregava que nem todas as ideias políticas têm o mesmo valor, motivo pelo qual propunha sistema de voto plural com peso maior para eleitores com estudos acadêmicos, decrescendo para operários especializados e supervisores e ainda mais para operários sem especialização.

⁴ CUNHA, Paulo Ferreira da. *Da Constituição antiga à Constituição moderna: República e virtude*. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*. Belo Horizonte: Ed. Fórum – Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais – IBEC, n. 5, jan./mar. 2008.

⁵ John Adams (In CASALINI; Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.) *Estado de direito: história, teoria, crítica*. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006 via indivíduos como seres corruptíveis, de modo que a seleção de representantes “filtraria” as opiniões e evitaria o “clamor” da multidão. ELSTER, Jon. *Ulisses and Sirens*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979, afirma que, nos processos políticos, a vontade majoritária pode ser irracional, de tal modo que o povo pode ser vítima de suas fraquezas ou paixões momentâneas.

Tomando como referência a história dos Estados Unidos, para verificar a aliança entre democracia e partidos políticos, a partir da fase republicana iniciada com a Declaração de Independência deu-se uma revolução democrática nos pensamentos, na prática e nas estruturas das instituições, enquanto a marcha para o oeste e a ampliação do número de proprietários de terras fez com que aumentassem o número de eleitores em várias regiões. Duas visões de república após a independência americana geraram o Republicanismo Populista (atualmente Partido Democrática, que contava com uma concepção positiva do povo) e o Republicanismo Clássico (da parte dos federalistas, atualmente Partido Republicano, que sublinhava o elemento da representação política, acreditando na confiança entre povo e representantes eleitos e no fato de os representantes filtrarem as opiniões do povo).⁶

Também o histórico dos partidos políticos brasileiros está associado à afirmação do regime democrático, desde a independência até a reabertura política no final do século XX.⁷ Embora no Império tenham existido facções pré-partidárias (como os “corcundas” ou Partido Português e o Partido da Independência ou Partido Brasileiro), o Período Regencial (com a abdicação de D. Pedro I) dá início à vida partidária brasileira com o Partido Liberal (exaltados, farroupilhas, jurujubas ou radicais), o Partido Conservador (moderados ou chimangos) e o Partido Caramuru (restauradores ou monarquistas). O movimento republicano gera o Partido Republicano (unindo, em 1870, liberais históricos, radicais e republicanos), com derivações no Partido Republicano Paulista, no Partido Republicano Carioca e no Partido Republicano Mineiro, uma vez que a República Velha ou Primeira República (1889-1930) refletia o forte movimento de fragmentação ou de federalização da época. A crise de 1926 fez com que cafeicultores paulistas, em março de 1926, lançassem o Partido Democrático, incluindo as principais reivindicações tenentistas, entre elas a do voto direto.

A Revolução de 1930 e a Segunda República (1930-1945) e, especialmente, o Decreto nº 21.076/32 regularam eleições e dispuseram sobre a existência jurídica dos partidos e sobre seus funcionamentos, prevendo partidos permanentes

⁶ Sobre o tema, ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006; ACKERMAN, Bruce, *Transformação do direito constitucional: nós, o povo soberano*. Trad. Julia Sichiery Moura e Mauro Raposo de Mello, do 2º volume da edição americana de *We, the people*, vol. 2: *Transformation: president and fellows of Harvard College* (1998). Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009; CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.) *Estado de direito: história, teoria, crítica*. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006; e PETIT, Philip. *Republicanism: a theory of freedom and government*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

⁷ Sobre o tema, FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *História e teoria dos partidos políticos no Brasil*. 2 ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1974; e CHACON, Vamireh. *História dos partidos brasileiros: discurso e praxis dos seus programas*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1981.

(com personalidade jurídica nos termos do artigo 18 do Código Civil da época) e partidos provisórios (formados transitoriamente à véspera dos pleitos, apenas para disputá-los). A curta experiência da Constituinte de 1934 foi maculada pelo sistema de representação profissional dentro das assembleias eleitas por sufrágio universal, que coexistiam com partidos e eram instrumento dos governos contra a livre ação dos partidos, mas o Decreto-Lei nº 37, de 2.12.37 agravou a situação com a extinção dos partidos políticos.

Com a redemocratização a partir de 1945 ou Terceira República (1954-1964), os partidos políticos foram obrigados a se organizar em âmbito nacional, e, ainda assim, então surgiram diversos partidos, com destaque para o Partido Social Democrático (PSD), o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) e a União Democrática Nacional (UDN), cujos estatutos marcam os movimentos ideológicos e políticos dominantes à época (cabendo destacar a perseguição aos partidos socialistas e comunistas). O Golpe de 1964 e a Quarta República (1964-1985) foi marcada por modificações no sistema partidário promovidas pelo AI nº 2, de outubro de 1965 (p. ex., adotando a fidelidade partidária, sob pena de perda de mandato) e pela atuação da Arena (Aliança Renovadora Nacional) e do MDB (Movimento Democrático Brasileiro), que seguiram na vida política até a Lei nº 6.767/79, que reformulou vários dispositivos da Lei Orgânica dos Partidos Políticos para dar liberdade na criação de partidos, o que se refletiu no atual sistema constitucional e legal, marcada pela pluralidade e ampla existência de partidos constituídos como instituições privadas e registradas na Justiça Eleitoral.

Na atualidade, há vários e importantes desafios a serem enfrentados pelos partidos políticos. Um desses desafios é, na verdade, um antigo problema, relacionado com a vinculação da vontade do povo ao comportamento e às decisões dos representantes eleitos pelo povo.⁸ Hans Kelsen desenhou a democracia representativa pelos partidos, tendo como premissa a ideia de que a democracia só poderá existir caso os indivíduos se agrupem segundo suas afinidades políticas, de modo que os partidos se inserem entre as pessoas e o Estado.⁹ Para que a democracia política não seja resumida apenas ao momento do voto nas eleições e para que a vontade popular possa alongar-se por toda a duração dos mandatos representativos, ordenamentos jurídicos (como a Constituição de 1988) afirmam-se na concepção de que o povo se governa escolhendo programas de governo oferecidos pelos partidos em eleições e que, por isso, devem ser executados fielmente por representantes eleitos (daí a exigência de candidaturas vinculadas a partidos e

⁸ BURKE, Edmund. Discursos aos eleitores de Bristol. In: WEFFORT, Francisco (Org.). *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 1996, v. 2, em Carta aos Eleitores de Bristol em 1774, afirmava que a opinião dos eleitores merecia elevado respeito, mas como deputado, ele não devia sacrificar a esses sua opinião imparcial, seu juízo amadurecido, sua consciência refletida.

⁹ KELSEN, Hans. *A democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

a imposição de programas de governo e de fidelidade partidária). Todavia, é visível a irresponsabilidade de muitos partidos na confecção de programas de governo, não só estabelecendo metas irrealizáveis ou desprovidas de dados materiais que as viabilizem, como também há promessas feitas em alguns programas que sequer se inserem na área de atuação constitucional ou legal para o qual o programa é elaborado, além de diversos outros problemas como a despersonalização do partido (a legenda perde espaço em favor do “nome” de um político que a domina).

Outro desafio a ser enfrentado pelos partidos na atualidade é o dinamismo e a fragmentação da sociedade, na qual o Estado não é mais considerado como fenômeno isolado em razão da crise de instituições e valores atuais, o individualismo conduz a perda de sentidos, a revolução tecnológica emprega um outro dinamismo na sociedade (há uma instantaneidade), surge a sociedade de risco (Ulrick Beck), caracterizando a sociedade contemporânea como complexa, desordenada, indeterminada e incerta, um verdadeiro labirinto. Jacques Chevallier destaca que na segunda era da modernidade (ou pós-modernidade), marcada por complexidades, pontos de vista diversos e contraditórios, pela indeterminação, com elementos que exacerbam aspectos que estavam na modernidade (hipermodernidade) e esquemas que se libertam da modernidade (anti-modernidade), a concepção da democracia representativa (na qual partidos políticos assumiam o papel de atender os interesses da sociedade) é herança do passado e precisa ser revista, sendo clara a crise no sistema de representação em razão da desconfiança de parte dos representados em face da atuação dos representantes, que seriam incapazes de responder às expectativas dos cidadãos (indiferença, insegurança, incapacidade para influenciar o curso dos fatos). Corrupção em todos os níveis e a todo momento (com informações muitas vezes manipuladas), desinteresse pelo povo na participação nas eleições (especialmente em países com voto livre) e enfraquecimento dos partidos políticos pelas crises de corrupção e outros motivos impõem a adaptação para uma mediação entre sociedade civil e sociedade política, o que levaria à substituição da democracia mediada por democracia de opinião (p. ex., com a promoção da opinião pública e novas estratégias de comunicação, de tal modo que programas políticos devem surgir não no seio das organizações partidárias mas a partir do instante em que os pontos de vista dos próprios cidadãos são expressados).¹⁰

Parece evidente que a pós-modernidade impõe mudanças profundas nos princípios de organização das sociedades ocidentais no início do século XXI, que afetam todos os níveis do edifício social e suas instituições (a despeito de particularidades locais), de maneira que mudanças globais impõem alterações nos esquemas tradicionais de organização, incluindo os partidos políticos como

¹⁰ Sobre o assunto, CHEVALLIER, Jacques, *L'état post-moderne*. 3. éd. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2008. Série Politique.

protagonistas do processo político. Um instrumento de extraordinária importância nesse processo de integração e de modernização da vida democrática e partidária é a internet, campo propício para a liberdade de comunicação que escapa ao poder e à dominação, partindo do pluralismo que, se levado a sério pelas autoridades partidárias, tem potencial para alavancar a participação popular e a atuação democrática dos partidos.¹¹

¹¹ Sobre a matéria, LÉVY, Pierre. *As tecnologias da inteligência*. São Paulo: Editora 34, 1995; e numa visão crítica, BRETON, Philippe. *L'utopie de la communication*. Paris: La Découverte, 1995.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Tradução: Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. *Transformação do direito constitucional: nós, o povo soberano*. Trad. Julia Sichieri Moura e Mauro Raposo de Mello, do 2º volume da edição americana de *We, the people, vol. 2: Transformation: president and fellows of Harvard College* (1998). Belo Horizonte: Del Rey Ed., 2009.

BRETON, Philippe. *L'utopie de la communication*. Paris: La Découverte, 1995.

BURKE, Edmund. *Discursos aos eleitores de Bristol*. In: WEFFORT, Francisco (Org.). *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 1996. v. 2

CASALINI Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *Estado de direito: história, teoria, crítica*. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CHACON, Vamireh. *História dos partidos brasileiros: discurso e praxis dos seus programas*. Brasília: Ed. UnB, 1981.

CHEVALLIER, Jacques. *L'état post-moderne*. 3e éd. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2008. Série Politique.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Da Constituição antiga à Constituição moderna: República e virtude. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Ed. Fórum – Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais – IBEC, n. 5, jan./mar. 2008.

DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1970.

ELSTER, Jon. *Ulisses and Sirens*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *História e teoria dos partidos políticos no Brasil*. 2 ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1974.

KELSEN, Hans. *A democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LÉVY, Pierre. *As tecnologias da inteligência*. São Paulo: Editora 34, 1995.

MILL, John Stuart. *Considerações sobre o governo representativo*. Brasília: Ed. UnB, 1980.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

PETIT, Philip. *Republicanism: a theory of freedom and government*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

SIÉYÈS, Emmanuel. *A Constituinte burguesa: qu'est-ce que le tiers état?* 3. ed. Org. e introd.: Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.



SGI

SECRETARIA DE GESTÃO DA INFORMAÇÃO

Esta obra foi composta na fonte Frutiger LT Std,
corpo 11, entrelinhas de 14,5 pontos, em papel AP 75 g/m² (miolo)
e papel AP 180 g/m² (capa).

Impressa em julho de 2010