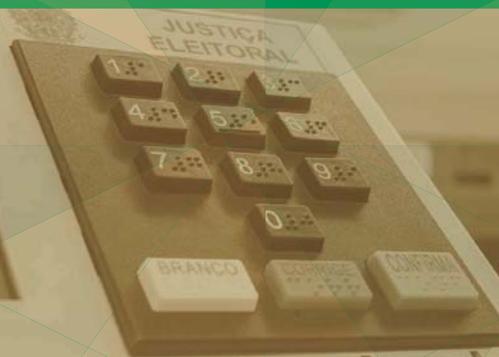




ESTUDOS ELEITORAIS

Volume 9 - Número 2

Maio/Agosto 2014





ESTUDOS ELEITORAIS

Volume 9 - Número 2

Maio/Agosto 2014

© 2014 Tribunal Superior Eleitoral

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

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

Secretário-Geral da Presidência
Carlos Vieira von Adamek

Diretora-Geral
Leda Marlene Bandeira

Diretor da EJE
Ministro João Otávio de Noronha

Secretário de Gestão da Informação
Geraldo Campetti Sobrinho

Editoração e revisão editorial
Coordenadoria de Editoração e Publicações (Cedip/SGI)

Editoração
Seção de Editoração e Programação Visual (Seprov/Cedip/SGI)

Capa e projeto gráfico:
Virginia Soares

Revisão editorial
Seção de Preparação e Revisão de Originais (Seprev/Cedip/SGI)

Revisão e normalização técnica
Anna Cristina de Araújo Rodrigues

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

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

(Tribunal Superior Eleitoral – Biblioteca Alysson Darowish Mitraud)

Estudos eleitorais / Tribunal Superior Eleitoral. - Vol. 1, n. 1
(1997) - . - Brasília : Tribunal Superior Eleitoral, 1997- .
v. ; 24 cm.
Quadrimestral.
Suspensa de maio de 1998 a dez. 2005, e de set. 2006 a
dez. 2007.

ISSN 1414-5146

I. Tribunal Superior Eleitoral.

CDD 341.2805

Tribunal Superior Eleitoral

Presidente

Ministro Dias Toffoli

Vice-Presidente

Ministro Gilmar Mendes

Ministros

Ministra Laurita Vaz

Ministro João Otávio de Noronha

Ministro Henrique Neves

Ministra Luciana Lóssio

Procurador-Geral Eleitoral

Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Coordenação da Revista Estudos Eleitorais

Ministro João Otávio de Noronha

Conselho Científico

Ministro Ricardo Lewandowski

Ministra Nancy Andrighi

Ministro Aldir Guimarães Passarinho Junior

Ministro Hamilton Carvalhido

Ministro Marcelo Ribeiro

Álvaro Ricardo de Souza Cruz

André Ramos Tavares

Antonio Carlos Marcato

Clèmerson Merlin Clève

Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

José Jairo Gomes

Luís Virgílio Afonso da Silva

Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo Santos

Marco Antônio Marques da Silva

Paulo Bonavides

Paulo Gustavo Gonet Branco

Paulo Hamilton Siqueira Junior

Walber de Moura Agra

Walter de Almeida Guilherme

Composição da EJE

Diretor

Ministro João Otávio de Noronha

Vice-Diretora

Dra. Ângela Cignachi Baeta Neves

Assessora-Chefe

Dra. Cristiana Duque de Faria Pereira

Servidores

Adriano Alves de Sena

Ana Karina de Souza Castro

Quéren Marques de Freitas da Silva

Rodrigo Moreira da Silva

Colaboradores

Anna Cristina de Araújo Rodrigues

Keylla Cristina de Oliveira Ferreira

Raphael Vasco dos Santos Lima

SUMÁRIO

Apresentação.....	7
O gasto de publicidade institucional no ano eleitoral e os limites impostos pela Lei nº 9.504/1997 ADRIANA CAMPOS E IGOR BRUNO SILVA DE OLIVEIRA	10
Implicações legais no período pré-eleitoral ANDERSON POMINI	30
Desaprovação das contas de campanha do candidato – avanço da legislação para as eleições de 2014 FERNANDO MARQUES SÁ.....	51
Democracia, igualdade de oportunidades e o horário eleitoral gratuito: a nova redação do art. 47, § 2º, incisos I e II, da Lei nº 9.504/1997 GUSTAVO BOHRER PAIM E CAETANO CUERVO LO PUMO.....	63
Viragem jurisprudencial em matéria eleitoral e segurança jurídica: estudo sobre o caso da declaração de inconstitucionalidade do recurso contra expedição de diploma pelo Tribunal Superior Eleitoral MARCELO ROSENO DE OLIVEIRA.....	83
O caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos e seus reflexos sobre a Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar nº 64/1990) VOLGANE OLIVEIRA CARVALHO	106

APRESENTAÇÃO

A Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral (EJE/TSE) apresenta ao leitor o segundo número da revista *Estudos Eleitorais* de 2014, composto de seis artigos.

O primeiro artigo, intitulado “O gasto de publicidade institucional no ano eleitoral e os limites impostos pela Lei nº 9.504/1997”, da autoria de Adriana Campos e Igor Bruno Silva de Oliveira, trata da Lei nº 9.504/1997, ou Lei das Eleições, que enumerou as condutas vedadas aos agentes públicos em campanha no ano das eleições. Em especial, os autores analisam a conduta vedada descrita no inciso VII do art. 73 da Lei nº 9.504/1997, que trata do limite de gastos de publicidade institucional no ano eleitoral.

Anderson Pomini, autor do segundo artigo, cujo título é “implicações legais no período pré-eleitoral”, discute as lacunas e indefinições legais que geram desequilíbrio na disputa eleitoral e insegurança jurídica, sobretudo no período pré-eleitoral. Para ele, a Justiça Eleitoral tem avançado sobre temas de competência de outro poder, em especial nos últimos pleitos, e a legislação brasileira apresenta pontos críticos que carecem de enfrentamento pelo Legislativo e extrema prudência e parcimônia do Judiciário.

No artigo “Desaprovação das contas de campanha do candidato – avanço da legislação para as eleições de 2014”, Fernando Marques Sá aborda as consequências de uma prestação de contas julgadas desaprovadas, nos termos do art. 30, III, da Lei nº 9.504/1997, e do art. 54, III, § 4º, da Resolução-TSE nº 23.406/2014. De forma didática, o autor conclui que houve um tempo em que valia a pena o partido político lançar um

candidato a cargo eletivo e, posteriormente ao registro de sua candidatura, “lavar as mãos” sobre uma eventual desaprovação das suas contas, já que isso não ensejaria nenhum prejuízo ao partido. Hoje, porém, o partido que lançar um candidato fica responsável pela sua prestação de contas e, principalmente, pela aprovação de todo o procedimento, pois poderá sofrer sanções de ordem financeira que vão comprometer a direção partidária.

O quarto artigo, “Democracia, igualdade de oportunidades e o horário eleitoral gratuito: a nova redação do art. 47, § 2º, incisos I e II, da Lei nº 9.504/1997”, de autoria de Gustavo Bohrer Paim e Caetano Cuervo Lo Pumo, se ocupa dos princípios da democracia e da igualdade de oportunidades no Direito Eleitoral, especialmente no que tange à propaganda eleitoral e ao horário eleitoral gratuito. Em especial, estuda a nova redação do art. 47, § 2º, incisos I e II, da Lei nº 9.504/1997, que alterou a distribuição do tempo de propaganda eleitoral em rádio e televisão, violando a igualdade de oportunidade entre os candidatos. Os autores concluem que é inconstitucional essa recente alteração legislativa.

O penúltimo artigo, “Viragem jurisprudencial em matéria eleitoral e segurança jurídica: estudo sobre o caso da declaração de inconstitucionalidade do recurso contra expedição de diploma pelo Tribunal Superior Eleitoral”, de Marcelo Roseno de Oliveira, examina a viragem da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral ocorrida por ocasião da apreciação do Recurso contra Expedição de Diploma nº 8-84/PI. Em seu estudo, o autor procura desvendar a repercussão, no plano do direito intertemporal e considerados os processos em curso, de pronunciamento judicial que extingue, sob a pecha de inconstitucional, a própria possibilidade jurídica de ajuizamento da ação, concluindo que seria recomendável a modulação dos efeitos da declaração incidental, atribuindo-lhe efeitos prospectivos e preservando os feitos pendentes.

O artigo que fecha este número da revista *Estudos Eleitorais*, “O caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos e seus reflexos sobre a Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar nº 64/1990)”, é da autoria de Volgane Oliveira Carvalho, que analisa a influência do julgamento do caso pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Direito Eleitoral brasileiro. Segundo o autor, o Brasil era diretamente interessado no

desenrolar do caso, visto que tem legislação específica que dispõe sobre hipóteses de inelegibilidade, estabelecidas pela Lei Complementar nº 64/1990, que ultrapassa a literalidade do Pacto de San José da Costa Rica. O autor conclui que a legislação brasileira encontra-se inteiramente resguardada, pois não afronta a norma continental de proteção aos direitos humanos.

A Escola Judiciária Eleitoral, com mais um número da revista Estudos Eleitorais, reafirma seu empenho na valorização dos estudos eleitorais, sobretudo no que tange à abordagem histórica, teórica e prática de temas como cidadania e democracia, e incentiva novas colaborações nessa relevante área do saber humano.

O GASTO DE PUBLICIDADE
INSTITUCIONAL NO ANO
ELEITORAL E OS LIMITES
IMPOSTOS PELA LEI Nº 9.504/1997¹

THE INSTITUTIONAL PUBLICITY
EXPENDITURE DURING THE ELECTION
YEAR AND THE SEALED LIMITS DESCRIBED
AT LAW Nº 9.504/1997

ADRIANA CAMPOS²

IGOR BRUNO SILVA DE OLIVEIRA³

¹ Artigo recebido em 22 de abril de 2014 e aprovado para publicação em 9 de maio de 2014.

² Doutora em Direito Constitucional. Mestre em Direito Econômico. Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

³ Mestrando em Direitos Políticos e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista em gestão pela Fundação Dom Cabral. Advogado atuante na seara eleitoral.

RESUMO

Com o advento da reeleição que possibilitou aos agentes políticos concorrer a um novo mandato eletivo sem a necessidade de se afastarem dos seus respectivos cargos, tornou-se imperiosa a criação de normas que objetivem manter o equilíbrio entre os participantes do certame e, ao mesmo tempo, a continuidade dos atos administrativos regulares de gestão. Nesse contexto, foi promulgada a Lei nº 9.504/1997 que, dentre outras normas, enumerou as condutas vedadas aos agentes públicos em campanha no ano das eleições. Constitui objeto de análise do presente artigo a conduta vedada descrita no inciso VII do art. 73 da Lei nº 9.504/1997 que trata do limite de gastos de publicidade institucional no ano eleitoral.

Palavras-chave: Direito Eleitoral. Eleições. Reeleição. Conduta vedada. Publicidade institucional.

ABSTRACT

With the advent of reelection that allowed politicians could run for a new term of elective office without need to quit from their respective offices was born the need to create standards aimed at maintaining the balance between all the participants of the event and at the same time allow the continuity regular administrative management actions. In this context it was enacted Law nº 9.504/1997, which, among other rules, listed the forbidden acts to public agents in campaigning during the election year. The object of analysis of this article is the prohibited conduct described in paragraph VII of art. 73 of Law nº 9.504/1997 dealing with the spending limit of institutional publicity in election year.

Keywords: Electoral law. Elections. Reelections. Prohibited conduct. Institutional publicity.

1 Introdução

A soberania popular⁴ é um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito e se materializa na escolha pelo povo dos titulares da chefia do Poder Executivo e de seus representantes no parlamento.

O processo eleitoral é o instrumento democrático que visa assegurar o exercício da soberania popular e deve ser objeto de grande atenção por parte de todos para que o resultado das urnas represente a vontade, desprovida de vícios, do eleitorado.

O ordenamento jurídico brasileiro, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 16/1997, alterou o § 5º do art. 14 da Constituição da República, passando a permitir que os agentes públicos providos de mandato eleitoral pudessem concorrer à reeleição para cargos no Poder Executivo, por uma vez, sem a necessidade de desincompatibilização.

Desse dispositivo constitucional nasceu a necessidade de se estabelecerem normas de condutas que regulassem a atuação dos agentes públicos em campanha para resguardar a igualdade de oportunidades a todos os participantes do certame eleitoral.

A necessidade de se criarem mecanismos de controle sobre a administração, sobre o poder público e, principalmente, sobre os representantes que obtiveram seus mandatos por meio de outorga popular está inserida nos ideais do Estado Democrático de Direito.

Nessa ordem de ideias, nenhuma atividade administrativa regular pode ser considerada como abuso de poder e, por extensão, todo abuso será produto de infração à norma legal que proíbe a prática de determinado ato.

O conceito de abuso de poder é genérico e abrangente, podendo ser definido como o ato que, trazendo benefício a candidato ou prejuízo

⁴ Segundo Bonavides, entende-se soberania popular como o “estado como portador de uma vontade suprema e soberana – “a suprema potesta” –, que deflui de seu papel privilegiado de ordenamento político monopolizador da coação incondicionada na sociedade” (2012, p. 91).

a seu concorrente, contraria princípios da administração pública, notadamente a legalidade e a impessoalidade que devem nortear a sua atuação.

2 Da norma infraconstitucional que regulamenta as eleições

Diante da aprovação da reeleição sem a necessidade de desincompatibilização⁵, a promulgação da Lei nº 9.504/1997 serviu para que o legislador, dentre outras providências, enumerasse algumas condutas vedadas aos agentes públicos⁶ em campanha eleitoral.

Conhecida como Lei das Eleições, a Lei nº 9.504/1997 representou uma mudança de paradigma na legislação eleitoral brasileira, pois serviu para consolidar as normas básicas sobre registro de candidatura,

⁵ Decomain (2004, p. 11) observa que “essa nova norma constitucional não veio acompanhada de outra que exigisse o afastamento dos chefes do Poder Executivo de seus cargos, com certa antecedência, quando desejassem candidatar-se à reeleição para o mesmo cargo. Criou-se, com isso, uma ruptura significativa no sistema de desincompatibilizações vigente do país. Basta registrar que, se o chefe do Poder Executivo desejar candidatar-se a um outro cargo qualquer, deverá renunciar ao cargo que ocupa, dentro do prazo de seis meses antes do pleito, conforme determina o § 6º, do mesmo art. 14 da Constituição Federal”.

⁶ Para Gomes (2011, p. 511), o termo agente público “é tecnicamente empregado para designar os exercentes de funções estatais. Abrange os chamados agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares que colaboram com o Estado, como os mesários da Justiça Eleitoral e jurados no Tribunal do Júri. Consoante ensina Bandeira de Melo (2002, p. 219), trata-se de expressão genérica pela qual se nomeiam os sujeitos que servem ao poder público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente.” De acordo com o § 1º do art. 73 da Lei nº 9.504/1997, “reputa-se agente público, para os efeitos deste artigo, quem exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta, ou fundacional”.

propaganda, coligações, além de sanções de multa, perda de cargo e inelegibilidade.⁷

Sua elaboração visava, a princípio, regulamentar o pleito de 1998. Todavia, com o advento da reeleição, acabou sendo aplicada às eleições seguintes em função da aprovação da emenda constitucional, em abril de 1997, que permitiu a reeleição para cargos do Executivo.

Antes de sua promulgação, o Congresso Nacional editava uma nova lei a cada dois anos. Com a emenda da reeleição, optou-se por aproveitar o seu projeto de lei para inserir as normas de controle relativas aos agentes políticos em campanha.

3 Das condutas vedadas

O art. 73 do referido diploma enumera uma série de atos vedados aos agentes políticos de um modo geral, alguns deles relacionados ao período eleitoral e outros relativos ao tempo antecedente a este.⁸

⁷ Esta lei rompe com um longo ciclo da vida jurídico-eleitoral brasileira, durante o qual a cada eleição era aprovada uma nova lei, destinada a regulamentá-la. Como as normas daquela lei serviam apenas para a eleição à qual o texto legislativo se referia, exauriam-se uma vez findo aquele pleito. Efetivamente, a despeito da existência, em vigor, de um Código Eleitoral (Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965), era usual que a cada eleição o Congresso Nacional editasse normas específicas destinadas a regular sua realização, alterando, inclusive, para aquele tipo específico, regras do próprio Código Eleitoral. [...] Com a presente lei já ocorre algo diferente. Não se destina ela a regular apenas as eleições do ano de 1998, mas as eleições de modo geral, como consta, inclusive, de sua ementa e como fica absolutamente claro no *caput* do art. 1º, ora analisado, que se refere a todas as eleições, nos três níveis, ou seja, federal, estadual e distrital e municipal (DECOMAIN, 2004, p. 9-10).

⁸ O exercício da função normativa da Justiça Eleitoral se dá por meio da resposta de consultas que deverão ser formuladas antes do início das eleições. O TSE, por via transversa, definiu que o período das convenções vai de 12 a 30 de junho do ano do pleito (art. 8 da Lei nº 9.504/1997) e já é considerado como período eleitoral, tendo em vista que, nessa data, não mais responde às consultas formuladas. "Consulta. Formação. Coligações. Início. Período. Realização. Convenções partidárias. Art. 8º, *caput*, da Lei nº 9.504/1997. Não-conhecimento. Precedentes. Não se conhece de consulta sobre formação de coligações se já iniciado o período de realização das convenções partidárias". (Consulta nº 1.279, Resolução nº 22.253, de 20.6.2006, rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, publicação: *DJ - Diário de Justiça*, data: 7.8.2006, p. 136).

Tais condutas vedadas têm como propósito preservar a igualdade de oportunidades entre os candidatos. Além disso, essas limitações visam coibir abusos do poder por parte dos administradores em benefício de determinados candidatos ou partidos políticos ou em prejuízo de seus adversários políticos.

Na prática, as condutas ali descritas nada mais são que hipóteses de atos de abuso de poder econômico/político⁹ que o legislador cuidou de enumerar e de dar tratamento especial ante a sua gravidade.

Gomes (2011, p. 510) esclarece tratar-se de rol taxativo:

Entre as inumeráveis situações que podem denotar uso abusivo de poder político ou de autoridade, o legislador destacou algumas em virtude de suas relevâncias e reconhecida gravidade no processo eleitoral, interditando-as expressamente. São as denominadas condutas vedadas, cujo rol encontra-se nos artigos 73 a 78 da Lei nº 9.504/1997. Trata-se de *numerus clausus*, não se admitindo acréscimo no elenco legal. Sobretudo em razão de seu caráter sancionatório, as regras em apreço não podem ser interpretadas extensiva ou ampliativamente, de modo a abarcar situações não normatizadas.

Acerca da caracterização da incidência da conduta vedada, há correntes divergentes.

⁹ Com o advento da Lei Complementar nº 135/2010, não há mais falar em prova da potencialidade lesiva para a configuração do abuso, e sim na gravidade das condutas em questão. O inciso XVI do art. 22 da Lei Complementar nº 64/1990, incluído pela Lei Complementar nº 135/2010, estabelece que, “para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam”. A gravidade das circunstâncias do ato em si considerado, e não a sua probabilidade em influir no resultado da eleição, passa a ser o pressuposto para configurar o abuso de poder. A inovação legislativa tem o evidente sentido de afastar a exigência da potencialidade para influir no resultado das eleições como pressuposto da declaração de presença de ato abusivo. Para o TSE, o requisito da potencialidade configuradora do abuso de poder deve “ser apreciado em função da seriedade e da gravidade da conduta imputada, à vista das particularidades do caso, não devendo tal análise basear-se em eventual número de votos decorrentes do abuso, ou mesmo em diferença de votação, embora essa avaliação possa merecer criterioso exame em cada situação concreta”. (Recurso Contra Expedição de Diploma nº 755, Acórdão de 24.8.2010, rel. Min. Arnaldo Versiani Leite Soares, publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, data: 28.9.2010, p. 11 e 15).

Para Olivar Coneglian (2008, p. 334), “há um elemento normativo: ‘tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre os candidatos nos pleitos eleitorais’, com o acréscimo de que “nenhuma dessas condutas é aceita, porque elas afetam realmente a igualdade de oportunidades”.

Opinião convergente é a de Decomain (2004, p. 352):

Embora o dispositivo diga que as condutas devam ser tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais, serão elas punidas, nos termos dos parágrafos deste artigo, mesmo que tal objetivo concretamente não chegue a ser alcançado.

Em sentido contrário é o pensamento de Gomes (2011, p. 512):

O que se impõe para a perfeição da conduta vedada é que o evento considerado tenha aptidão para lesionar o bem jurídico protegido pelo tipo em foco, no caso, a igualdade na disputa. [...] Assim, não chega a configurar o ilícito em tela hipóteses cerebrinas de lesão, bem como condutas absolutamente irrelevantes ou inócuas relativamente ao ferimento do bem jurídico salvaguardado.

A nosso ver, a interpretação menos gravosa do dispositivo parece ser acertada. Para caracterizar a violação ao bem tutelado – o princípio da isonomia –, é necessário que o ato praticado tenha “capacidade concreta para comprometer a igualdade do pleito¹⁰”, ou seja, “para configuração de conduta vedada a agente público, segundo os tipos da Lei das Eleições, o fato deve apresentar capacidade concreta para comprometer a igualdade do pleito.”¹¹

Destarte, o objetivo da norma é conceder aos candidatos as mesmas oportunidades, coibir o abuso dos agentes públicos no exercício de suas funções e punir eventuais condutas irregulares.

¹⁰ Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 25.758, Acórdão de 22.3.2007, rel. Min. Antonio Cezar Peluso, publicação: *DJ - Diário de Justiça*, data: 11.4.2007, p. 199).

¹¹ Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 25.758, Acórdão de 22.3.2007, rel. Min. Antonio Cezar Peluso, publicação: *DJ - Diário de Justiça*, data: 11.4.2007, p. 199).

4 Do limite de gastos de publicidade no ano das eleições

Dentre as preocupações do legislador para assegurar a igualdade de oportunidades no pleito eleitoral, o presente estudo se aterá ao disposto no inciso VII do art. 73 da Lei nº 9.504/1997, que declara como vedada a realização, em ano de eleição, antes do prazo fixado no inciso anterior, de despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam à média dos gastos nos três últimos anos que antecedem o pleito ou do último ano imediatamente anterior à eleição.

O escopo da norma é impedir a exploração da máquina administrativa, visando garantir a isonomia nas eleições no que toca aos gastos de publicidade.

O referido inciso proíbe, no ano da eleição, mesmo antes do prazo de três meses antecedentes a ela, que os gastos com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais e municipais e das entidades da administração indireta excedam a média de gastos nos três últimos anos que antecedem o pleito ou do último ano imediatamente anterior à eleição.

Para Decomain (2004, p. 358):

O que o dispositivo pretende é que os gastos com publicidade, mesmo aquela a ser veiculada antes dos três meses antecedentes ao pleito, não sejam maiores do que os realizados nos anteriores, com o acréscimo da alegação de que o legislador pretendeu impedir, também através desse dispositivo, que a publicidade oficial, embora indiretamente, pudesse servir como meio de difusão e propaganda de candidaturas, pretensão que não caracteriza nenhum disparate.

Tal proibição se mostra de extrema relevância uma vez que frequentemente os chefes do Executivo, responsáveis por escolher como veicular a publicidade, a fazem, ainda que inadvertidamente, em desacordo com o princípio da impessoalidade.

Não obstante a incorrência da conduta depender basicamente de um cálculo matemático¹², a interpretação dos itens que devem ser considerados na referida contagem suscita intrigante debate jurídico.

A primeira dúvida que se coloca é: devem ser computados somente os gastos de publicidade da administração direta, ou os gastos relativos à administração indireta também deverão ser calculados?

Considerando que o escopo da norma é que, no ano eleitoral, a publicidade institucional mantenha a média de gastos dos anos anteriores, o cômputo dos gastos deve incluir as campanhas publicitárias da administração indireta, ou seja, o cômputo de gastos deve ser global.¹³ A única exclusão admitida seriam as campanhas de grave e urgente necessidade pública.¹⁴

Ainda levando em conta o objetivo do legislador de manter o equilíbrio, entende-se que os gastos de publicidade relativos à publicação de atos oficiais no Diário Oficial devem ser excluídos por não fazer promoção, sequer indireta, do agente público.

Nesse sentido, já se pronunciou o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que, ao apreciar o invocado art. 37, § 1º, CR/1988, assentou que

¹² “Para se aplicar essa norma corretamente, deve-se apanhar a média do valor global gasto de publicidade realizado nos últimos três anos (de janeiro a dezembro dos anos de 2003, 2004 e 2005, por exemplo) e compará-lo com a soma dos gastos realizados com publicidade oficial no ano imediatamente anterior ao ano da eleição (janeiro a dezembro de 2004, por exemplo). O valor menor da comparação deve ser cotejado com o valor global de despesas realizadas no ano da eleição (primeiros seis meses do ano)” (COSTA, 2006, p. 878).

¹³ No cálculo para verificação ou não de aumento de despesas com publicidade, deve ser considerado o gasto global, que abranja a publicidade da administração pública direta e indireta. Nesse sentido: Petição nº 1.880, de 29.6.2006, rel. Min. Carlos Ayres Britto, Nota nº AGU/LS-02/2002 e Nota Técnica nº 14/2009/DENOR/SGCN/SECOM-PR da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República.

¹⁴ A AGU entende que não haveria vedação na alteração dos gastos com publicidade institucional de campanhas de interesse da população, em caso de grave e urgente necessidade pública (Notas nº AGU/LS-02/2002 e AGU/ AS-01/2002).

a publicação de atos oficiais, tais como leis e decretos, não caracteriza publicidade institucional.¹⁵

De fato, a mera publicação de atos oficiais, quais sejam, leis, decretos e portarias, não se confunde com publicidade institucional proibida pelo dispositivo supracitado da Lei das Eleições.

Outra questão que aguça o interesse dos estudiosos do tema é se o cálculo deve ser feito anualmente, ou se a média pode ser obtida mês a mês.

Entendemos que a hipótese descrita não pode ter interpretação elástica.

O rol das condutas vedadas é taxativo e restritivo. Tratando-se de hipótese de *numerus clausus*, não se admite a comparação mensal dos gastos.

Com efeito, e “sobretudo em razão de seu caráter sancionatório, as regras em apreço não podem ser interpretadas extensiva ou ampliativamente, de modo a abarcar situações não normatizadas” (GOMES, 2011, p. 510).

A esse respeito, cita-se o ensinamento de Costa:

O texto do art. 73, inciso VII, da Lei nº 9.504/97 é absolutamente claro: a norma por ele veiculada veda que no ano da eleição, antes do prazo de três meses do dia da eleição, sejam realizadas despesas com publicidade dos órgãos públicos, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam a média dos gastos: (a) nos três últimos anos que antecedem o pleito, ou (b) do último ano imediatamente anterior à eleição, prevalecendo a que for menor. [...] Para a reta aplicação da norma glosada, não se pode fazer comparações mês a mês das despesas realizadas com publicidade institucional, ou correlações com critérios subjetivos,

¹⁵ Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 25.748, Acórdão de 7.11.2006, rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, publicação: *DJ - Diário de justiça*, data: 30.11.2006, p. 96.

deixando-se de ater às normas jurídicas aplicáveis, que fixam a fronteira entre o lícito e o ilícito. As impressões pessoais, o desejo político, a eleição e os critérios de realização de gastos, todos eles fogem à reta interpretação e aplicação da norma jurídica, que dispõe como devem agir os agentes públicos. A norma do art. 73, inciso VII, não fixa como critério de cálculo os gastos globais com despesas públicas realizados no ano da eleição. Tampouco se analisam os gastos mês a mês, ou se equipara o mês de um ano com o mês de outro ano anterior, ou qualquer outro critério que poderia utilizar.

Ao analisar o tema, o TSE concluiu que a decisão regional que fixou como valor máximo a ser gasto no primeiro semestre do ano eleitoral a quantia referente à metade da média anual dos três anos anteriores teria criado proporcionalidade não prevista em lei, esclarecendo, ainda, sobre a impossibilidade de se aumentarem restrições estabelecidas na norma legal. Ou seja, a distribuição de publicidade institucional efetuada nos meses permitidos em ano eleitoral deve ser feita no interesse e conveniência da administração pública, desde que observada, como valor máximo, a média de gastos nos três anos anteriores ou do ano imediatamente anterior à eleição.¹⁶

Em sentido contrário é a opinião de Gomes, que preconiza que “a média mensal é mais justa, coadunando melhor com as ideias de moralidade administrativa e hígidez das campanhas” (2011, p. 529).

Assentadas essas premissas, cumpre então fixar o conceito técnico-jurídico de despesas.

Aliomar Baleeiro, em clássica lição doutrinária, assinala o seguinte conceito (1981, p. 65):

A despesa é a autorização para gastos com as várias atribuições governamentais. Forma, por outras palavras, o complexo da distribuição das receitas para o custeio dos diferentes setores da administração. [...] Envolve, em regra geral, fins de serviço público, regulados pelo Direito Administrativo e,

¹⁶ Agravo de Instrumento nº 2.506, Acórdão nº 2.506 de 12.12.2000, rel. Min. Fernando Neves Da Silva, publicação: *DJ - Diário de Justiça*, volume 1, data: 27.4.2001, p. 234. RJTSE – *Revista de Jurisprudência do TSE*, v. 12, tomo 4, p. 133.

quase sempre, realizados segundo a técnica da Ciência da Administração.

De fato, gasto denota o efetivo dispêndio de dinheiro público – materializado pela liquidação da despesa –, não se confundindo com a mera realização dessa despesa, termo técnico que designa a geração, a assunção de obrigação financeira pelo órgão estatal, e não seu pagamento.

Não se trata tão somente de distinção doutrinária, pois que apresenta reflexos concretos: a precisa delimitação dos institutos é de fundamental importância na medida em que, em alguns casos, há a quitação de despesas relativas a gastos realizados no ano anterior.

O art. 73, inciso VII, da Lei nº 9.504/1997, faz nítida diferenciação entre as despesas realizadas em ano eleitoral e a média dos gastos nos três últimos anos que antecedem o pleito ou do último ano imediatamente anterior às eleições: para fins de incidência do dispositivo, o referencial consiste nas despesas contraídas no ano das eleições, montante que deve ser cotejado com a média de gastos – vale dizer, com a média dos recursos aplicados – nos anos anteriores.

Nesse ponto específico, a legislação eleitoral se adéqua à tradição financeira nacional, positivada no art. 34 – o exercício financeiro coincidirá com o ano civil – e no art. 35, II – pertencem ao exercício financeiro as despesas nele legalmente empenhadas –, ambos da Lei nº 4.320/1964.

Não se trata, obviamente, de transformar em letra morta a legislação eleitoral: o gestor candidato à reeleição tem sua atuação limitada, a toda evidência, pela média dos gastos nos três últimos anos que antecederam o pleito ou do último ano imediatamente anterior às eleições, inexistindo qualquer possibilidade de endividamento excessivo ou de violação ao princípio da isonomia.

Todavia, não obstante os diferentes conceitos envolvidos, tem-se entendido que tecnicidade advinda da seara financeira não merece respaldo perante a Justiça Eleitoral.

Para a corrente doutrinária¹⁷ e jurisprudencial¹⁸ dominante, a pretensão de aplicação rigorosa dos conceitos próprios do direito financeiro não resulta na interpretação mais consentânea com os princípios constitucionais da razoabilidade e da moralidade, os quais devem nortear a aplicação da Lei Eleitoral.

O interesse do legislador foi coibir a realização de ampla publicidade no ano da eleição em detrimento de anos anteriores, ou seja, se a administração pública não fez uso de tal publicidade em anos anteriores,

¹⁷ Outro ponto que deve ser realçado é que a norma jurídica glosada não impõe que a propaganda institucional esteja toda ela paga nos três meses anteriores ao pleito. Não se pode aqui fazer confusão entre despesas realizadas e pagamento. Como é consabido, as despesas públicas seguem um procedimento desdobrado em três momentos distintos: empenho, liquidação e pagamento. O empenho é o ato administrativo que reserva, no orçamento, parcela dos recursos públicos para vinculá-la à realização de uma determinada despesa. Tem duas finalidades: a primeira, de apenas permitir a realização de gastos públicos se houver disponibilidade orçamentária (que não se confunde com a disponibilidade financeira); a segunda, para vincular parcela dos recursos orçamentários para aquele gasto público concreto, garantindo seu pagamento. E o empenho é uma reserva que se faz, ou garantia que se dá ao fornecedor ou prestador de serviços, com base em autorização e dedução da dotação respectiva, de que o fornecimento ou o serviço contratado será pago, desde que observadas as cláusulas contratuais. O pagamento da despesa apenas será efetuado quando ordenado após a sua liquidação, ou seja, quando se verificar o direito adquirido pelo credor, tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito, consoante prescrevem os arts. 62 e 63 da Lei nº 4.320/1964. Comprovada a prestação de serviço ou o fornecimento de material, expede a autoridade administrativa a ordem de pagamento, determinando a tesouraria que a despesa seja paga (art. 64 da Lei nº 4.320/1964). O pagamento é realizado quando há disponibilidade financeira, é dizer, quando haja dinheiro (caixa) para se realizar efetivamente o adimplemento com o credor (COSTA, 2006, p. 878).

¹⁸ É incontroverso que os gastos com propaganda eleitoral, enquanto objeto de preceito que busca impor igualdade entre as partes de uma disputa eleitoral, não estão necessariamente atados aos conceitos próprios da administração financeira do ente federado, pois na área eleitoral se busca limitar ao máximo a possibilidade de manobras de agentes públicos – em especial dos chefes dos Executivos dos entes federados – com o uso da coisa pública em seu favor, visando à vitória em eleições. Sendo estas o alvo, nem sempre o que é errado em termos eleitorais o será em termos financeiros. Em assim sendo, restrições específicas são feitas, como a do inciso VII do art. 73 da Lei Eleitoral, não havendo como se utilizar de conceitos válidos no controle da administração pública, em especial os de natureza financeira, para alargar o campo interpretativo e esvaziar a pretensão do legislador: resguardar a igualdade entre as partes de uma disputa eleitoral (Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 176.114, Acórdão de 26.5.2011, rel. Min. Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira, publicação: *DJE - Diário da Justiça Eletrônico*, data: 25.8.2011, p. 19).

não o poderia fazer em amplitude no ano do pleito, de modo a ferir a igualdade de oportunidades entre candidatos em uma disputa eleitoral.

Sendo assim, se a despesa foi paga, deve ser utilizada a data da efetivação do pagamento como parâmetro; não sendo paga, considera-se a data da liquidação.

Comumente, nas ações eleitorais em que se discutem os gastos de publicidade, opta-se pela produção de perícia contábil para descobrir o montante gasto. Muito embora esse tipo de prova possa ser contrária ao princípio da celeridade que norteia os atos judiciais eleitorais, o levantamento realizado por um perito constitui a maneira mais segura e imparcial para a realização dos cálculos.

5 Conclusões

A realização do processo eleitoral, por óbvio, não pode acarretar a paralisação da administração pública, exigindo, pelo contrário, absoluta necessidade de se assegurar a continuidade da atividade administrativa regular.

O que a legislação busca impedir é o abuso do poder político, com a preservação da igualdade entre os candidatos que buscam a reeleição ou que são apoiados pelos titulares de mandatos eletivos e cargos públicos com os demais postulantes.

A elaboração de um rol das condutas vedadas, inovando na disciplina dessa matéria, resultou no aparecimento de hipóteses qualificadas de abuso de poder político a partir de condutas que a Justiça Eleitoral, nas eleições anteriores, já qualificara como abusivas e seus destinatários já sofriam reprimenda.

A prática da conduta vedada sujeita o responsável à pena de multa de cinco a cem mil UFIR – dobrados em caso de reincidência – e ainda à cassação do registro do candidato beneficiado.

A Justiça Eleitoral ainda não firmou a orientação definitiva a respeito da interpretação da matéria, ora decidindo que a simples prática do fato é suficiente para a cassação do registro, independentemente de sua repercussão ou relevância, ora decidindo que, dentro de um critério de proporcionalidade e razoabilidade, a cassação não pode ser imposta de forma automática.

Independentemente disso, a conduta descrita no inciso VII do art. 73 da Lei nº 9.504/1997, por demandar expressivo vulto financeiro, tem sido considerada pela doutrina e jurisprudência como ato de extrema gravidade e apto a desconstituição de mandato eletivo.

Embora a matéria não esteja totalmente pacificada em nossos tribunais, para a aferição dos gastos de publicidade, estão sendo computadas todas as despesas pagas ou liquidadas ao longo do ano, incluindo-se as publicações dos atos oficiais e as despesas relativas à administração indireta.

A média aferida é a média global anual, devendo ser ignorada qualquer tentativa de se estabelecerem médias mensais.

A definição e o respeito aos critérios definidos – com antecedência do pleito – para o cálculo dos gastos de publicidade visa atender ao princípio da segurança jurídica, que, por diversas vezes, tem sido esquecido na seara eleitoral.

Referências

CAMPOS, Adriana. Soberania e processo eleitoral. In: SGARBI et al. *Soberania: antigos e novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

CAMPOS, Adriana; ANDRADE NETO, João. Liberdade e segurança: o impacto de um conflito (aparente) entre princípios na

hermenêutica dos direitos fundamentais. *Justiça em Revista*, 2010; v.1, p. 86-102.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. *Código Eleitoral*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm>. Acesso em: 19 fev. 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, 2012. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 fev. 2014.

BRASIL. *Lei 4.320 de 1964*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14320.htm>. Acesso em: 19 fev. 2014.

BRASIL. *Lei 9.504 de 1997*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm>. Acesso em: 19 fev. 2014.

BRASIL. *Lei Complementar 64 de 1990*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm>. Acesso em: 19 fev. 2014.

BRASIL. *Lei Complementar 135 de 2010*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm#art2>. Acesso em: 19 fev. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Agravo de Instrumento nº 2.506, Acórdão nº 2.506 de 12/12/2000*, Relator: Min. Fernando Neves da Silva, Publicação: DJ - Diário de Justiça, Volume 1, Data 27/04/2001, Página 234 RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 12, Tomo 4, Página 133. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acesso em 19 fev. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 25.748*, Relator: Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, Publicação: DJ - Diário de justiça, Data 30/11/2006, Página 96. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acesso em 19 fev. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 25.758*, Relator: Min. Antônio Cezar Peluso,

Tribunal Pleno, julgado em 22/03/2007, Publicação: DJ - Diário de justiça, Data 11/04/2007, Página 199. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acesso em 19 fev. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 176.114*, Acórdão de 26/05/2011, Relator: Min. Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira. Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 25/08/2011, Página 19. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acesso em 19 fev. 2014.

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta. Processo: 1.279*, Relator: Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, 2006. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acesso em 19 fev. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Petição nº 1.880*, Relator: Min. Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto, Tribunal Pleno, Publicação: DJ - Diário de justiça, Data 28/08/2006. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acesso em 19 fev. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Contra Expedição de Diploma nº 755*, Acórdão de 24/08/2010, Relator: Min. Arnaldo Versiani Leite Soares, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 28/9/2010, Página 11 e 15. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acesso em 19 fev. 2014.

CÂNDIDO, Joel J. *Direito Eleitoral brasileiro*. Bauru, SP: Edipro, 2007.

CONEGLIAN, Oliviar. *Lei das Eleições Comentada*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Eleições. Comentários à Lei nº 9.504/1997*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LULA, Carlos Eduardo de Oliveira. *Direito Eleitoral*. 3. ed. São Paulo: Imperium, 2012.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MICHELS, Vera Maria Nunes. *Direito Eleitoral: de acordo com a Constituição Federal, LC 64/90, Lei 9.096/95 e Lei 9.504/97*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PIZZOLATTI, Rômulo. A competência da Justiça Eleitoral. *Resenha Eleitoral*: nova série. Florianópolis, 1998; v. 5, n. 1, jan./jun.

RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

IMPLICAÇÕES LEGAIS NO PERÍODO PRÉ-ELEITORAL¹

LEGAL MATTERS IN THE PRE-ELECTION PERIOD

ANDERSON POMINI²

RESUMO

O Direito Eleitoral brasileiro se encontra em pleno amadurecimento e, nesse procedimento de autoaperfeiçoamento, enfrenta questões delicadas que clamam por solução imediata do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. Porém, há lacunas e indefinições legais que permitem interpretações incongruentes entre si, gerando desequilíbrio na disputa eleitoral e insegurança jurídica, principalmente no período que antecede a disputa, o chamado período pré-eleitoral. Quem mais se fere nesse cenário de contenda entre a vontade popular sufragada nas urnas e a

¹ Artigo recebido em 9 de janeiro de 2014 e aceito para publicação em 23 de janeiro de 2014.

² Advogado especializado em Direito Eleitoral e processo eleitoral pela Escola Judiciária Eleitoral (EJEP/SP) e em Direito Constitucional e Político pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (Uni-FMU/SP).

judicialização do processo eleitoral é a própria democracia. A Justiça Eleitoral avança sobre temas de competência de outro poder, sobretudo nos últimos pleitos, contudo, pontos críticos da legislação carecem de enfrentamento pelo Legislativo e extrema prudência e parcimônia do Judiciário.

Palavras-chave: Eleições. Período pré-eleitoral. Judicialização. Isonomia.

ABSTRACT

The Brazilian electoral law is in full development, and in this procedure of self-improvement, it currently faces delicate issues that cry out for immediate solution from the Legislative and the Judiciary Powers. However, there are gaps and uncertainties that allow legal interpretations inconsistent with each other, creating an imbalance in the electoral dispute and legal uncertainty, especially in the period preceding the contest, called "Pre-Election Period." Who gets more hurt in this scenario of strife between the people's will suffraged at the polls and the judicialization of the electoral process is democracy itself. The Electoral Court clearly advances on issues of jurisdiction of another power, especially in recent elections, however, there are critical points of the legislation that need to be faced by the Legislative and extreme prudence and parsimony of the Judiciary.

Keywords: Elections. Pre-election period. Judicialization. Equality.

1 Introdução

O Brasil atravessa um momento singular na sua história. Após longo período de estabilidade democrática que se sucedeu ao fim da ditadura militar, vê-se um ímpeto da sociedade pela moralização da atuação de seus representantes.

O descontentamento da população com os problemas sociais, aliado ao maior acesso à informação, trouxe ao conhecimento da população questões políticas que apontaram as causas de vários problemas

da nação, como o custo da máquina administrativa, traduzido em insustentável carga tributária e infindáveis esquemas de corrupção.

A indignação com a impunidade de políticos corruptos, que raras vezes sofriam qualquer sansão, impulsionou a sociedade para que se organizasse e manifestasse o interesse de aperfeiçoar as normas eleitorais, propelindo a legislação eleitoral no sentido de tutelar a democracia.

Nessa toada, o Direito Eleitoral ganhou concretude e relevância de que não gozava em um passado próximo, dando maior rigidez ao processo eleitoral.

Porém, com a revolta focada na desonestidade dos representantes democráticos, perdeu-se a confiança nos poderes Legislativo e Executivo, o que criou a expectativa de que o Poder Judiciário ganharia a incumbência de administrar a moral pública.³

Esse movimento intensificou o fenômeno da judicialização da disputa eleitoral, fragilizando a autonomia do Legislativo e do Executivo e, conseqüentemente, a separação dos poderes.

A judicialização da política, verdadeira expansão do poder das cortes judiciais⁴, ganhou chancela da opinião pública e permitiu que o Poder Judiciário usurpasse parte da atividade legislativa, ultrapassando a função legítima de intérprete das normas, e avançasse na seara da criação de preceitos legais abstratos, não expressos na legislação positivada, por meio de decisões judiciais, destacadamente no Direito Eleitoral.

Ocorre que, durante esse processo, as cortes especializadas preferiram decisões, no mínimo, conflitantes, causando incongruências. Esse antagonismo das decisões adotadas pelo terceiro poder gerou insegurança jurídica no processo eleitoral e risco ao princípio da paridade de armas entre os concorrentes aos mandatos eletivos.

³ MAUS, 2002, p. 189.

⁴ CASTRO, 1997, p. 147.

O desvirtuamento das funções judiciais, mesmo que convalidados pelo clamor popular, acobertou a ineficiência do legislador em disciplinar de maneira suficiente o funcionamento do processo democrático de escolha de representantes.

O tema ganha maior sensibilidade no período que antecede a disputa eleitoral propriamente dita, chamado de período pré-eleitoral, quando se verifica a maior carência de definições e diversas disposições que colidem frontalmente com a equidade que deveria imperar entre os candidatos.

As inovações trazidas pelas leis que afetam a disputa eleitoral chegaram ao ordenamento jurídico impregnadas de favorecimentos e distorções nocivas, a exemplo da aferição de necessidade de desincompatibilização e das definições do que se pode ou não fazer no suprarreferido período em relação a: propaganda eleitoral, promoção pessoal e condutas dos agentes públicos.

Muitas normas sancionadas se revelam inadequadas à isonomia da disputa eleitoral em decorrência do interesse dos mandatários de legislar em causa própria, ferindo veladamente esse importante princípio eleitoral, garantidor da condição de igualdade entre os postulantes a um mandato popular.

É notório que muito se avançou na direção do aperfeiçoamento do processo eleitoral. O Legislativo criou normas que atingiram o objetivo de reger as eleições, sem dissonância com os princípios que disciplinam e norteiam essa área do Direito, mas muito precisa ser feito para lapidar outras normas imperfeitas e preencher lacunas que permitem distorções da isonomia, além de excessiva margem para interpretação do Judiciário.

As breves laudas que se seguem não têm o intuito de esgotar o tema, delicado e multifacetado, mas pretendem tecer críticas positivas e negativas que auxiliem operadores do Direito, agentes políticos e todos os demais envolvidos na fisiologia da democracia participativa a compreender e aprimorar o processo de escolha dos representantes da sociedade brasileira.

2 Eleições

Com o amadurecimento da democracia e o crescimento geométrico da população, surgiu a necessidade de adequar a forma como a população poderia exercer o poder do Estado, fazendo com que o indivíduo galgasse à posição de cidadão. A democracia nasce, então, como direta, indireta ou híbrida, também chamada de democracia participativa, como no caso pátrio.

Dallari, fazendo uso do brilhantismo imortal de Montesquieu, bem destacou que “o povo era excelente para escolher, mas péssimo para governar. Precisava o povo, portanto, de representantes que iriam decidir e querer em nome do povo”.⁵

Assim, a cidadania tem intrínseca relação com a capacidade do indivíduo de participar efetivamente do poder por meio de um processo eleitoral, constituindo-se em verdadeiro fundamento do Estado democrático de direito, cravado no art. 1º, inciso II, da Constituição Federal Brasileira de 1988.

O legislador recebeu a incumbência de reger o procedimento democrático de escolha de representantes, criando as normas que delimitam e legitimam as eleições, meio pelo qual os candidatos se apresentam ao eleitorado e cumprem as formalidades estipuladas, com o fito de garantir igualdade de condições, sem influências que possam prejudicar o livre convencimento do eleitor.

Meirelles Teixeira sintetiza o assunto de forma sublime ao observar que “a cidadania consiste na prerrogativa que se concede aos brasileiros, mediante preenchimento de certos requisitos legais, de poderem exercer direitos políticos e cumprirem deveres cívicos”.⁶

O mesmo professor pontua com propriedade: “Ofende-se a democracia quando se tira ou se tenta tirar o controle do poder popular, ou

⁵ DALLARI, 2005, p. 152.

⁶ TEIXEIRA, 2001, p. 565.

seja, sua liberdade política, como no caso de um regime autoritário, o qual o concentra no domínio de um ou de poucos".⁷

No afã de se corrigirem problemas culturais e deficiências sociais, foram estabelecidas normas que apresentam certo contorno de terceirização do bom senso do eleitor, criando direcionamentos jurídicos que têm como escopo intrínseco a tutela da escolha de candidatos.

Assim, surgem, por exemplo, leis que fulminam precocemente a elegibilidade de concorrentes suspeitos de improbidade administrativa sem o trânsito em julgado de sentença condenatória, recebendo a aprovação da opinião pública que, silenciosamente, confessa que o eleitor é incapaz de decidir sozinho quem é digno de seu voto.

3 Período pré-eleitoral

Visando evitar o desequilíbrio entre os concorrentes às eleições, uma série de dispositivos legais delimita as ações de pré-candidatos, mesmo no período anterior aos três meses que antecedem o pleito. Esses regramentos se referem ao período chamado de pré-eleitoral, sem que, para isso, sejam definidos os contornos desse interregno.

Assim, principalmente para coibir o uso da máquina estatal para continuidade de um mesmo grupo político no poder, diversas normas foram inseridas no ordenamento jurídico pátrio, fixando as condutas vedadas aos agentes públicos, os prazos de desincompatibilização e as proibições referentes à propaganda eleitoral extemporânea.

Porém, não contando com um marco inicial para o supramencionado período, a legislação acaba por abranger ocasiões em que nem sequer foram definidas as figuras de pré-candidatos, por antecederem ocasionalmente até mesmo as convenções partidárias, que definem os escolhidos pelas legendas para participar da disputa.

⁷ COELHO, 2010, p. 130.

Por óbvio que a seleção daqueles que receberão a chancela das agremiações partidárias tem início muito antes das convenções. Entretanto, considerando que o *mens legis* é evitar que se realizem atos que têm o condão de furtrar o equilíbrio entre os concorrentes, há de se firmar entendimento sobre o lapso temporal razoável para a delineação do mencionado período pré-eleitoral.

A abstração afeta, principalmente, as ações de propaganda eleitoral antecipada, criando decisões díspares dos Tribunais. O tema de propaganda extemporânea concentra a maior parte das lides eleitorais no período pré-eleitoral.

Isso se dá em função da delicada linha que separa o que é promoção ou *marketing* pessoal do que é propaganda eleitoral antecipada, e a distinção dessa última em relação à publicidade de atos institucionais.

Ademais, a permissão legal à reeleição cria um cenário de inegável vantagem, por exemplo, ao membro do Executivo que pleiteia mais um mandato, personificando o atual governante, o governo e o candidato, todos simultaneamente.

Para esse indivíduo, somam-se: (i) a regular propaganda institucional, que por si só já remete os louros de uma atual administração à figura do administrador; (ii) a normal atenção da mídia jornalística à figura pública do governante, símbolo do Executivo em determinada esfera federativa; (iii) o enfoque que recebe um político de destaque, tanto pela mídia livre quanto pelo partido ao qual pertence; e (iv) os atos de promoção pessoal que, por mais que não façam referência ao pleito futuro, se tornam indissociáveis dele, mesmo sem que haja sequer propaganda eleitoral dissimulada.

3.1. Definições e indefinições

Para melhor compreensão do tema, permitindo que se delimite com maior precisão qual é o ponto central da problemática a ser enfrentada, cumpre destacar alguns conceitos e definições, como período

eleitoral, propaganda eleitoral, período pré-eleitoral e propaganda extemporânea.

3.1.1. O candidato e o postulante a candidatura

Candidato é aquele que foi escolhido em convenção partidária para disputar um pleito e teve seu registro de candidatura efetivado junto à Justiça Eleitoral.

Até a escolha em convenção, não se pode afirmar que determinado cidadão seja um candidato propriamente dito. Nesse sentido, aqueles filiados que recebem convites para se candidatarem ou têm a intenção de disputar uma das vagas da legenda ou coligação para concorrer ao pleito são apenas postulantes, também conhecidos no mundo político como pré-candidatos.

Assim, como nem sempre a intenção de disputar a chancela partidária é algo notório ou expressamente declarado, a identificação de um postulante se torna difícil na maioria dos casos.

O Tribunal Superior Eleitoral, ao se defrontar com casos em que é questionada a ciência pública da postulação a candidatura, frequentemente analisa o contexto que circunda a eventual promoção pessoal ou propaganda eleitoral extemporânea, tendo considerado como postulante por notoriedade aquele que, de forma amplamente sabida, tem o apoio de sua legenda para participar da disputa eleitoral, mesmo que não tenha assim se declarado expressamente.

É o caso de membros do Poder Executivo que podem concorrer à reeleição, ou aqueles que, em face de ostensiva veiculação de sua pré-candidatura nos meios de comunicação, adota postura silente e complacente.

Porém, muitas são as vezes em que não se pode afirmar, livre de dúvida, que determinado cidadão realmente é um postulante a candidatura. Para os cargos legislativos, isso é ainda mais comum, pois não

há a nítida figura de sucessor e não há mais no ordenamento jurídico brasileiro a figura do candidato nato.

Há inegável vantagem, como mencionado anteriormente, daquele que ostenta mandato eletivo sobre o candidato comum, que não faz parte de uma atual administração, haja vista o primeiro ter ao seu lado o dever de dar publicidade à sua atuação para prestar contas à sociedade e aos seus eleitores.

Mostram-se insuficientes e incompatíveis as normas que visam equalizar as armas entre os candidatos, pela intrínseca desigualdade presente entre os postulantes, que não foi sopesada de forma exauriente pelo legislador.

3.1.2. O período eleitoral e o pré-eleitoral

A legislação em vigor e o Calendário Eleitoral expedido pelo Tribunal Superior Eleitoral mostram que as convenções partidárias devem necessariamente ocorrer entre os dias 12 e 30 do mês de junho do ano em que se forem realizar as eleições.

As convenções partidárias antecedem o registro de candidaturas perante a Justiça Eleitoral, e, com ele, os postulantes se tornam efetiva e legalmente candidatos, seguindo para os procedimentos de abertura de contas de campanha e obtenção de recibos eleitorais, voltados à arrecadação e gastos. Esses são os pontos que marcam a largada do processo da eleição.

Mesmo o candidato que tiver seu registro de candidatura impugnado está apto, até o trânsito em julgado da ação de impugnação de registro de candidatura, a realizar todos os atos referentes à campanha eleitoral.

Assim, os três meses que antecedem o pleito, a partir de 6 de julho do ano eleitoral, constituem o período eleitoral propriamente dito, quando os atos de propaganda eleitoral, salvo aquelas exceções apontadas pela legislação, podem ser realizados.

Determinadas ações relacionadas com o pleito vindouro, mesmo antes do período eleitoral, são reguladas com o intuito de assegurar as condições de igualdade entre um candidato e outro. Algumas dessas normas estipulam o lapso temporal específico, apontando o início e o final do intervalo temporal, como nos casos de algumas condutas de agentes públicos que encontram vedação.

Outras, porém, remetem-se apenas a período pré-eleitoral, sem que haja, em qualquer diploma legal, nada que defina a data ou o momento a partir de quando se configura tal período.

Alguns julgados apontam uma relação lógica entre a capacidade de determinada ação afetar a opinião dos eleitores e a distância entre o ato e a eleição, relativizando o ponto inicial.

O doutrinador Pedro Lenza comenta essa problemática:

É um dos temas mais contraditórios da jurisprudência, em face da ausência de previsão legal. Há casos em que grande parte da doutrina se inclina pela extemporaneidade apenas se ocorrer seis meses antes do ano eleitoral, outras que julgam a qualquer momento, pouco importando o prazo de seis meses mencionado etc. O ideal é o Poder Legislativo fixar um parâmetro legal, para evitar decisões contraditórias em nível nacional.⁸

Como se percebe, a imprecisão e a omissão do legislador abrem margem para excessiva interpretação do Judiciário, o que deu gênese a decisões contrárias umas às outras.

O legislador deverá definir o início e o fim do período pré-eleitoral, bem como delimitar taxativamente as ações permitidas e proibidas nesse interregno para que o Judiciário não se veja forçado a navegar por águas desconhecidas e fomentar tormentas capazes de refletir no cenário eleitoral.

⁸ LENZA, 2011, p. 505.

3.1.3. A propaganda eleitoral, a institucional e a pessoal

Propaganda eleitoral é aquela realizada pelo candidato e dirigida ao eleitor com o objetivo de divulgar a campanha eleitoral e convencer o eleitorado da melhor escolha para sua representação democrática no poder, expondo planos de governo, ideais defendidos, qualidades dos concorrentes e pedido de apoio.

Quando essa propaganda é veiculada anteriormente ao período eleitoral, ou seja, antes de 6 de julho do ano da eleição, tem-se a propaganda extemporânea, salvo expressas previsões legais.

Sobreleva ressaltar que a propaganda eleitoral antecipada, para que gere qualquer reflexo negativo para o candidato favorecido, deve contar com o seu consentimento ou, ao menos, seu conhecimento prévio.

Quando não há referência ao pleito vindouro, nem divulgação de ação política que se pretende desenvolver, nem manifestações que poderiam induzir o eleitor a concluir que o beneficiário é a melhor opção para o cargo que se disputa, nem pedido de voto ou apoio, mesmo que de maneira velada e independentemente do período em que ocorra, não se estará diante de propaganda eleitoral, mas apenas de promoção ou *marketing* pessoal.

Pelo direito positivo hodierno, quando a divulgação se fizer necessária em razão da publicidade dos atos institucionais, de maneira impessoal e dentro dos limites temporais estabelecidos em lei, também não há de se falar de propaganda eleitoral extemporânea ou de promoção pessoal, mesmo que, por via oblíqua, objetivamente, ela se reverta em publicidade favorável ao administrador público.

O uso da máquina administrativa para promoção de um indivíduo encontra óbice no plano da improbidade administrativa, decorrente da afronta ao princípio magno da impessoalidade, consagrado no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988, assim como em seu parágrafo 1º.

No campo eleitoral, quando o desrespeito à impessoalidade alcança viés eleitoral, ganhando aquelas características de propaganda

eleitoral, vulneram-se outros princípios, como o da paridade de armas, configurando, inclusive, abuso de poder político, grave e extremamente nocivo ao processo democrático.

3.2. Limites legais no período pré-eleitoral

Durante o período pré-eleitoral, vigoram vedações gerais a todos os pretensos concorrentes e limitações específicas, em sua maioria, direcionadas àqueles que já exercem mandato eletivo.

Em todos os casos, o bem jurídico tutelado é a lisura do pleito e a igualdade entre os futuros concorrentes a fim de se assegurar a legitimidade das eleições.

3.2.1 Incompatibilidade

Na visão do legislador, a manutenção do exercício de algumas funções durante período próximo à eleição pode gerar vantagens indevidas a determinado candidato, mesmo que indiretamente. É indispensável ao postulante a candidatura que se desvincule desse fator de desequilíbrio para disputar e conquistar o cargo eletivo.

As hipóteses de inelegibilidade estão elencadas no art. 1º da Lei Complementar nº 64/1990, em que se revelam as situações de incompatibilidade entre determinadas funções, cargos ou empregos, de natureza pública ou privada, e a candidatura para os mandatos administrativos disputados.

A incompatibilidade é uma causa de inelegibilidade inata, decorrente do não preenchimento de um dos pressupostos exigidos para a consecução do registro de candidatura: o esvaziamento de vantagens eleitorais que fragilizem a paridade de armas entre os candidatos.

Assim, independentemente de essa condição apresentar natureza pública ou privada, quando se identifica o benefício para um concorrente ou para terceiro a ele ligado por parentesco em linha direta

a causar disparidade na disputa eleitoral, o ordenamento jurídico ergue a incompatibilidade entre a continuidade da condição e o registro de candidatura, fulminando a capacidade eleitoral passiva.

Como simplifica Velloso, “[...], portanto, além de se exigir do cidadão o preenchimento das condições de elegibilidade, obriga a legislação eleitoral que ele não seja enquadrado em nenhuma das causas de inelegibilidade”.⁹

A barreira da inelegibilidade, seja imposta pela Constituição Federal ou por lei complementar, desqualifica para o exercício de mandato representativo aquele que se enquadrar nas suas hipóteses, como uma consequência pela constatação de fator negativo incompatível com os cargos eletivos.

Com clareza solar, Niess aborda pontualmente a questão e preleciona:

[...] a inelegibilidade consiste no obstáculo posto pela Constituição ou por lei complementar ao exercício da cidadania passiva, por certas pessoas, em razão de sua condição ou em face de certas circunstâncias. É a negação do direito de ser representante do povo no poder.¹⁰

O louvável objetivo da exigência de desincompatibilização é garantir um justo e eficaz processo eleitoral, de modo a impedir que determinado candidato se beneficie de sua função, cargo ou emprego, potencializando sua candidatura. Desse modo, busca-se evitar a prática de abuso de poder político ou econômico e resguardar a legitimidade e normalidade das eleições.

Os prazos para desincompatibilização variam de três a seis meses, dependendo da influência que a atuação efetiva naquelas condições arroladas possa exercer sobre o eleitor, conforme ponderação legislativa.

⁹VELLOSO, 2010, p. 76.

¹⁰ NIESS, 1994, p. 5.

3.2.2. Condutas vedadas aos agentes públicos

Na mesma linha das desincompatibilizações, os arts. 73 a 78 da Lei das Eleições e a Lei de Inelegibilidade, principalmente em seu art. 22, concentram os impedimentos legais ao uso do aparato público administrativo em benefício de uma candidatura, mais uma vez homenageando o princípio da paridade de armas que deve imperar na disputa por mandato eletivo.

Isso implica a competência da Justiça Eleitoral, pelo princípio da especialidade, para julgar e punir os casos em que entenda que possa ter ocorrido conduta que encontra vedação nas cártulas supramencionadas, subtipos de abuso de poder político ou de autoridade.

Percebe-se que os alvos principais das vedações suprarreferidas são os candidatos que exercem mandato eletivo durante o processo eleitoral, alertando e condenando o uso da máquina pública pelos seus gestores em campanhas eleitorais, haja vista que tais práticas, infelizmente corriqueiras no cenário nacional, podem arruinar o equilíbrio da disputa em favor do detentor do poder público.

Vale ressaltar que mesmo atos legais podem ser entendidos como abusivos e ofensivos ao equilíbrio das eleições se, de alguma forma, favorecerem objetivamente certo candidato, partido político ou coligação.

Velloso & Agra abordam com mais sensibilidade o tema e salientam:

Os agentes públicos, de forma absoluta, possuem parcela razoável de poder. [...] Não obstante, como as campanhas eleitorais apresentam custo elevado, os gestores governamentais podem ser tentados a usar a máquina pública para auferir proveitos pessoais ou utilizá-la em campanhas eleitorais.¹¹

As proibições trazidas pela Lei nº 9.504/1997 incidem em diferentes intervalos de tempo, podendo ser: (a) atemporais, incidindo em qualquer período, sintetizadas nos incisos I a IV do art. 73 da Lei nº 9.504/1997; (b) incidentes durante todo o ano eleitoral, conforme reza o art. 73, §§ 10

¹¹ VELLOSO; AGRA, 2010, p. 281.

e 11; (c) incidentes dos 180 dias que antecedem o pleito até a posse dos eleitos, hipótese do art. 73, *caput*, inciso VIII; (d) restritivas desde o início do período eleitoral até a posse dos eleitos, retratadas no art. 73, *caput*, inciso V; (e) e outras ainda se aplicam apenas durante o período eleitoral, elencadas no art. 73, *caput*, inciso VI, alíneas “a”, “b” e “c”, § 3º e inciso VII.

3.2.3. Propaganda eleitoral extemporânea

Como discorrido anteriormente, existe menção explícita no texto legal à data a partir da qual se permite aos candidatos realizar propaganda eleitoral.

Reza o art. 36 da Lei nº 9.504/1997: “A propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 5 de julho do ano da eleição.”

Se a propaganda de caráter eleitoral for realizada antes desse marco, terá sido realizada a propaganda antecipada, chamada também de propaganda extemporânea.

O Tribunal Superior Eleitoral firmou entendimento no sentido de que é ato de propaganda extemporânea aquele que:

[...] leva ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, mesmo que apenas postulada, a ação política que se pretende desenvolver ou razões que induzam a concluir que o beneficiário é o mais apto ao exercício da função pública. Sem tais características, poderá haver mera promoção pessoal – apta, em determinadas circunstâncias, a configurar abuso de poder econômico –, mas não propaganda eleitoral.¹²

É importante observar que não se faz necessária a presença de vários aspectos de propaganda eleitoral para que ela assim seja considerada, bastando que exista um único fator que traga vantagem nas urnas. Nesse sentido, cristalizou-se a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral:

¹² REspe nº 15.732/MA, rel. Min. José Eduardo Rangel de Alckmin, DJ de 7.5.1999.

Ao contrário do afirmado pelo recorrente, não se exige para a configuração de propaganda eleitoral a conjugação simultânea do trinômio candidato, pedido de voto e cargo pretendido. [...] No caso em questão, não resta dúvida de que a entrevista concedida pelo recorrente revela dados com a capacidade de influir na vontade do eleitor, ora ostensivamente, ora dissimuladamente, resultantes: da certeza da pretensa candidatura; da manifestação de ações políticas a serem desenvolvidas; da administração de melhor aptidão para o exercício da função; da propaganda da imagem; do alcance da divulgação.¹³

Destaca-se que, mesmo em se tratando de propaganda eleitoral extemporânea, existem exceções legais. Esses atos, por mais que apresentem algum dos aspectos da tipificação acima colacionada, podem ser realizados antes do período eleitoral. O art. 36-A da Lei nº 9.504/1997 alberga casos de propaganda eleitoral permitidos no período pré-eleitoral, desconsiderando-se, assim, o caráter extemporâneo deles:

Art. 36-A – Não será considerada propaganda eleitoral antecipada:

I – 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, desde que não haja pedido de votos, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico;

II – a realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e a expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, planos de governos ou alianças partidárias visando às eleições;

III – a realização de prévias partidárias e sua divulgação pelos instrumentos de comunicação intrapartidária; ou

IV – 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.

¹³ REspe nº 21.656/PR, rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 15.10.2004.

É importante destacar o novo texto inserido pela Lei nº 12.891, de 2013, que contempla, em especial, o uso da Internet e das redes sociais:

Art. 36-A. Não serão consideradas propaganda antecipada e poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet: (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013)

I – 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, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico; (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013)

II – a realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e a expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, discussão de políticas públicas, planos de governo ou alianças partidárias visando às eleições, podendo tais atividades ser divulgadas pelos instrumentos de comunicação intrapartidária; (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013)

III – a realização de prévias partidárias e sua divulgação pelos instrumentos de comunicação intrapartidária e pelas redes sociais; (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013)

IV – a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se faça pedido de votos; (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013)

V – a manifestação e o posicionamento pessoal sobre questões políticas nas redes sociais. (Incluído pela Lei nº 12.891, de 2013)

Parágrafo único. É vedada a transmissão ao vivo por emissoras de rádio e de televisão das prévias partidárias. (Incluído pela Lei nº 12.891, de 2013)

Art. 36-B. Será considerada propaganda eleitoral antecipada a convocação, por parte do Presidente da República, dos Presidentes da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, de redes de radiodifusão para divulgação de atos que denotem propaganda política ou

ataques a partidos políticos e seus filiados ou instituições. (Incluído pela Lei nº 12.891, de 2013)

Parágrafo único. Nos casos permitidos de convocação das redes de radiodifusão, é vedada a utilização de símbolos ou imagens, exceto aqueles previstos no § 1º do art. 13 da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 12.891, de 2013)

Não mencionou o legislador se o rol de exceções é taxativo ou exemplificativo, omissão que ainda será objeto de infundáveis controvérsias e certamente se encontra longe de ser apaziguada.

4 Conclusão

A população brasileira sente que o país enfrenta dificuldades, em diversas áreas, que poderiam ser amenizadas ou suprimidas se a administração pública fosse mais eficiente e se os gestores da máquina estatal fossem honestos.

Como uma multidão enfurecida em caça às bruxas, o povo aplaude o superativismo judicial que se instaurou devido, entre outros fatores, à hipertrofia do Poder Legislativo, como se houvesse encontrado a panaceia para todos os males. Nessa toada, suplementa-se a omissão legislativa com o alargamento do espectro dentro do qual os magistrados deveriam atuar por destinação constitucional.

Os juízes e ministros assumem a postura paladínica de guardiões da ética na administração pública e criam a sensação paliativa de se estar combatendo a raiz do problema. Mas não se está, até porque também são homens.

O cenário atual urge por um Poder Legislativo ativo e independente. O câncer social ressoa nos poderes pátrios constituídos – a exemplo da corrupção.

O problema é cultural, e a sociedade deveria se mobilizar para exigir da administração pública o ensino da cidadania, acompanhado de medidas urgentes para a formação de indivíduos críticos e bem

informados, principalmente capazes de exercer seus direitos políticos com segurança, com convicções firmes o bastante para não se deixarem levar pelo primeiro sopro da mídia ou serem alienados pelos clamores passionais que, vez ou outra, chamam a atenção do país.

A opinião pública, efêmera e manipulável, não pode dirigir nenhum dos poderes. A democracia apresenta diversos problemas que precisam ser sanados de maneira prática e satisfatória, defeitos que certamente não serão corrigidos sem o esforço conjunto e harmônico dos três poderes.

A mentalidade imediatista e incauta da sociedade não fita que, além da mortalha da aparente moralização da política pelo fenômeno da judicialização, está se desintegrando o delicado equilíbrio entre os poderes e colocando em cheque a democracia nacional.

O eleitorado vem sendo tratado como uma figura incapaz de fazer suas escolhas. É paulatinamente infantilizado pela legislação e pelos Tribunais, que tomam para si a função de tutelar a capacidade eleitoral ativa da população, restringindo e direcionando o (não tão livre) arbítrio frente às urnas.

Atravessa-se um cenário praticamente judiciocrata, em que o mandatário se legitima para representar os cidadãos mais pela sentença do que pelo voto. Em suma, está se obliterando o conceito radical de mandato popular.

Deve vencer uma eleição aquele que o povo escolher. É assim na democracia. Militar em sentido contrário é, na melhor hipótese, demagogia.

Referências

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado Federal, 1988.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 34, 1997.

COÊLHO, Marcos Vinícius Furtado. *Direito Eleitoral e processo eleitoral – Direito penal eleitoral e direito político*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, nov. 2002.

NIESS, Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos: condições de elegibilidade e inelegibilidade*. São Paulo: Saraiva, 1994.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*. 2. ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

Jurisprudência consultada

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. O Tribunal da democracia. Jurisprudência. Inteiro teor. Disponibiliza em inteiro teor acórdãos e resoluções. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 20 jan. 2013.

DESAPROVAÇÃO DAS CONTAS DE CAMPANHA DO CANDIDATO – AVANÇO DA LEGISLAÇÃO PARA AS ELEIÇÕES DE 2014¹

DISAPPROVAL OF CANDIDATE CAMPAIGN ACCOUNTS – ADVANCE IN LEGISLATION TO THE 2014 ELECTIONS

FERNANDO MARQUES SÁ²

RESUMO

O presente artigo aborda as consequências de uma prestação de contas julgadas desaprovadas, nos termos do art. 30, III, da Lei nº 9.504/1997 e

¹ Artigo recebido em 29 de abril de 2014 e aceito para publicação em 25 de junho de 2014.

² Analista judiciário do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo. Bacharel em Direito, pós-graduado em Direito Civil e em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Salesiano. Autor do Livro Lei nº 9.504/1997 Anotada e Comentada – Ed. Del Rey.

do art. 54, III, § 4º, da Resolução-TSE nº 23.406/2014. Mudança relevante de procedimento para as eleições de 2014, sob a ótica dos desdobramentos sobre a decisão proferida na prestação de contas do candidato em relação às verbas do Fundo Partidário recebidas pelo partido político. Alteração da legislação que acarretará maior amplitude e consequência ao processo de prestação de contas de campanha.

Palavras-chave: Candidatura. Prestação de contas. Desaprovação. Consequências.

ABSTRACT

This article discusses the consequences of the provision of accounts deemed disallowed pursuant to Article 30, II of Law n. 9.504/1997 and Article 54, III, § 4 of Res-TSE n. 23.406/2014. Relevant change of procedure for the 2014 elections, from the perspective of impacts on the decision rendered in accountability of the candidate in relation to funds received by the Party Fund Political Party. Change in legislation that will lead to a greater depth and consequence of the accountability campaign process.

Keywords: Candidacy. Accountability. Disapproval. Consequences.

Segundo a Constituição Federal, todo poder emana do povo e por ele será exercido, quer de maneira direta, quer por intermédio de representantes eleitos.³ Essa afirmação, dentro da *mens legis* constitucional, deve ser interpretada como verdadeiro dogma estabelecido pelo constituinte originário, mormente quando nos debruçamos sobre o cenário político dos anos anteriores à eleição dos membros que comporiam a Assembleia Constituinte que resultou na Carta de 1988.

Em expedita sinopse, é possível perceber que, após longo período de repressão à manifestação do pensamento, o povo brasileiro ansiava por exercer o direito de eleger os seus representantes com o objetivo de participar direta ou indiretamente da formação da vontade política da nação.

³ Art. 1º, parágrafo único, da CFRB.

Dentro desse contexto, impende destacar que os movimentos populares que ocorreram a partir do ano de 1984, que deram margem ao início do processo de elaboração da nova Carta, deixaram transparecer de maneira cristalina, aos então governantes, que o coração da nação brasileira estava palpitante, quase que exageradamente acelerado, tendo em vista a possibilidade de se recuperar o exercício do poder, cujo titular, por longo lapso, deixou de ser manejado pelo povo brasileiro.

Em meio a esse cenário, foi elaborado o texto constitucional que, desde então, recebe a denominação de Constituição Cidadã.

Da leitura do capítulo IV, título II, da Constituição Federal de 1988, é possível observar que o texto do art. 14 confere ênfase à titularidade do poder para ressaltar que “A soberania popular é exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual a todos [...]”, deixando transparecer, novamente, que a intenção da Lei Maior é fazer com que o povo exerça efetivamente o seu direito de participar da formação da vontade política.

Diante desse contexto, o art. 118 e seguintes da Constituição Federal estabeleceram a Justiça Eleitoral como um dos ramos do Poder Judiciário cujo objetivo é assegurar a transparência e licitude do processo eleitoral. Nesse diapasão, o Código Eleitoral, no art. 23, inciso IX, assegura à Corte Superior Eleitoral a expedição de normas destinadas a assegurar a eficácia das regras contidas em seu corpo. Em perfeita consonância com essa diretriz, a Lei nº 9.504/1997, em seu art. 105, confere ao Tribunal Superior Eleitoral a competência de regulamentar as matérias relacionadas às eleições, dentre estas, as afetas ao processo de prestação de contas.⁴

Apresentado o solo em que vai se desenvolver o estudo e em virtude da imensa gama de variantes que envolvem um processo eleitoral, centraremos nossa meditação em uma área específica: análise de contas eleitorais, mais precisamente, a decisão que desaprova as contas prestadas.

⁴ Art. 28, da Lei nº 9.504/1997.

Desde o início do procedimento de verificação das contas de campanha, o objetivo foi tornar o processo eleitoral, compreendido entre a escolha do candidato e sua diplomação, algo totalmente transparente e de ampla lisura.

Ao longo dos anos, podemos identificar uma série de alterações tanto de ordem estrutural da Justiça Eleitoral quanto da legislação pertinente ao assunto. Essa, a cada eleição, sofre pequenas alterações cujo maior fito é alcançar atitudes verificadas no pleito anterior, visto que a perspicácia de políticos mal-intencionados, ou até mesmo leigos, aliado a imbróglios elaborados pelos responsáveis pela prestação das contas, acabam ensejando a necessidade de adequações à legislação.

Contudo, por mais que a Justiça Eleitoral se empenhe para assegurar que o processo de prestação de contas espelhe verdadeiramente um procedimento minucioso, materialmente correto e concludente, força convir que, infelizmente, nem sempre o resultado alcançado reflete os anseios da sociedade brasileira.

É bom que se diga que a crítica apresentada não diz respeito à lisura ou à competência dos servidores, magistrados e membros do Ministério Público. A verdade é que, em virtude dos exíguos lapsos destinados à realização da análise das contas dos candidatos eleitos, o trabalho realizado é, simplesmente, irrepreensível e digno de elogios e reconhecimentos sem medidas. Normalmente, após as eleições, os partidos, comitês e candidatos deixam para apresentar as suas contas nos últimos dias do prazo legal, o que, na prática, deixa pouco mais de 40 dias para que os operadores do direito que labutem nesta Justiça analisem, pesquisem as informações, concedam vistas, contraditório, ampla defesa, e, enfim, ocorram a decisão e o trânsito em julgado das decisões que autorizam a expedição de diplomas aos eleitos.

Eis, aí, um verdadeiro exemplo da celeridade processual preconizada pelo inciso LXXVIII, do art. 5º, da Constituição Federal.⁵

⁵ Art. 5º, inciso LXXVIII: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

É imprescindível destacar que o operador do direito, especialmente nesse período, enfrenta questões de altíssima complexidade, notadamente de ordem fiscal, administrativa, jurídica e fática. Uma das grandes dificuldades enfrentadas durante a prestação de contas refere-se, justamente, à identificação da origem da receita utilizada em campanha, cujo deságue pode acenar para uma fonte vedada (art. 24 da Lei nº 9.504/1997).

Outro ponto de relevo consiste na análise formal dos autos, pois o servidor da Justiça Eleitoral, após receber os autos, se debruça sobre a questão processual preliminar: regularização dos documentos colacionados.

Vencida essa etapa, passa-se ao enfrentamento da primeira barreira: a empresa que doou para a campanha poderia ter procedido dessa maneira? Saliente-se que documentos truncados, colação aos autos de informações sem nenhuma técnica ou importância, apresentação de informações divorciadas de provas, mal redigidas ou dúbias são apenas algumas das dificuldades enfrentadas pelo operador.

Transcorrido esse momento, em princípio, torna-se possível fazer uma identificação do doador para, depois, tentar rastrear a origem do dinheiro aplicado em campanha e, finalmente, apurar a licitude da fonte doadora. Tarefa nem sempre considerada rápida ou fácil.

Outra questão de relevo se refere à pesquisa a ser feita para identificar o quantitativo estabelecido pelo art. 23, § 1º, inciso I, da Lei nº 9.504/1997.⁶ A verificação de tal diretriz requer o acesso a dados pessoais, que integram a esfera da intimidade da pessoa, portanto, caso o doador não traga aos autos sua declaração de rendimentos do ano anterior, o servidor não poderá exigir tal documento, e o juiz, sem provas ou fortes indícios, igualmente não poderá solicitá-lo. Assim, resta o

⁶ Art. 23. Pessoas físicas poderão fazer doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro para campanhas eleitorais, obedecido ao disposto nesta Lei.

§ 1º As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas:

I – no caso de pessoa física, a dez por cento dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior à eleição;

aguardo de informações oriundas da Receita Federal do Brasil⁷, quando solicitado ou na hipótese de afronta à legislação.

Ao lado de tais questões técnicas, é imprescindível destacar outro procedimento que, embora não apresente grau de dificuldade elevado, exige atenção concentrada em detalhes. Trata-se da verificação da existência de assinaturas, identificação, correspondência de informações e harmonia de declarações, contas e extratos bancários, utilização de bens, realização de gastos etc.

De modo geral, a questão agora se restringe ao tão exaltado contraditório e ampla defesa.

Finda essa etapa, o julgador, com amparo no art. 30, da Lei nº 9.504/1997, decidirá se as contas foram aprovadas, aprovadas com ressalvas, desaprovadas ou não prestadas.

De maneira extremamente simplista e sob o enfoque tão somente do candidato, podemos afirmar que, em efeitos práticos, a aprovação com ressalvas e a desaprovação das contas, até a publicação da Resolução-TSE nº 23.406/2014, previam idênticos desdobramentos, visto não impedirem que o candidato assumisse o cargo, tampouco que fizessem nova tentativa eleitoral.

No tocante aos partidos políticos, a Lei nº 9.096/1995, no art. 37, § 3º, estabelece punição mais acentuada, pois, quando estes deixarem de prestar contas ou tiverem suas contas desaprovadas, terão suspenso o repasse das cotas relativas ao Fundo Partidário.⁸

⁷ Port. Conjunta-TSE/SRF nº 74/2006, art. 4º, parágrafo único.

⁸ Art. 37. A falta de prestação de contas ou sua desaprovação total ou parcial implica a suspensão de novas cotas do Fundo Partidário e sujeita os responsáveis às penas da lei.

§ 3º A sanção de suspensão do repasse de novas quotas do Fundo Partidário, por desaprovação total ou parcial da prestação de contas de partido, deverá ser *aplicada de forma proporcional e razoável*, pelo período de 1 (um) mês a 12 (doze) meses, ou por meio do desconto, do valor a ser repassado, da importância apontada como irregular, não podendo ser aplicada a sanção de suspensão, caso a prestação de contas não seja julgada, pelo juízo ou tribunal competente, *após 5 (cinco) anos de sua apresentação*.

Nota-se que a intenção do legislador foi penalizar mais drasticamente os partidos do que os candidatos quando estes, nas mesmas situações, incorressem na mesma situação fática, qual seja, desaprovação de suas contas de campanha.

Nesse particular, afigura-se que o legislador, malgrado tenha estabelecido penalidade ao partido, quando este tivesse um candidato com contas desaprovadas, até o advento da Resolução-TSE nº 23.406/2014, tal dispositivo era letra morta por falta de uma regulamentação específica. O fato é que a maioria de eleitores deposita seu voto levando em consideração muito mais a aparência ou fama do candidato do que, propriamente, o seu programa político e, até então, o partido sempre era beneficiado.

A engrossar esse entendimento, chamamos à memória o expressivo número de votos que nas últimas eleições obtiveram artistas, esportistas, radialistas ou apresentadores de programas de televisão.

É justamente aqui que, em primeira análise, a Resolução-TSE nº 23.406/2014⁹ merece elogios. O art. 54, inciso III, § 4º da mencionada resolução dispõe que:

§ 4º A sanção de suspensão do repasse de novas quotas do Fundo Partidário, **por desaprovação total ou parcial da prestação de contas do candidato**, deverá ser aplicada de forma proporcional e razoável, pelo período de 1 mês a 12 meses, ou por meio do desconto, do valor a ser repassado, na importância apontada como irregular, não podendo ser aplicada a sanção de suspensão caso a prestação de contas não seja julgada após 5 (cinco) anos de sua apresentação (Lei nº 9.504/97, art. 25, parágrafo único). (g.n.)

Essa inovação legislativa, doravante, imporá aos partidos políticos a necessidade de acompanhamento do processo de prestação de contas de seus candidatos a cargos eletivos de maneira mais próxima, pondo fim, ou ao menos amenizando, o desamparo técnico, contábil e logístico existente após o pleito.

⁹ Publicada no *DJE*, em 5.3.2014, acessado em 28.4.2014.

Doravante, malgrado o candidato que tiver suas contas desaprovadas continue a não sofrer consequências, o partido político que lançou sua candidatura sofrerá sanções quando o processo de prestação de contas, apresentado pelo postulante ao cargo eletivo, for desaprovado.

É fato que candidatos de pouca expressão nacional, regional ou local, geralmente, recebem pouca atenção da sigla e acabam servindo de extensões legais para divulgação de campanha dos candidatos a cargos majoritários, haja vista a quantidade expressiva de “santinhos” impressos com seus nomes e com os nomes dos candidatos à chefia do Poder Executivo ou Senado. Até então, esse comportamento dos partidos não lhes rendia qualquer sanção; muito pelo contrário, acabava sendo conduta interessante sob a ótica eleitoral.

Se analisarmos a questão de maneira imparcial, veremos que, em essência, a desaprovação das contas dos candidatos a cargos eletivos, na verdade, era um procedimento que, além de não acarretar nenhuma sanção às partes – partido e candidato –, proporcionava um “ganho” partidário pouco comentado na doutrina, mas que, invariavelmente, se caracterizava como uma grande jogada política. Explica-se.

Suponha que um partido político, diante da realização de um pleito, lance, dentre os candidatos que vão concorrer por sua legenda, dez candidatos que, embora não tenham profunda expressão local, disponham de alguma representatividade social, como professores, comerciantes, atletas, amadores ou não. Suponha ainda que esses dez candidatos recebam doação estimada do partido por meio de “santinhos”, *jingles*, faixas ou envelopamentos de veículos. Após o pleito, normalmente, e em cidades que apresentam mais de 200 mil eleitores, tais candidatos obtêm mil, 5 mil, 10 mil votos.

Em regra, ainda, esses candidatos, após o pleito, não recebem do partido auxílio contábil para a prestação de suas contas eleitorais e, na prática, o que se presencia são contas desorganizadas, informações desconstruídas, falta de peças imprescindíveis, pouca ou nenhuma técnica contábil – situação que, no mais das vezes, deságua na desaprovação das contas.

Até então, tal conduta não acarretava nenhuma consequência para o partido que lançava tais candidaturas. Pelo contrário, poderia configurar verdadeira artimanha arquitetada com o objetivo de driblar os gastos dos candidatos majoritários. Retornando ao exemplo armado ao propósito, suponha que esses dez candidatos lançados, e que tiveram suas contas desaprovadas, tenham obtido, no total, algo em torno de 80 mil votos. Pois bem, esses 80 mil acabam ingressando no cômputo dos votos conferidos aos partidos e, conseqüentemente, vão alterar o cálculo do quociente eleitoral e partidário.

Em poucas palavras, valia muito a pena lançar um candidato a cargo eletivo e, posteriormente ao registro de sua candidatura, “lavar as mãos” sobre a campanha dele, pois, no pior cenário possível, qual seja, a sua não eleição e eventual desaprovação das contas, não ensejaria nenhum prejuízo ao partido político; muito pelo contrário, este se beneficiaria dos votos obtidos pelo pretendente, visto ampliar o seu quociente e, por via oblíqua, viabilizar a eleição de um número maior de titulares aos cargos proporcionais.

Com a redação do art. 54, inciso III, § 4º, da Resolução-TSE nº 23.406/2014, o partido que lançar um candidato – qualquer que seja ele – ficará direta e indiretamente responsável pela prestação de contas de sua campanha e mais diretamente interessado pela aprovação de todo o procedimento, pois, ainda que possa se beneficiar dos votos recebidos por seu candidato, a sigla sofrerá sanções de ordem financeira que vão, certamente, comprometer a direção partidária no lapso de um a 12 meses após a decisão que julgar desaprovadas as contas.

Cabe, ainda, destacar que o § 3º, inciso III, do art. 54, da mencionada resolução, assim dispõe:

§ 3º O partido político, por si ou por intermédio de comitê financeiro, que tiver as suas contas desaprovadas por descumprimento às normas referentes à arrecadação e aos gastos de recursos fixadas na Lei nº 9.504, de 1997, ou nesta resolução, perderá o direito ao recebimento da quota do Fundo Partidário do ano seguinte ao trânsito em julgado da decisão, sem prejuízo de os candidatos beneficiados responderem por

abuso do poder econômico ou por outras sanções cabíveis (Lei nº 9.504/1997, art. 25).

Logo, a suspensão do repasse das verbas do Fundo Partidário ao partido político que tiver um candidato com contas desaprovadas somente poderá ser aplicada no ano seguinte ao trânsito em julgado da decisão que desaprovar as contas.

Finalmente, doravante, tal inovação desafiará a Justiça Eleitoral a um maior detalhamento quando da análise das contas de campanha.

Atualmente, em regra, as análises realizadas no procedimento de contas exaurem-se nas hipóteses de aprovação, aprovação com ressalvas, desaprovação ou contas não prestadas. Agora, como a desaprovação acarretará suspensão do Fundo, as decisões deverão ingressar no mérito para destacar, além da simples desaprovação, se essa ocorreu de maneira total ou parcial, pois tal informação é imprescindível para o estabelecimento dos parâmetros que deverão ser observados em relação à suspensão das verbas do Fundo Partidário.

A última questão, portanto, é identificar o que seriam uma desaprovação total e uma desaprovação parcial.

A desaprovação pode ser considerada total quando, após a apresentação das peças indispensáveis à análise do procedimento, houver falhas insanáveis que prejudicam o exame das contas, porém o processo traz elementos que não autorizam a decisão sobre contas não prestadas.

Por outro modo, quando o candidato trazer seu processo com apenas algumas alegações divorciadas das provas constantes nos autos, estaremos diante de uma desaprovação parcial.

Longe de se tratar de questão de mera semântica, a desaprovação total ou parcial acarretará efeitos práticos financeiros. Logo, se a desaprovação ocorreu porque não foi possível identificar parte dos recursos utilizados em campanha, o valor não comprovado será descontado do repasse das verbas do Fundo destinado ao partido.

Tal diretriz, uma vez seguida, viabilizará uma sentença de mérito efetivo sobre desaprovação e, por via direta, pela determinação da suspensão total ou parcial do repasse das verbas do Fundo Partidário.

Em síntese, trata-se de uma evolução do processo de prestação de contas. Embora venha a desafiar um trabalho ainda mais minucioso por parte dos operadores do Direito Eleitoral, vai ao encontro dos anseios da população brasileira, que, a cada dia mais, espera por uma Justiça que espelhe efetivamente um poder que adota parâmetros morais e justos.

Uma desaprovação de contas que não acarrete nenhuma consequência ao candidato e ao partido político que lançou sua candidatura, certamente, fere o princípio da moralidade, quer por não resultar em sanções capazes de evitar novos procedimentos semelhantes, quer por movimentar toda a máquina eleitoral sem que esse proceder acarrete qualquer resultado prático.

Desaprovação, doravante, deixa de espelhar mera decisão de mérito de cunho teórico para se revestir da natureza de sentença meritória de efeitos concretos que pode e deve ser executada pela Justiça Eleitoral mediante a suspensão das verbas do Fundo Partidário.

Em apertada síntese, podemos dizer que a nova resolução do Tribunal Superior Eleitoral sobre as Eleições 2014 atende a própria essência da palavra “justiça”, visto conferir responsabilidade aos partidos políticos pelas prestações de contas dos candidatos lançados pela sigla.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n.º 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 set. 1995.

BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 30 set. 1997.

CÂNDIDO, Joel José. *Direito Eleitoral*. 9. ed. São Paulo: Edipro, 2003.

RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SÁ, Fernando Marques. *Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997)*, Anotada e Comentada. Rio de Janeiro: Ed. Del Rey, 2010.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos, candidatos e comitês financeiros e, ainda, sobre a prestação de contas nas Eleições de 2014. *Resolução TSE nº 23.406*, de 28 abril 2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-resolucao-tse-no-23-406/view>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL; RECEITA FEDERAL DO BRASIL. *Port. Conjunta-TSE/SRF nº 74/2006*, de 12 de janeiro de 2006. Dispõe sobre o intercâmbio de informações entre o Tribunal Superior Eleitoral e a Secretaria da Receita Federal e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Portarias/2006/PortariaConjunta/portconjuntaSRFTSE074.htm>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

DEMOCRACIA, IGUALDADE
DE OPORTUNIDADES E O
HORÁRIO ELEITORAL GRATUITO:
A NOVA REDAÇÃO DO
ART. 47, § 2º, INCISOS I E II, DA LEI
Nº 9.504/1997¹

DEMOCRACY, EQUAL OPPORTUNITY AND
FREE POLITICAL CAMPAIGN ADVERTISING
TIME: THE NEW WORDING OF ART. 47, § 2, I
AND II, OF LAW N. 9.504/1997

GUSTAVO BOHRER PAIM²

CAETANO CUERVO LO PUMO³

¹ Artigo recebido em 10 de janeiro de 2014 e aceito para publicação em 10 de fevereiro de 2014.

² Especialista em gestão pública pela UFRGS, mestre em Direito pela PUC/RS, doutorando em Direito pela UFRGS, professor de Direito Eleitoral da Unisinos e da Verbo Jurídico. Advogado em Porto Alegre.

³ Especialista em Direito Público Municipal pela PUC/RS, especialista em Processo Civil pela UFRGS, mestre em Direito Público pela Unisc/RS. Advogado.

RESUMO

O artigo trata dos princípios da democracia e da igualdade de oportunidades no Direito Eleitoral, especialmente no que tange à propaganda eleitoral e ao horário eleitoral gratuito. Nesse contexto, estuda a nova redação do art. 47, § 2º, incisos I e II, da Lei nº 9.504/1997, que alterou a distribuição do tempo de propaganda eleitoral em rádio e televisão, violando a igualdade de oportunidade entre os candidatos. Por meio de pesquisa doutrinária, percebe-se a inconstitucionalidade da recente alteração legislativa.

Palavras-chave: Democracia. Igualdade de oportunidades. Propaganda eleitoral. Horário eleitoral gratuito.

ABSTRACT

This article discusses the principles of democracy and equal opportunity in Brazilian electoral law, giving special attention to electoral campaign advertising and free political campaign advertising time on broadcast media. In this context, this paper studies the new wording of art. 47, § 2, I and II, of Law 9.504/97, which altered the distribution of free political advertising air time on radio and television, breaching equal opportunities among candidates. Through doctrinal research, this article recognizes the unconstitutionality of the recent legislative change.

Keywords: Democracy. Equal opportunity. Campaign electoral advertising. Free political campaign advertising air time.

1 Introdução

Em 2013, o Congresso Nacional aprovou e a Presidente da República sancionou a Lei nº 12.875, que alterou o texto da Lei das Eleições em seu artigo 47, § 2º, incisos I e II, no que tange à distribuição do horário reservado à propaganda eleitoral de rádio e televisão. Conforme o novo texto, a distribuição será feita da seguinte forma:

Artigo 47, § 2º – Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do § 1º, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato, observados os seguintes critérios:

I – 2/3 (dois terços) distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram;

II – do restante, 1/3 (um terço) distribuído igualmente e 2/3 (dois terços) proporcionalmente ao número de representantes eleitos no pleito imediatamente anterior para a Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram.

A previsão original, antes da alteração da lei, era a seguinte:

Artigo 47, § 2º - Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do parágrafo anterior, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato e representação na Câmara dos Deputados, observados os seguintes critérios:

I – um terço, igualmente;

II – dois terços, proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram.

Cumprido destacar que, não obstante a redação original da lei previsse que apenas os partidos e as coligações que tivessem representação na Câmara dos Deputados seriam beneficiados, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) já havia definido que a distribuição igualitária abrangeria todos os candidatos, “independentemente de representação na Câmara dos Deputados”.⁴

⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Código Eleitoral anotado e legislação complementar*. 10. ed. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, Secretaria de Gestão da Informação, 2012, p. 364.

Portanto, o que se percebe, em termos práticos, é que o tempo a ser distribuído igualmente entre todos os candidatos, independentemente da representação de seu partido na Câmara dos Deputados, que antes era de um terço do tempo total previsto (art. 47, § 2º, inciso I, conforme redação original da Lei nº 9.504/1997), passou a ser de um nono (art. 47, § 2º, inciso II, conforme o novo texto).

Assim, os candidatos de partidos sem representação na Câmara dos Deputados ou com bancadas diminutas terão seus tempos de rádio e TV reduzidos consideravelmente, de modo que os grandes partidos vão quase que monopolizar o tempo destinado ao horário eleitoral gratuito.

O presente artigo pretende analisar essa nova regra sob a ótica do princípio democrático e do princípio da igualdade de oportunidades entre os candidatos, considerando os objetivos gerais da propaganda eleitoral e os objetivos específicos do horário eleitoral gratuito de rádio e TV.

2 O princípio democrático e a importância da igualdade de oportunidades entre os candidatos

A Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu art. 1º, que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado democrático de direito. Estabelece, também, que são fundamentos desse Estado a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa e o pluralismo político, além de asseverar, em seu parágrafo único, que todo poder emana do povo.

Sabemos, entretanto, que o reconhecimento meramente formal é absolutamente insuficiente para que possamos dizer que vivemos em um Estado realmente democrático. Conforme Sarmiento (2004, p. 350), democracia é um regime que exige respeito aos direitos fundamentais e às regras do jogo político, visando permitir que as minorias de hoje se tornem as majorias de amanhã.

Hirst (1992, p. 30-45), ao afirmar que “a democracia é uma ferramenta tão poderosa de legitimação das ações do governo que nenhum político sério, mesmo que tenha acabado de perder uma eleição, a questionaria”, mostra que o caráter eleitoral aparece como elemento inquestionável das democracias atuais, mas lembra que “se queremos uma sociedade mais democrática, precisamos de competição e debates políticos mais amplos, não de um despotismo eletivo que se pretende justificar pelo voto popular”.

Por isso, não podemos deixar de reconhecer o processo eleitoral como elemento essencial de qualquer democracia, conforme ressalta Bobbio (2000, p. 95):

No jogo democrático – e por sistema democrático entenda-se justamente um sistema cuja legitimidade depende do consenso que se verifica periodicamente através de eleições livres por sufrágio universal –, os atores principais estão dados, e são os partidos [...]; também está dado o modo principal de fazer política para a imensa maioria dos componentes da comunidade nacional: as eleições. Disso não se escapa.

Portanto, é evidente que democracia exige a realização do sufrágio. Não se trata, porém, da mera formalização de eleições periódicas, mas de uma disputa eleitoral que permita um amplo debate e que todos os candidatos envolvidos na disputa tenham oportunidades reais de levar sua mensagem ao eleitor. Há, sobretudo, a necessidade de se garantir, por meio da lei, a igualdade de oportunidade entre todos os candidatos. Nesse sentido, a doutrina de Canotilho (2003, p. 319-320):

Por um lado, os partidos são, de facto, desiguais quanto à inserção política, à implantação eleitoral e popular, à capacidade eleitoral, à organização e recursos materiais. Por outro lado, a igualdade de oportunidades reconduz, em geral, a uma igualdade jurídica e não a uma *égalité des conditions*, a uma igualdade qualitativa.

Conforme o renomado constitucionalista português (CANOTILHO, 2003, p. 320):

Uma igualdade esquemática excluirá, desde logo, qualquer discriminação jurídica entre partidos grandes e pequenos,

partidos de governo e partidos de oposição, partidos com representação parlamentar e partidos sem representação parlamentar.

Um dos momentos de maior relevância, portanto, é o momento em que são definidas as regras do jogo, destacando a relevância da discussão acerca da constitucionalidade e pertinência da legislação vigente, como pretendemos no caso em tela.

Ainda sobre a compreensão do ideal democrático, é interessante o conceito de Schumpeter (1963, p. 328), para quem “o método democrático é um sistema institucional para a tomada de decisões políticas, no qual o indivíduo adquire o poder de decidir mediante uma luta competitiva pelo voto do eleitor”. As regras estabelecidas devem garantir essa disputa competitiva, permitindo que todos os candidatos desfrutem de reais possibilidades de levar suas ideias ao eleitor e, eventualmente, serem eleitos.

Aqui, se sobressai a importância da igualdade de oportunidades, especialmente no que tange à propaganda eleitoral, com o que se garantirá o amplo debate.

Conforme Habermas (2003, p. 227), “todos os membros têm que poder tomar parte no discurso, mesmo que os modos sejam diferentes. Cada um deve ter basicamente as mesmas chances de tomar posição, dizendo ‘sim’ ou ‘não’ sobre todos os proferimentos relevantes”, sem o que as soluções apresentadas serão sempre *impostas* – mesmo que democraticamente legitimadas por mecanismos institucionais existentes. O conceito moderno de democracia, portanto, exige a garantia de um debate amplo, em todas as esferas, e, especialmente, durante as eleições. E tal debate exige igualdade de oportunidade entre os candidatos, em especial no que tange às possibilidades de eles levarem sua mensagem ao eleitor.

Feitas essas considerações, é possível afirmar que uma eleição, sem amplo debate e sem uma igualdade mínima entre os candidatos, não atende aos anseios do Estado democrático de direito.

Jamais teremos regras perfeitas e jamais se alcançará igualdade plena entre as diferentes candidaturas. Haverá sempre aqueles que terão melhores oportunidades de demonstrar sua plataforma eleitoral, seja pelo tamanho de seu partido, seja pela existência de mais recursos, seja por sua natural popularidade. O que importa é que a lei procure diminuir as diferenças de oportunidade entre todos os pretendentes aos cargos em disputa, sem o que determinadas candidaturas serão meramente formais.

Não acreditamos que chegará o dia em que alguém se dê por satisfeito com as regras estipuladas para o jogo democrático. Antes desse dia, as pessoas não serão mais as mesmas, e as regras novamente terão de evoluir.

Nesse estado de constante metamorfose, as alterações legislativas têm o dever de se coadunar com a ideia de um processo eleitoral justo, paritário, garantidor da igualdade de oportunidade entre os candidatos e que permita um real debate público acerca das questões relevantes. Esse deve ser sempre o objetivo do legislador.

É nesse contexto que temos que pensar no objetivo da propaganda eleitoral e, posteriormente, nas recentes alterações legislativas referentes ao horário eleitoral gratuito.

3 Propaganda eleitoral

A propaganda eleitoral, juntamente com a propaganda partidária⁵ e a propaganda institucional,⁶ é uma espécie do gênero propaganda política.

⁵ A propaganda partidária é regulamentada pela Lei nº 9.096/1995, a Lei dos Partidos Políticos, em seus arts. 45-49, e é utilizada pelas agremiações partidárias para atrair os cidadãos a sua ideologia e realizações, buscando novos filiados. A propaganda partidária deve se ater, conforme o art. 45 da referida lei, a: difusão dos programas partidários; transmissão de mensagens aos filiados sobre a execução do programa partidário, bem como dos eventos com este relacionados e das atividades congressuais do partido; divulgação da posição do partido em relação a temas político-comunitários; e promoção e difusão da participação política feminina, dedicando às mulheres o tempo que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 10% (dez por cento).

⁶ A propaganda institucional é aquela que divulga atos, obras e realizações da administração pública, não se confundindo com as comunicações institucionais obrigatórias e convocatórias inerentes à publicidade dos atos do poder público.

Em linhas gerais, a propaganda visa influenciar a opinião e a conduta das pessoas (SANTANNA, 2002, p. 46-47), buscando estimular “[...] estados emocionais que possam exercer influência sobre as pessoas” (RIBEIRO, 1998, p. 379).

Para Lanchester (1988, p. 126),

[...] propaganda seria qualquer atividade voltada a difundir de modo deliberado e sistemático mensagens a um determinado público com a finalidade de criar uma imagem (positiva ou negativa) de fenômenos específicos, estimulando também comportamentos adequados.⁷

A propaganda, na sociedade em que vivemos, reveste-se de enorme relevância, influenciando as pessoas, mormente quando reproduzidas pelos meios de comunicação social mais difundidos, entre os quais se destacam o rádio e a televisão.

Para Zilio (2013, p. 274-275),

A propaganda eleitoral é das mais importantes fases do processo eleitoral, na medida em que se traduz em precioso meio de convencimento do eleitor, visando à captação do voto. Em síntese, a propaganda eleitoral pode ser considerada como a força motriz de todo processo eleitoral, porquanto consiste no mais eficaz meio de aproximação do candidato com o seu público-alvo (o eleitor) [...]. É inerente ao processo eletivo a possibilidade da utilização de qualquer método persuasivo lícito que objetive obter a adesão do eleitorado [...]. A propaganda eleitoral, desde que exercida nos limites da licitude estabelecidos pela legislação (Constituição Federal, Lei das Eleições, Código Eleitoral, resoluções do TSE), é um método necessário e indispensável para o aperfeiçoamento do processo democrático.

E é nesse contexto que aparece a propaganda no mundo político, que não é nada recente⁸ e que se apresenta como de suma importância

⁷Tradução livre.

⁸ Para exemplificar, Azambuja (1995, p. 339) se refere à utilização de propaganda nas campanhas de Cícero contra Catilina e de Demóstenes contra Filipe, não se podendo olvidar a importância que a propaganda teve, por exemplo, na Alemanha nazista de Hitler e na Itália fascista de Mussolini.

para o Direito Eleitoral a fim de contemplar o ideal democrático de informação dos cidadãos, para que possam realizar a melhor escolha possível.

Dentro do gênero propaganda política, destaca-se a propaganda eleitoral, que encerra clara limitação temporal, podendo ser realizada a partir do dia 6 de julho do ano da eleição, e tem por finalidade a divulgação de uma candidatura a um cargo eletivo, buscando captar licitamente o sufrágio para uma eleição concreta (COSTA, 2009, p. 528).

Para Gomes (2013, p. 370),

[...] denomina-se propaganda eleitoral a elaborada por partidos políticos e candidatos com a finalidade de captar votos do eleitorado para investidura em cargo público-eletivo. Caracteriza-se por levar ao conhecimento público, ainda que de maneira disfarçada ou dissimulada, candidatura ou os motivos que induzam à conclusão de que o beneficiário é o mais apto para o cargo em disputa. Nessa linha, constitui propaganda eleitoral aquela adrede preparada para influir na vontade do eleitor, em que a mensagem é orientada à conquista de votos.

Em termos jurisprudenciais, o TSE costuma definir a propaganda eleitoral como aquela

[...] que leva ao conhecimento geral, embora de forma dissimulada, a candidatura, mesmo apenas postulada, e a ação política que se pretende desenvolver ou razões que induzam a concluir que o beneficiário é o mais apto ao exercício de função pública. Sem tais características, poderá haver mera promoção pessoal – apta, em determinadas circunstâncias, a configurar abuso de poder econômico –, mas não propaganda eleitoral.⁹

Em que pese o seu claro propósito de captação de sufrágio, de obtenção de voto, a propaganda eleitoral também pode ter o propósito de subtração de voto do candidato adversário, ou até mesmo de abstenção eleitoral. Nesse sentido é o entendimento de Lanchester

⁹ TSE, Acórdão n° 15.732, rel. Min. Eduardo Alckmin, J. em 15.4.1999.

(1988, p. 127) no verbete sobre propaganda eleitoral da *Enciclopedia del Diritto*:

Propaganda eleitoral é toda atividade inerente direta ou indiretamente à competição eleitoral e tendente, como escopo mediato ou imediato, à conquista de votos ou a subtrair votos dos adversários. A propaganda eleitoral, assim, constitui-se também em uma atividade dirigida a fazer abster ou a não fazer votar em determinado partido ou candidato.¹⁰

Acerca da propaganda política e, em especial, da propaganda eleitoral, destacam-se os seus princípios orientadores, devendo a propaganda ser pautada pelos princípios da legalidade¹¹, liberdade¹², responsabilidade¹³, igualdade de oportunidade entre os candidatos¹⁴, disponibilidade¹⁵ e controle judicial.¹⁶

Merece destaque o princípio da igualdade de oportunidade entre os candidatos, sabendo-se que a igualdade absoluta é utópica, uma vez que há naturais distinções entre os mais diversos candidatos e seus partidos políticos em razão de suas condições pessoais, de toda sua história, trajetória e relevância no cenário político nacional (ROLLO, 2002, p. 47).

¹⁰ Tradução livre.

¹¹ A propaganda é regida pela legislação federal, de ordem pública e com incidência *erga omnes*.

¹² É livre a utilização da propaganda, na forma da lei.

¹³ A propaganda é realizada sob responsabilidade solidária dos candidatos e seus partidos/coligações.

¹⁴ Em que pese seja uma igualdade mais formal do que material, deve-se ter em conta que todos os candidatos devem ser tratados de forma isonômica, não se admitindo que se vede ou permita determinado meio de propaganda apenas para um determinado candidato específico, devendo os meios de propaganda ser acessíveis a todos.

¹⁵ Os meios de propaganda lícitamente previstos estão disponíveis a todos os candidatos, partidos e coligações.

¹⁶ Dada a relevância da propaganda eleitoral, que tem o condão de influenciar a vontade do eleitor, deve a Justiça Eleitoral controlar o seu exercício, inclusive com o exercício do poder de polícia, não se admitindo a utilização de propaganda irregular.

É necessário que se preze pela maior igualdade possível, franqueando-se o acesso aos meios de propaganda eleitoral a todos os candidatos, seja de forma gratuita ou paga, permitindo que se façam conhecidos ao eleitorado (COÊLHO, 2008, p. 84-85), sem o que o processo eleitoral não atenderá ao seu objetivo.

E aqui se percebe a confluência entre o princípio da igualdade de oportunidade entre os candidatos e o princípio democrático, visto que a propaganda eleitoral tem o propósito de viabilizar aos candidatos, partidos e coligações apresentar os elementos que permitam fazer concluir que determinado candidato é o mais apto para o cargo em disputa, ou que o candidato adversário não tem a aptidão necessária para a obtenção de seu desiderato, da forma mais isonômica possível e com o fito de orientar e informar os eleitores.

A propaganda eleitoral é indispensável para a democracia, visto que quanto mais o eleitor conhecer a vida, a conduta, as ações e as omissões de cada um dos contendores do certame eleitoral, mais elementos terá para realizar uma escolha séria, ponderada e bem orientada. Quanto mais informação, maiores serão as chances de se fazerem escolhas melhores.

Para Gomes (2013, p. 362),

[...] a livre circulação de ideias é essencial à democracia. Sem ela, não floresce a criatividade, estorva-se o diálogo, ficam tolhidas as manifestações de inconformismo e insatisfação. Não se pode olvidar o papel histórico dessa liberdade na própria formação do Estado democrático, na reivindicação de direitos fundamentais individuais e sociais, na expressão e afirmação de ideologias e religiões.

É, para tanto, necessário que todos os candidatos tenham a possibilidade de realizar propaganda eleitoral da forma mais isonômica possível, tornando-se conhecidos e trazendo um fluxo de ideias, uma circulação de informação apta a bem orientar o eleitorado.

De qualquer sorte, sabe-se que a igualdade absoluta é inalcançável, mesmo porque há, no nosso atual sistema, muita desigualdade

econômica entre os candidatos, o que também desigualava o acesso aos meios de propaganda eleitoral (SANSEVERINO, 2008, p. 142-143).

Como se não bastasse, alguns meios de propaganda eleitoral, como o horário eleitoral gratuito, levam em consideração o tamanho da representação dos partidos na Câmara dos Deputados, o que também acaba por trazer desigualdade entre os candidatos. Nesse sentido, salienta Coneglian (2012, p. 79), ao tratar da aplicação do princípio da proporcionalidade na propaganda eleitoral, que

[...] dele deflui o fato de que os partidos são considerados diferentes perante a lei, e a diferença nasce da força de cada partido dentro da Câmara dos Deputados. Cada partido terá tempo de horário eleitoral gratuito e verba do Fundo Partidário na proporção do número de deputados federais que tiver elegido na última eleição. No momento de distribuir o tempo de televisão ou de rádio para o horário eleitoral gratuito, vai-se tomar o tempo integral destinado a determinada candidatura, e esse tempo será distribuído entre os partidos que tenham candidato para aquele cargo.

Percebe-se, por conseguinte, a previsão, para o horário eleitoral gratuito, de distinção de tempo de propaganda no rádio e na televisão, de acordo com o tamanho da representação dos partidos na Câmara dos Deputados. E é esse ponto que merece uma profunda reflexão, mormente diante da Lei nº 12.875, de 30 de outubro de 2013, que deu nova redação ao art. 47, § 2º, incisos I e II, da Lei nº 9.504/1997.

4 Horário eleitoral gratuito e a nova redação do art. 47, § 2º, incisos I e II, da Lei nº 9.504/1997

A propaganda eleitoral no rádio e na televisão é restrita ao chamado horário eleitoral gratuito que, em que pese o nome, de gratuito não tem nada, visto que se trata do meio de propaganda eleitoral mais custoso para as grandes campanhas políticas e, como se não bastasse, as próprias emissoras recebem compensação fiscal pela cedência do espaço para a

propaganda política.¹⁷ Veda-se, no entanto, qualquer propaganda eleitoral paga em rádio e televisão.¹⁸

Conforme já foi destacado, a propaganda eleitoral cumpre relevante papel para a democracia, fazendo com que os candidatos, as histórias e as propostas sejam conhecidos pelos eleitores. Mais ainda ocorre com o horário eleitoral gratuito, visto que se trata do meio de propaganda eleitoral difundido pelos principais veículos de comunicação social, tanto por emissoras de rádio quanto de televisão.

E não se diga que os cidadãos, em geral, não acompanham o horário eleitoral, visto que é impossível estar alheio aos *spots* transmitidos nas emissoras de rádio e televisão ao longo do dia, com inserções no rádio do carro no horário do *rush*, na televisão no intervalo da novela, do jogo de futebol. Durante todo o dia, no período permitido, somos surpreendidos com a veiculação de comerciais político-eleitorais, o que faz com que, mesmo sem querer, acompanhemos atentamente os *jingles*, as imagens, as propostas dos candidatos.

Não se pode negar o valor democrático desse meio de propaganda, visto que divulga maciçamente os candidatos e suas bandeiras, e tanto melhor serão nossas escolhas quanto melhor conhecermos aqueles que buscam obter nosso voto. A divulgação das candidaturas contribui para o objetivo precípua do Direito Eleitoral, de que o resultado das urnas reflita a vontade livre e soberana dos eleitores.

Nesse contexto, as emissoras de rádio e televisão deverão reservar, nos 45 dias anteriores à antevéspera das eleições, horário destinado à divulgação, em rede, da propaganda eleitoral gratuita, que se dará em dois blocos diários, de segundas a sábados.

Além do mais, deverão as emissoras de rádio e televisão, no mesmo período, reservar 30 minutos diários para a propaganda eleitoral gratuita,

¹⁷ Art. 52, parágrafo único, da Lei dos Partidos Políticos.

¹⁸ Impõe-se salientar que o horário eleitoral gratuito é restrito às emissoras abertas de televisão, não sendo veiculado nas chamadas televisões a cabo.

a serem usados em inserções distribuídas ao longo da programação veiculada entre as 8 e as 24 horas, diariamente, inclusive aos domingos.¹⁹

Em relação aos programas de rádio e televisão em blocos e inserções, no primeiro turno, faz-se a divisão do tempo levando-se em consideração tanto a proporcionalidade dos partidos, sua representação na Câmara dos Deputados, quanto a igualdade entre os candidatos. Já no segundo turno, quando houver necessidade, no sistema eleitoral majoritário de maioria absoluta²⁰, o horário eleitoral gratuito será diário até a antevéspera do pleito, sendo dividido de forma igualitária entre os dois contendores.

Em relação à divisão e distribuição de tempo no primeiro turno, a redação original da Lei nº 9.504/1997 estabelecia, em seu art. 47, § 2º, incisos I e II, que um terço do tempo seria dividido igualmente, e dois terços seriam divididos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, levando-se em conta a representação resultante da eleição anterior.²¹

Percebe-se que, já na sua origem, havia uma desigualdade entre os tempos de horário eleitoral gratuito, visto que apenas um terço era dividido igualmente, e a maior parte, dois terços, levava em conta o tamanho dos partidos políticos, desigualando a oportunidade entre os candidatos.

Contudo, se tal realidade já poderia ser questionada pela violação ao princípio da igualdade de oportunidade entre os candidatos, a situ-

¹⁹ As inserções, também chamadas *spots*, levam em consideração blocos de audiência e são utilizadas para todas as eleições, salvo em eleições municipais, em que são reservadas apenas aos candidatos a prefeito e vice-prefeito.

²⁰ Eleições para presidente e vice-presidente, governador e vice-governador e prefeito e vice-prefeito de municípios com mais de 200 mil eleitores.

²¹ "§ 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do parágrafo anterior, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato e representação na Câmara dos Deputados, observados os seguintes critérios:

I – um terço, igualmente;

II – dois terços, proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram".

ação ficou ainda mais crítica com a nova redação do art. 47, § 2º, incisos I e II, da Lei nº 9.504/1997, trazido pela Lei nº 12.875, de 30 de outubro de 2013.

Com a nova regra, a divisão igualitária de tempo, que era de um terço, cai sensivelmente, sendo reduzida a um nono, dividindo-se proporcionalmente os outros oito nonos do tempo de propaganda em rádio e televisão entre os partidos com representação na Câmara dos Deputados.

Para exemplificar, pelo texto antigo da lei, nas eleições municipais, cujo horário destinado à propaganda é de 30 minutos (art. 47, § 1º, inciso VI, alínea “b”), o texto original previa a distribuição proporcional de 20 minutos e igualitária dos outros 10 minutos.

Agora, considerando a nova redação do art. 47, § 2º, incisos I e II, o tempo a ser dividido igualmente será de apenas um terço de 10 minutos, ou seja, 3 minutos e 20 segundos. Assim, a maior parte do tempo passará a depender ainda mais do tamanho das bancadas na Câmara dos Deputados.

Em termos práticos, em uma eleição majoritária hipotética para prefeito, com dez candidatos, o tempo mínimo garantido a um candidato cujo partido não tivesse representação na Câmara, antes de um minuto (10 minutos divididos igualmente entre os dez candidatos), passará a ser de 20 segundos (3 minutos e 20 segundos divididos entre os dez candidatos).

Nesse contexto, o princípio reitor da propaganda eleitoral – igualdade de oportunidade entre os candidatos – é sensivelmente maculado no principal meio de propaganda eleitoral, que é o horário eleitoral gratuito.

A maior mitigação do referido princípio pela recente alteração legislativa torna ainda mais escancarada a já natural desigualdade existente entre grandes e pequenos partidos políticos, privilegiando-se, perversamente, os primeiros.

O que se questiona, portanto, é a constitucionalidade da referida norma frente ao princípio democrático da igualdade de oportunidade entre os candidatos, natural de um Estado que tenha como fundamento o pluralismo político.

Tal discussão ganha ainda mais relevância quando pensamos nas eleições municipais, considerando que os debates locais diferenciam-se consideravelmente do debate nacional.

Entretanto, a nova normatização praticamente inviabiliza as pequenas candidaturas, em todo e qualquer processo eleitoral existente, visto que diminui muito as suas possibilidades de realizar comunicação com o eleitor, o que se dá, essencialmente, por meio da propaganda eleitoral e, sobretudo, nos meios de comunicação de massa, como o rádio e a televisão.

Conforme vimos, democracia exige que as minorias de hoje possam ser as majorias de amanhã. E as regras que regulamentam as eleições têm que permitir que essa seja uma possibilidade real.

A concentração, cada vez maior, do tempo de rádio e TV nas mãos dos maiores partidos terá como consequência o maior crescimento deles em detrimento das pequenas agremiações. Assim, a tendência, com as novas regras, é que os partidos maiores cresçam ainda mais, e os partidos menores fiquem cada vez mais inviabilizados eleitoralmente.

Não basta a mera existência de eleições periódicas em uma democracia. Precisamos de eleições em que a igualdade entre os candidatos seja real, ainda mais a igualdade jurídica no momento de se comunicarem com o eleitor, por meio da propaganda eleitoral, permitindo que o resultado das urnas reflita a vontade livre e soberana dos cidadãos.

Eventual possibilidade de um tratamento diferenciado, em consideração a outros valores, poderia justificar a diferença já existente no texto original, mas jamais justificará o novo regramento, que praticamente elimina da disputa os partidos menores.

5 Conclusão

A democracia e a igualdade de oportunidades entre os candidatos são dois princípios de suma importância para o Direito Eleitoral. Nesse contexto, devem orientar a propaganda eleitoral, mormente a propaganda em rádio e televisão, que permite o amplo debate e a circulação de ideias necessária para a correta informação e orientação do cidadão.

Contudo, a recente alteração da Lei das Eleições contribuiu ainda mais para a desigualdade entre os grandes e os pequenos partidos, tornando ainda mais inviáveis as já difíceis candidaturas dos partidos de menor porte e afrontando a igualdade de oportunidade entre os candidatos.

Impõe-se perceber que, se o sistema permite uma candidatura, deve dar-lhe um mínimo de viabilidade, sem o que parece não haver sentido em permitir o registro de determinadas candidaturas, salvo manter a aparência de pluralidade democrática.

Além disso, o tamanho da representação partidária no Congresso Nacional não deveria ser um fator determinante em disputas locais, por exemplo.

Da forma como se apresenta a norma de divisão do tempo do horário eleitoral gratuito, determinados partidos apresentarão candidatos meramente *pro forma*, com diminuta viabilidade eleitoral. Isso é extremamente grave, em especial diante das peculiaridades de cada uma das regiões do país.

Fica claro que o novo sistema fortalecerá os partidos tradicionais, inclusive no âmbito das eleições municipais, quando não há qualquer sentido em privilegiar os detentores de representação no Congresso Nacional.

Tal fortalecimento tornar-se-á ainda maior quando chegarem as eleições regionais e nacionais, em um círculo vicioso de concentração de poder e de violação ao ideal democrático e ao princípio da igualdade de oportunidade entre os candidatos.

Pelas novas regras, ainda que um partido seja forte em um estado da Federação, sua viabilidade eleitoral dependerá da sua força nos demais estados.

Assim, todo cidadão interessado em candidatar-se recebe um injusto e injustificado incentivo para filiar-se aos partidos tradicionais, de maior representatividade, o que não parece se coadunar com o espírito do pluralismo político previsto em nosso texto constitucional.

Diante de todo o exposto, impõe-se uma reflexão acerca da (in) constitucionalidade da lei, considerando o princípio do pluralismo político, explícito em nossa Constituição, e a garantia da igualdade de armas e oportunidades, implícito no moderno conceito de democracia.

Referências

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 34. ed. São Paulo: Globo, 1995.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

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

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. *Direito Eleitoral e processo eleitoral: Direito penal eleitoral e direito político*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CONEGLIAN, Olivar. *Propaganda eleitoral*. 11. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2012.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 8. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I, 2003.

HIRST, Paul. *A democracia representativa e seus limites*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1992.

LANCHESTER, Fulco. Propaganda elettorale. *Enciclopedia del Diritto*, n. 37, Giuffrè, 1988.

RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ROLLO, Alberto. *Propaganda eleitoral: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. *Direito Eleitoral*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

SANT'ANNA, Armando. *Propaganda: teoria, técnica e prática*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1963.

ZILIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral*. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

VIRAGEM JURISPRUDENCIAL
EM MATÉRIA ELEITORAL E
SEGURANÇA JURÍDICA: ESTUDO
SOBRE O CASO DA DECLARAÇÃO
DE INCONSTITUCIONALIDADE DO
RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO
DE DIPLOMA PELO TRIBUNAL
SUPERIOR ELEITORAL¹

JURISPRUDENTIAL TURN IN ELECTORAL
MATTERS AND JURIDICAL SECURITY: THE
DECLARATION OF UNCONSTITUTIONALITY OF
THE APPEAL AGAINST DIPLOMA EXPEDITION
BY THE SUPERIOR ELECTORAL COURT

MARCELO ROSENO DE OLIVEIRA²

¹ Artigo recebido em 10 de janeiro de 2014 e aceito para publicação em 6 de maio de 2014.

² Mestre e doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Juiz estadual no Ceará. Professor de Direito Eleitoral da Unifor e da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará.

RESUMO

O presente artigo objetiva examinar a viragem da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral ocorrida por ocasião da apreciação do Recurso contra Expedição de Diploma nº 8-84/Pl. Analisa aspectos da força dos precedentes em sistemas jurídicos com matrizes do *civil law* e do *common law*, destacando, nesse contexto, características das decisões da Justiça Eleitoral brasileira. Além disso, tendo presente que se operou alteração da jurisprudência que fulminou o cabimento de demanda eleitoral específica, o estudo procura desvendar a repercussão, no plano do direito intertemporal e considerados os processos em curso, de pronunciamento judicial que extingue, sob a pecha de inconstitucional, a própria possibilidade jurídica de ajuizamento da ação, concluindo que seria recomendável, no caso examinado, a modulação dos efeitos da declaração incidental, atribuindo-lhe efeitos prospectivos, preservando os feitos pendentes.

Palavras-chave: Viragem jurisprudencial. Justiça Eleitoral. Força dos precedentes.

ABSTRACT

This article aims to analyze the jurisprudential turn by the Superior Electoral Court occurred during the trial of Appeal against Diploma Expedition nº 8-84/Pl. Examines aspects of the force of the precedents in legal systems of civil law and common law, noting, in this context, characteristics of decisions of the Brazilian Electoral Justice. Moreover, bearing in mind that operated turn that overtook the appropriateness of specific electoral demand, the study seeks to uncover the impact, in terms of intertemporal law and considered the proceedings, of the judicial pronouncement that extinguished, under the allegation of

unconstitutionality, the legal possibility of the demand, concluding that it would be advisable, in the case examined, the modulation of the effects of incidental declaration, attributing prospective effect, preserving the pending cases.

Keywords: Jurisprudential turn. Electoral Justice. Force of the precedents.

1 Introdução

Ao concluir, em 17 de setembro de 2013, o julgamento do Recurso contra Expedição de Diploma-RCED nº 8-84/PI, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) estabeleceu marcante ruptura de jurisprudência há anos firmada na Corte, definindo, por maioria, que a hipótese de cabimento do RCED então prevista no art. 262, inciso IV, do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965) era incompatível com a Constituição Federal de 1988.

A tese apresentada pelo relator, Ministro Dias Toffoli, e acolhida pela maioria sustentou que a única ação judicial apta a questionar o mandato eletivo, de acordo com a ordem constitucional, seria a ação de impugnação prevista no art. 14, §§ 10 e 11, da Lei Maior, notadamente nos casos de abuso de poder econômico, corrupção ou fraude, de modo que padeceria de inconstitucionalidade aquela hipótese de incidência prevista no Código Eleitoral, seja quanto à redação decorrente da formulação original, que datava de 1965 – a importar no reconhecimento de sua não recepção –, seja quanto à parte acrescida pela Lei nº 9.840/1999, em relação à qual restou acolhido o incidente então suscitado de ofício.³

³ O dispositivo originalmente tinha a seguinte redação: “Art. 262. O recurso contra expedição de diploma caberá somente nos seguintes casos: [...] IV - concessão ou denegação do diploma, em manifesta contradição com a prova dos autos, na hipótese do art. 222”. O art. 222, do Código Eleitoral, por seu turno, prevê que: “É também anulável a votação, quando viciada de falsidade, fraude, coação, uso de meios de que trata o art. 237, ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedado por lei”. Com o acréscimo determinado pela Lei nº 9.840/1999, o artigo passou a contar com o seguinte texto: “Art. 262. O recurso contra expedição de diploma caberá somente nos seguintes casos: [...] IV - concessão ou denegação do diploma em manifesta contradição com a prova dos autos, nas hipóteses do art. 222 desta Lei, e do art. 41-A da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997”, tendo sido esta a norma declarada inconstitucional pelo TSE.

Propôs o relator que, em se assentando a inconstitucionalidade do recurso com fundamento no art. 262, inciso IV, do Código Eleitoral, o caso seria de não conhecimento do RCED nº 8-84/PI, o que importaria fulminá-lo de plano, sendo essa posição, ao final, afastada, após modulação proposta por outros integrantes da corrente majoritária, segundo os quais seria o caso de se operar, em privilégio da fungibilidade, a conversão em ação de impugnação de mandato eletivo (AIME), remetendo os autos ao Tribunal Regional Eleitoral do Piauí, competente para apreciar originariamente tal demanda, uma vez que se buscava desconstituir diploma de candidato a deputado federal eleito naquele estado.

Passadas mais de duas décadas desde a promulgação da Constituição e mais de 13 anos desde a alteração aditiva do citado artigo, promovida pela edição da Lei nº 9.840/1999, e tendo o TSE, durante esse período, conhecido, julgado e, inclusive, provido diversos recursos fundados em tal hipótese de incidência, apegado a consolidado entendimento de que o RCED e a AIME coexistiriam sem incompatibilidades – porque são ações autônomas, com causas de pedir próprias e consequências jurídicas distintas –, a Corte promoveu autêntica viragem em sua jurisprudência.

Pretende-se, no presente trabalho, examinar os efeitos de tal mudança de entendimento, notadamente quanto à conveniência de que seus efeitos fossem modulados no tempo, conferindo-se aplicação prospectiva, nos termos do que já vem de decidir o Supremo Tribunal Federal (STF) quanto às superações de precedentes pelos órgãos da Justiça Eleitoral, o que importaria arrear a incidência do novel entendimento sobre os RCEDs em curso, relativos às eleições de 2010 e de 2012, uma vez que manejados quando amplamente admitida, à luz da disciplina legal então em vigor e da pacífica jurisprudência do TSE, a interposição do recurso com fundamento no art. 262, inciso IV, do Código Eleitoral.

Além disso, tendo presente que se operou alteração da jurisprudência que extirpou o cabimento de demanda eleitoral específica, o estudo procura desvendar a repercussão, no plano do direito intertemporal e considerados os processos em curso, de norma jurídica (*in concreto*) que extingue a própria possibilidade jurídica de ajuizamento da

ação, analisando a adequação da solução proposta quanto à conversão das causas e remessa ao órgão competente.

Registra-se, de logo, que a superveniente alteração da disciplina legal do RCED, promovida pela Lei nº 12.891, de 11 de dezembro de 2013, que revogou os incisos I a IV do art. 262 do Código Eleitoral, restringindo as hipóteses de cabimento da demanda, não amaina o relevo de que se examine a repercussão da viragem jurisprudencial reportada, vindo, ao contrário, a reforçá-lo, de modo a possibilitar a fixação de parâmetros para futuras alterações de curso da jurisprudência, máxime quando em jogo os assim denominados “direitos processuais adquiridos”.

2 Estabilidade da jurisprudência eleitoral no Brasil: aportes à luz dos contornos dos sistemas do *civil law* e do *common law*

A segurança jurídica é um dos primados do Estado de Direito. O sistema jurídico, esteja fundado na lei ou nas decisões judiciais como fonte primária da normatividade, há de ser dotado da capacidade de assegurar, ainda que minimamente, a previsibilidade das consequências dos comportamentos humanos, observando, ainda, a necessidade de destinar o mesmo tratamento a condutas iguais.

O direito assume, dentre outras, a função de garantir a estabilidade, “proporcionando tranquilidade no jurisdicionado, na medida em que esse possa moldar sua conduta contando com certa dose considerável de previsibilidade” (WAMBIER, 2009, p. 122). Nessa toada, a segurança jurídica passa a ser considerada como um princípio da ordem estatal, mas também como um direito fundamental, uma vez que o cidadão “precisa ter a segurança de que o Estado e os terceiros se comportarão de acordo com o direito e de que os órgãos incumbidos de aplicá-lo o farão valer quando desrespeitado” (MARINONI, 2010, p. 212).

Tal característica não sofre variações a partir das matrizes de sistemas jurídicos. Segundo anota Wambier (2009, p.122), tanto nos sistemas de

civil law quanto nos de *common law*, o direito nasceu e existe com o objetivo predominante de criar estabilidade e previsibilidade.

Ainda que se cogite, na atualidade, sobre uma crescente aproximação entre as famílias jurídicas romano-germânica e anglo-saxã, a distinção entre os sistemas forjados numa e noutra matriz reside fundamentalmente no reconhecimento da jurisprudência como fonte de direitos e, portanto, em sua função criativa (LIMA, 2013, p. 59).

O contraste, segundo Wambier (2009, p. 130), está em que “nos sistemas de *common law*, o direito é feito pelo juiz (*judge-made-law*) e, nos sistemas de *civil law*, quem cria o direito é o Poder Legislativo”. Na mesma linha, anota Carpena (2010, p. 198):

Em geral e em análise apertada, tem-se compreendido o *civil law* como um sistema jurídico que tem por fonte primária, ostentando posição de relevância como fonte de solução de conflitos sociais, a lei, vale dizer, a norma jurídica escrita, positivada; já por *common law* tem-se entendido o sistema cujo elemento norteador, a base da estrutura jurídica, são os casos julgados, isto é as decisões judiciais já proferidas, cujas soluções empregadas se apresentam vinculantes, ou seja, têm de ser obrigatoriamente observadas em julgamentos posteriores. Evidentemente que a diferença entre os dois sistemas, no entanto, não se resume somente a isso; muito pelo contrário, são muito maiores e envergam, pela própria forma como cada um particularmente encara a posição da Justiça, o dever de cumprimento das decisões judiciais e própria disposição jurídica como forma de regular condutas sociais.

Nos países de sistema costumeiro, o objetivo da previsibilidade é alcançado com a prática da obediência aos precedentes, de modo que o “comportamento dos cidadãos deve conformar-se aos termos das decisões judiciais” (WAMBIER, 2009, p. 129).

Observa-se, porém, que mesmo nos países de tradição romano-germânica, como ocorre com o Brasil, o direito jurisprudencial tem sido um *locus* privilegiado para a criação do direito, daí porque se identifica atualmente um movimento de “commonlawlização” do direito nacional

“a partir da importância que as decisões jurisdicionais vêm adquirindo no sistema pátrio, particularmente por meio do crescente prestígio de corrente de pensamento que destaca a função criadora do juiz” (PORTO, 2007, *on-line*).

Lima (2013, p. 123) destaca o fato de que o legislador pátrio não cuidou de definir claramente o papel do direito pretoriano no sistema jurídico nacional, em que pese não tenha erguido óbices ao desenvolvimento da jurisprudência como instrumento de criação do direito, que, “no caso brasileiro, conquistou paulatinamente a autoridade a ponto de em alguns casos exercer a mesma influência que o direito legislado”. Anota, ainda, que a inércia do legislador em evidenciar a posição do direito jurisprudencial num ordenamento não pode servir como motivo para que essa forma de expressão do direito tenha seu papel diminuído, citando como exemplo os julgamentos do STF, em que as teses jurídicas são posteriormente invocadas nas lides judiciais, administrativas e entre particulares.

No que tange ao desempenho da jurisdição eleitoral, é fundamental não perder de vista o fato de que, ao entregar a órgãos do Poder Judiciário o encargo de qualificar as eleições, notadamente quanto ao desempenho do contencioso, o sistema de controle adotado no Brasil mostra-se virtuoso.

Dota-se de confiabilidade o modelo constitucional brasileiro de apuração da verdade eleitoral, uma vez que orientado por critérios tipicamente normativos e jurisdicionais, possibilitando que os conflitos sejam dirimidos com força imperativa, por terceiro, imparcial, sob as garantias constitucionais dirigidas aos litigantes em geral. As decisões proferidas (necessariamente fundamentadas, sob pena de nulidade) são controladas por um sistema recursal atrelado a três graus de jurisdição, sem excluir, em caso de alegada afronta à Constituição, a atuação do STF.

Nessa linha, a “justiciabilidade” das questões eleitorais, a afastar a possibilidade de que sejam dirimidas mediante critérios de ordem exclusivamente política, mas, ao contrário, à luz de parâmetros jurídicos, garantindo aos envolvidos a utilização de diversos instrumentos processuais para provocar a aferição de legitimidade das eleições, apresenta-se,

em última análise, como elemento fundante do próprio regime democrático, presente a essencialidade de consultas livres e justas (*free and fair elections*).

No caso brasileiro, tem-se percebido que a judicialização das eleições é fenômeno cada vez mais presente, seja pela expansão do contencioso, seja por fatores que encontram raízes na própria fragilidade da legislação e que cobram a atuação da Justiça Eleitoral, como anota Pereira (2008, p. 104), em estudo comparado sobre os diversos modelos de controle das eleições:

O Brasil é, de longe, o país onde essa atuação jurisprudencial se mostra efervescente. A instabilidade histórica na regulamentação do processo eleitoral brasileiro, advinda do casuismo com que o legislador sempre tratou a questão, acabou por deixar aos tribunais o árduo trabalho de sistematização, colmatação de lacunas e compatibilização de procedimentos, institutos e mesmo ações judiciais sobrepostas.

Percebe-se, contudo, que a atuação dos tribunais eleitorais brasileiros têm sido marcada por uma inegável alternância de posições, impedindo que se extraia da jurisprudência a construção de linhas interpretativas que primem pela segurança jurídica. Há, é certo, frequente invocação de precedentes, os quais, porém, alternam com insólita habitualidade sobre temas os mais variados, de modo que não é raro encontrar, na jurisprudência do TSE, correntes majoritárias rigorosamente díspares sobre situações jurídicas semelhantes, a depender da composição da Corte.

Consoante anota Salgado (2010, p. 17), no Direito Eleitoral brasileiro, mais especialmente pela atuação do TSE, “parece persistir uma prática jurisdicional de construção da regra pelo Poder Judiciário, sem respeito aos precedentes, sem coerência, sem consistência e sem unidade”. E sentencia: “Um mistura pragmática (talvez esquizofrênica) entre *common law* e *civil law*”.

Identifica-se, ainda, uma propagação de tais julgamentos pelos demais órgãos da Justiça Eleitoral, que são reproduzidos algumas

vezes de forma acrítica, por fatores que deitam raízes na própria forma de investidura dos magistrados, regida pela regra da temporariedade. Consoante já se alinhou:

O rodízio permanente de magistrados contribui, ainda, para que os julgados do TSE assumam nítida autoridade persuasiva (*persuasive authority*), desencorajando comportamento mais ousado dos regionais e dos juízes e juntas eleitorais no sentido de formular interpretações a par das já realizadas pela Corte Superior. O Direito Eleitoral está preponderantemente afeto a ramo especializado da jurisdição, sendo orientado por princípios próprios, todavia, diante da movimentação constante dos que recrutados para o exercício da judicatura (de quem, como visto, não se exige afinidade com a matéria), verifica-se natural acomodação dos operadores quanto a acatar, sem maiores questionamentos, os precedentes do TSE, que, assim, findam por assumir força quase vinculante (OLIVEIRA, 2010, p. 83).

Na mesma linha, anota Pinto (2006, p. 22) que os “precedentes construídos, *cases* produzidos no TSE, mesmo inexistindo lei determinando o efeito vinculante, são acolhidos pelos juízes e tribunais eleitorais, que os seguem à risca”. Ressalva, desse modo, que, ao contrário dos países do sistema anglo-saxônico, em que o precedente tem força obrigatória para os casos futuros, o sistema jurídico brasileiro não assume tal característica, todavia, ainda assim, os juízes eleitorais seguem espontaneamente as manifestações da instância superior, fazendo-o “com tal intensidade que, na prática, o TSE efetivamente cria o direito”.

Importante campo do Direito Eleitoral, relacionado à prática de abusos de poder e corrupção eleitoral, envolve, é certo, a apreciação detida das circunstâncias da situação dada, importando preponderantemente no exame de matéria fática, daí por que se mostra rigorosamente difícil fugir à pecha de que a atuação das Cortes Eleitorais estaria a produzir um “direito do caso concreto”. Basta que se tenha em conta a notória dificuldade da doutrina e mesmo das Cortes Eleitorais quanto a parametrizar conceitos como o abuso de poder econômico e o abuso de poder político.

Ainda assim, não se pode negar que a categorização jurídica dos fenômenos, sua valoração, há de encontrar maior estabilidade quando sob exame dos tribunais, uma vez que a falta de linearidade solapa de forma clara o princípio da segurança jurídica, alicerce do Estado de Direito.

3 A viragem jurisprudencial no caso do RCED 8-84/PI: a recomendada modulação de efeitos no tempo em face da potencial violação ao direito de ação

É certo que o abandono de precedentes por parte dos órgãos da Justiça Eleitoral no Brasil apresenta-se com invulgar frequência, o que pode ser atribuído preponderantemente à própria forma de investidura dos magistrados no exercício da jurisdição especializada, fundada historicamente no postulado da temporalidade, a ocasionar constantes mudanças dos que desempenham a judicatura eleitoral e, como resultado, frequentes alterações de curso da jurisprudência.

Ainda assim, o exame dos pronunciamentos do TSE revela que, nos últimos anos, vem se registrando incipiente preocupação da Corte quanto à modulação de efeitos de suas decisões, de modo a evitar que sejam destinados tratamentos díspares a situações verificadas na mesma eleição. Foi o que ocorreu, por exemplo, com representações por propaganda eleitoral irregular, relativas às eleições de 2006, nas quais se questionava a veiculação de pinturas excedentes a 4m² em muros particulares, quando se deliberou que a prática, considerado aquele pleito, não seria apta a provocar a aplicação de multa, invocando-se expressamente o princípio da segurança jurídica para asseverar que a “jurisprudência do TSE recomenda não haver alteração do posicionamento jurisprudencial em relação à mesma eleição” (Agravo Regimental no REspe nº 28.499/PA, rel. Min. Marcelo Ribeiro, julg. 5.8.2008).

Estabeleceu-se, portanto, em nome da segurança jurídica, uma barreira para a superação de precedentes por parte do tribunal, de modo que não se deveriam dispensar interpretações diversas para casos ocorridos no mesmo pleito.

A mesma preocupação quanto a privilegiar a segurança jurídica, contudo, não foi observada por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 32.507/AL, em 17.12.2008, quando a Corte deu nova interpretação ao art. 14, § 5º, da Constituição Federal, passando a entender que os chefes do Poder Executivo somente poderiam exercer dois mandatos consecutivos nos respectivos cargos, afastando-se a possibilidade de exercício de terceiro mandato imediatamente subsequente em cargo idêntico, ainda que em circunscrição diversa.

Os precedentes até então firmados albergavam a possibilidade de investidura de prefeitos – já reeleitos – para o mandato imediatamente seguinte em município diferente, de modo que muitos candidatos, amparados por tal posição, disputaram e foram eleitos em 2008, mesmo já contabilizando vitórias nas duas eleições municipais anteriores. Em alguns casos, não houve sequer impugnação, todavia a Corte, após a eleição, alterou sua jurisprudência e passou a entender que a situação configuraria uma fraude à Constituição, não cuidando de modular os efeitos da aplicação do novel entendimento.

Como consequência, diversas demandas foram manejadas para tentar evitar a diplomação de prefeitos eleitos nas condições narradas, tendo sido, posteriormente, acolhidas pelo TSE com base no precedente então firmado. Uma delas, pelo menos, foi submetida, em sede de recurso extraordinário, ao STF (RE nº 637.485/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 1º.8.2012), que decidiu, em consonância com o entendimento firmado pela Corte Eleitoral, que a eleição para o terceiro mandato imediatamente subsequente de prefeito municipal, ainda que em circunscrição diversa, configuraria prática vedada pela Constituição, ressalvando, porém, que a viragem jurisprudencial deveria operar efeitos prospectivos, não se aplicando às eleições municipais de 2008, sob pena de afronta ao princípio da segurança jurídica.

A decisão do STF, ainda que em sede de recurso extraordinário, tem o condão de assumir forte impacto quanto à atuação do TSE, firmando importante baliza para os pronunciamentos da Corte, uma vez ter assentado que as decisões que “no curso do pleito eleitoral (ou logo após o seu encerramento) impliquem mudança de jurisprudência (e dessa

forma repercutam sobre a segurança jurídica) não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior”.

O Ministro Gilmar Mendes, relator do precedente junto ao STF, destacou, em trabalho doutrinário, a importância do julgado e de sua repercussão na jurisprudência do TSE: “Não só a Corte Constitucional, mas também o Tribunal que exerce o papel de órgão de cúpula da Justiça Eleitoral, devem adotar tais cautelas por ocasião das chamadas ‘viragens jurisprudenciais’ na interpretação dos preceitos constitucionais que dizem respeito aos direitos políticos e ao processo eleitoral” (MENDES, 2012, *on-line*).

Tratou-se de reconhecer especificidades às manifestações da Justiça Eleitoral, que seriam dotadas de peculiar caráter normativo, justificando, à luz do princípio da anterioridade da Lei Eleitoral, que as “mudanças radicais na interpretação da Constituição devem ser acompanhadas da devida e cuidadosa reflexão sobre suas consequências, tendo em vista o postulado da segurança jurídica” (MENDES, 2012, *on-line*).

A decisão do STF produziu reflexos nas manifestações posteriores do TSE acerca da figura do “prefeito itinerante”, como ficou conhecida a prática de candidatar-se a três mandatos consecutivos em municípios diversos, afastando a possibilidade de que o entendimento firmado (quanto à impossibilidade da candidatura) pudesse ser observado para os casos ocorridos no pleito de 2008. Indo além, o TSE entendeu que aqueles que foram validamente eleitos em 2008, por força da aplicação da tese, teriam o direito de concorrer à reeleição em 2012, pois, do contrário, se incorreria em vedada retroação e, ainda, em desrespeito ao princípio da segurança jurídica (REspe nº 11.374/PR, rel. Min. Arnaldo Versiani, 16.10.2012 – Precedente Astorga).

Percebe-se, portanto, que o julgamento do STF no REspe nº 637.485/RJ produziu reflexos na jurisprudência do TSE, importando que a Corte, diante de situações de superação de precedentes, deva imprimir caráter prospectivo às alterações, sob pena de violar a segurança jurídica.

Esse limite, porém, não foi aventado por ocasião do julgamento do RCED nº 8-84/PI, tendo-se entendido, mais de duas décadas depois da promulgação da Lei Maior, que uma das hipóteses de cabimento daquela que se constitui uma das principais ações eleitorais seria incompatível com a ordem constitucional. Ainda que, como visto, se tenha operado a conversão em AIME, com remessa ao juízo competente, evitando-se a pura e simples extinção do feito, não se cogitou em postergar tal entendimento para casos futuros.

Cuidou-se de viragem jurisprudencial de inegável relevo, uma vez que, dentre as quatro hipóteses de cabimento do RCED, aquela prevista no inciso IV, do art. 262, do Código Eleitoral, era frequentemente invocada no cotidiano das lides eleitorais, servindo de fundamento, por exemplo, para todos os recursos interpostos junto ao TSE após as eleições de 2010 e que pretendiam desconstituir o diploma de 12 governadores de estado eleitos naquele ano.⁴

Após as eleições estaduais de 2006, aliás, governadores de dois estados foram apeados do cargo por força de decisões do TSE em sede de recursos contra expedição de diploma: Maranhão e Tocantins, e, em ambos, o fundamento foi o da hipótese de incidência posteriormente declarada inconstitucional.⁵

⁴ Segundo matéria veiculada no portal eletrônico do Jornal *O Globo*, a decisão assumiu o condão de alcançar recursos interpostos contra a diplomação de 11 governadores eleitos em 2010: "TSE anula recurso e abre brecha que pode beneficiar 11 governadores". Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/tse-anula-recurso-abre-brecha-que-pode-beneficiar-11-governadores-10014293>>. Acesso em 26 nov. 2013. Pelo menos um dos casos já havia sido julgado pela Corte: o RCED nº 711.647/RN, interposto contra a diplomação da governadora do Rio Grande do Norte, Rosalba Ciarlini, improvido em 27 de outubro de 2011. A relação dos governadores cujas diplomações ainda eram alvo de questionamento no TSE pode ser encontrada em <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/onze-governadores-estao-pendurados-no-tse/>. Acesso em 26 nov. 2013.

⁵ Reporta-se aos casos do governador Jackson Lago, do estado do Maranhão, a quem se acusou de ter sido beneficiado pela máquina pública, em virtude da realização de eventos oficiais de assinatura de convênios, nos quais o então governador o apresentava como possível candidato à sucessão (TSE, RCED nº 671/MA, 3.3.2009); e o governador Marcelo Miranda, do estado de Tocantins, a quem se imputou, dentre outros ilícitos eleitorais, haver contratado, em desvio de finalidade, 1.447 servidores para cargos de provimento em comissão nos três meses que antecederam as eleições de 2006 (TSE, RCED nº 698/TO, 25.6.2009).

A jurisprudência desenvolveu-se, mesmo após a ordem constitucional estabelecida em 1988, sob o forte entendimento de que as demandas (AIME e RCED) seriam distinguidas por força de terem finalidades diversas, de modo que coexistiriam sem que se pudessem opor ao seu manejo as exceções de litispendência e coisa julgada, ainda que houvesse identidades de partes e causa de pedir.

Desse modo, enquanto o RCED buscaria atacar a concessão do diploma, a AIME estaria voltada a impugnar o mandato, estabelecendo-se distinção entre aquele e este, inobstante o primeiro seja instrumento para alcançar o segundo.

Não constitui objeto do presente estudo examinar a correção da tese majoritariamente acolhida pela Corte, mas antes analisar as consequências de sua adoção e da ausência de modulação dos efeitos no tempo, especialmente quanto a não se ter aventado, quando do julgamento, a possível incidência, na espécie, da tese firmada pelo STF por ocasião do julgamento do RE nº 637.485/RJ, preferindo-se o apego à teoria da nulidade da lei inconstitucional, a qual, embora acolhida como regra no Brasil, não se mostrava suficiente para o caso.

Nesse ideativo, a possível modulação de efeitos, conferindo viés prospectivo ao novo entendimento, não poderia ser afastada sequer ante o argumento de que sua incidência deveria estar restrita ao controle abstrato de constitucionalidade, uma vez que hoje se acha plenamente assentada, inclusive em julgados do STF, a possibilidade de modulação nos casos de controle difuso.

Sobre o ponto, Barroso (2012, p. 153) recorda que o STF tem precedentes, em controle incidental, nos quais deixou de dar efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade como consequência da ponderação com outros valores e bens jurídicos que seriam afetados. Em consequência, diz que se multiplicaram nos últimos anos “estes casos de modulação de efeitos temporais, por vezes com a invocação analógica do art. 27 da Lei nº 9.868/1999 e outras vezes sem referência a ele”.

O posicionamento não difere do sustentado por Mendes (2014, p. 451), ao aludir ao fato de que “o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos”, asseverando que a base

constitucional dessa restrição abrange o modelo de controle de constitucionalidade como um todo.

Com efeito, ainda que em sede de controle difuso, como ocorreu no julgamento do RCEd nº 8-84/PI, o TSE reunia plenas condições para aplicar efeitos prospectivos à mudança de entendimento, para o que poderia haver considerado, dentre outros fatores, a ausência de prévia sinalização da Corte quanto à alteração no curso da jurisprudência há anos consolidada.

4 Parâmetros para a superação de precedentes por parte do Tribunal Superior Eleitoral

A ruptura patrocinada pelo TSE por ocasião do julgamento do RCEd nº 8-84/PI suscita duas questões que merecem destaque: a) a possível incidência, na espécie, das balizas fixadas pelo STF quanto às viragens jurisprudenciais da Justiça Eleitoral, por ocasião do RE nº 637.485/RJ, de modo a definir se a mudança de entendimento poderia ou não ser aplicada imediatamente a casos ocorridos em pleitos anteriores, todavia ainda não definitivamente apreciados; e b) em se cuidando de novo entendimento, que suprimiu a hipótese de cabimento de uma ação, qual seria o tratamento a ser destinado ao caso pelas regras do direito intertemporal.

Quanto ao primeiro aspecto destacado, cumpre trazer à colação o que foi manifestado pelo STF por ocasião do julgamento do RE nº 637.485/RJ, especialmente quanto às alterações de entendimento dos órgãos da Justiça Eleitoral:

II. MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA EM MATÉRIA ELEITORAL. SEGURANÇA JURÍDICA. ANTERIORIDADE ELEITORAL. NECESSIDADE DE AJUSTE DOS EFEITOS DA DECISÃO.

Mudanças radicais na interpretação da Constituição devem ser acompanhadas da devida e cuidadosa reflexão sobre suas consequências, tendo em vista o postulado da segurança jurídica. Não só a Corte Constitucional, mas também o Tribunal

que exerce o papel de órgão de cúpula da Justiça Eleitoral devem adotar tais cautelas por ocasião das chamadas viragens jurisprudenciais na interpretação dos preceitos constitucionais que dizem respeito aos direitos políticos e ao processo eleitoral. Não se pode deixar de considerar o peculiar caráter normativo dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, que regem todo o processo eleitoral. Mudanças na jurisprudência eleitoral, portanto, têm efeitos normativos diretos sobre os pleitos eleitorais, com sérias repercussões sobre os direitos fundamentais dos cidadãos (eleitores e candidatos) e partidos políticos. No âmbito eleitoral, a segurança jurídica assume a sua face de princípio da confiança para proteger a estabilização das expectativas de todos aqueles que de alguma forma participam dos prélios eleitorais. A importância fundamental do princípio da segurança jurídica para o regular transcurso dos processos eleitorais está plasmada no princípio da anterioridade eleitoral positivado no art. 16 da Constituição. O Supremo Tribunal Federal fixou a interpretação desse artigo 16, entendendo-o como uma garantia constitucional (1) do devido processo legal eleitoral, (2) da igualdade de chances e (3) das minorias (RE nº 633.703). Em razão do caráter especialmente peculiar dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, os quais regem normativamente todo o processo eleitoral, é razoável concluir que a Constituição também alberga uma norma, ainda que implícita, que traduz o postulado da segurança jurídica como princípio da anterioridade ou anualidade em relação à alteração da jurisprudência do TSE. Assim, as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral (ou logo após o seu encerramento), impliquem mudança de jurisprudência (e dessa forma repercutam sobre a segurança jurídica), não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior.

Percebe-se que o entendimento do STF reporta-se a mudanças jurisprudenciais que envolvam a interpretação de normas que versem sobre direitos políticos e processo eleitoral, as quais se subsumiriam à limitação temporal então contemplada, importando a impossibilidade de aplicação retroativa.

A expressão processo eleitoral, nessa passagem da jurisprudência do STF, parece muito mais distinguir o fenômeno do “processo de formação e manifestação da vontade eleitoral, sendo o conjunto de atos

e procedimentos ordenados desenvolvidos com a finalidade de obter a manifestação livre e eficaz da vontade do corpo eleitoral acerca da recomposição dos mandatos representativos” (PEREIRA, 2009, p. 23), do que aquela relacionada ao “conjunto de atos e procedimentos ordenados desenvolvidos perante um órgão jurisdicional com o fim de solucionar um determinado litígio de natureza eleitoral”.

Nesse aspecto, ainda que se tenha em conta que a interpretação sobre o cabimento do RCED fundado no art. 262, inciso IV, do Código Eleitoral, versa sobre norma de direito processual eleitoral, e que, em primeira análise, tal situação poderia aparentar como não estando abrangida pelo emprego da expressão “processo eleitoral” a que se reporta a decisão da Suprema Corte, não se duvida de que a possibilidade jurídica de manejo do recurso (verdadeira ação contra a diplomação, como pacificamente apontada por doutrina e jurisprudência), a gerar a possibilidade de que, por meio dele, se invalide a certificação conferida ao candidato que disputou o pleito, e, por conseguinte, se o impeça de desempenhar o mandato, deve ser salvaguardada pelos limites estabelecidos pelo precedente do STF.

Não se vislumbra, portanto, razão fundada para que o TSE, ao declarar a inconstitucionalidade do RCED, abandonando jurisprudência há muito firmada, não tenha tido o cuidado de modular os efeitos da decisão, aplicando ao caso o entendimento consolidado pelo STF, de modo a determinar que a nova posição somente fosse adotada para eleições futuras, ressaltando, desse modo, a incidência sobre ações ainda em curso, relativas aos pleitos de 2010 e 2012.

A aplicação prospectiva do juízo então firmado privilegiaria nitidamente a segurança jurídica, resguardando a apreciação das demandas em curso, manejadas nos termos de preceito legal sobre o qual não recaía qualquer pecha de inconstitucionalidade, todavia indicando que, a partir do próximo pleito, não mais se admitiria o ajuizamento de recurso com fundamento no art. 262, inciso IV, do Código Eleitoral, remanescendo a AIME como único instrumento apto a impugnar o mandato eletivo contestado com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

Tal posicionamento evitaria, ainda, que as partes fossem surpreendidas pela mudança no entendimento da Corte. Consoante aponta Marinoni (2013, p. 432), quando não há indicações de que o precedente será revogado, e, assim, há confiança justificada, “não há razão para tomar de surpresa o jurisdicionado, sendo o caso de atribuir efeitos prospectivos à decisão, seja ela de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade”.

No mesmo sentido, anota Lima (2013, p. 359) que “os fatos ocorridos na vigência da jurisprudência anterior não podem ser ignorados e merecem ser tratados em conformidade com ela, exceto se existirem justos motivos a autorizar o contrário (e.g., sinalização anterior da corte sobre a mudança de entendimento; ou desuso contínuo do pretérito entendimento)”, o que, contudo, não se aventou quando do julgamento do RCED nº 8-84/PI.

A conversão dos RCEDs em AIMEs com o envio dos autos aos tribunais regionais apresentou-se como solução intermediária, que assoma, em verdade, como um paliativo, que não exclui o potencial de interferir nas pretensões dos recorrentes, notadamente quando em conta que ela se dá, considerados os mandatos iniciados em 2011 e com término previsto para 2014, numa quadra em que dificilmente haverá tempo para que as causas percorram duas instâncias da Justiça Eleitoral antes do encerramento dos lapsos de representação.

Cabe recordar, ainda, que o entendimento adotado no RCED nº 8-84/PI foi paulatinamente estendido a outros casos então em tramitação no TSE, procedendo-se, mediante decisões dos relatores, às respectivas conversões, todavia nem todas as ações foram imediatamente encaminhadas aos regionais. A demora provocou, inclusive, a possibilidade de que, em se tratando de decisão tomada por maioria de quatro a três, e se tendo operado a alteração da composição do tribunal logo após o julgamento, a matéria fosse novamente levada a plenário, com adoção de entendimento diverso, reforçando ainda mais a insegurança jurídica, notadamente quando em conta o aspecto da igualdade.

Nesse ponto, aliás, cumpre ter presente a controversa questão daqueles que tiveram diplomas cassados por força de RCEDs interpostos

com fundamento no art. 262, inciso IV, do Código Eleitoral, e que eventualmente, por força de tais decisões, tenham sido considerados inelegíveis por oito anos, consoante prevê a Lei das Inelegibilidades: seriam agora, diante do novo entendimento, exonerados da restrição ao direito de disputar mandatos eletivos?

Em arremate deste tópico, cabe asseverar que, mesmo quando presentes as regras do direito intertemporal, segundo as quais alterações de normas de direito processual alcançam as causas em curso, há que se ter presente que modificações que importem na própria supressão de determinada espécie de ação judicial devem resguardar a continuidade das demandas já ajuizadas, sob pena de manifesta violação aos direitos de ação e de acesso à Justiça, o que não se observou no caso analisado.

A singela aplicação da teoria da nulidade da lei inconstitucional, consoante afirmado, não se afigurava a solução mais adequada ao caso, daí por que caberia ao TSE diferir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, tomando como parâmetro as regras do direito intertemporal, considerando o julgamento (e a extinção da demanda) como equivalente à situação constituída pela entrada em vigor de nova norma processual.

Cumprе recordar com Dinamarco (1995, p. 39) que a entrada em vigor de nova regra processual faz surgirem algumas situações possíveis: a) a lei nova não se aplica aos processos findos; e b) ela invariavelmente se aplica aos processos instaurados em sua vigência. Considerados os processos pendentes quando da entrada em vigor da lei nova, afirma o autor que seria, em tese, admissível:

a) aplicá-la desde logo a eles, de modo integral; b) preservar todo o processo da alteração legislativa e fazê-lo prosseguir sob o império da lei velha, ou c) respeitar as fases procedimentais já superadas ou em curso (postulatória, ordinatória etc.), impondo a lei nova somente quanto às fases subsequentes.

Assevera o autor que há de prevalecer o denominado isolamento dos atos processuais, de modo que a lei nova, “encontrando um processo em desenvolvimento, respeita a eficácia dos atos já realizados e disciplina o processo a partir de sua vigência” (DINAMARCO, 1995, p. 39).

Nessa linha, houvesse o TSE atentado para a plenamente recomendável modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, pela via incidental, do art. 262, IV, do Código Eleitoral, poderia ter, em resguardo da segurança jurídica, balizado seu pronunciamento em atenção às regras do direito processual intertemporal, destinando àquele precedente a mesma natureza de uma lei nova revogadora de uma das hipóteses de incidência de ação específica.

Tal importaria que não pudesse aquele pronunciamento alcançar as fases processuais já consumadas (isolamento dos atos), de modo que não gozaria de juridicidade simplesmente negar o acesso à jurisdição e extinguir os RCEDs pendentes, sob pena de violar os chamados “direitos processuais adquiridos”, impondo-se aos litigantes o componente da surpresa.

Alude o mesmo Dinamarco (1995, p. 42) que as situações jurídicas constituídas também devem ser respeitadas à vista do direito processual intertemporal e, nesse contexto, “falar em direito processual adquirido significa substancialmente levar em conta as situações processuais consumadas, cuja efetividade deve resistir à superveniência da lei processual nova”.

Em alusão que se amolda ao estudo ora levado a efeito, exemplifica o autor que, uma vez “publicada a sentença e assim constituída a situação de um direito a recorrer, eventual eliminação do recurso cabível contra ela não atinge o sujeito”. Desse modo, é lícito concluir que a supressão, por vício de inconstitucionalidade, de hipótese de incidência do art. 262, inciso IV, do Código Eleitoral, não poderia atingir os feitos pendentes, gerando efeitos apenas para eleições futuras.

Melhor seria, sem dúvida, se se tivesse atentado para a advertência formulada por Figueiredo (2009, p. 13), segundo a qual:

Em muchas oportunidades la justicia electoral debe conciliar el respeto de los principios de igualdad y seguridad jurídica con la necesidad de corregir la doctrina sentada en sus precedentes, para lo qual se propone que en algunos casos

se difiera, para el futuro, la aplicación de los cambios de jurisprudencia.⁶

5 Conclusão

Do estudo realizado, conclui-se que a viragem jurisprudencial levada a efeito pelo TSE por ocasião do Recurso contra Expedição de Diploma nº 8-84/PI, na forma como realizada, sem que se tenha atentado para a necessidade de modulação dos efeitos no tempo, mediante aplicação prospectiva (*prospective overruling*), nos termos já assentados na jurisprudência do STF, assumiu o claro condão de violar o direito de ação e de acesso à Justiça.

Em que pese a força dos precedentes do TSE, a constante alteração de entendimentos patrocinada pela Corte ocasiona graves riscos aos postulados da estabilidade, previsibilidade e igualdade, com grave comprometimento da segurança jurídica.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARPENA, Márcio Louzada. Os poderes do juiz no *common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, fev. 2010, v. 35. n. 180, p. 195-220.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.

⁶ Tradução livre: "Em muitas oportunidades, a Justiça Eleitoral deve conciliar o respeito aos princípios da igualdade e segurança jurídica com a necessidade de corrigir a doutrina assentada em seus precedentes, para o que se propõe que, em alguns casos, difira, para o futuro, a aplicação das mudanças de jurisprudência".

FIGUEIREDO, Hernán R. Gonçalves. El respeto de los precedentes y los cambios de jurisprudência en la justicia electoral. *Justicia Electoral*, México, 2009; v. 1, n. 4, p. 13-31.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A força dos precedentes*. Salvador: Jus Podivm, 2010.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

MENDES, Gilmar. *Segurança jurídica e mudança na jurisprudência eleitoral*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-18/observatorio-constitucional-seguranca-juridica-jurisprudencia-eleitoral>> Acesso em: 10 jan. 2014.

_____. *Jurisdição Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. *Controle das eleições: virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Tutela coletiva no direito eleitoral: controle social e fiscalização das eleições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PINTO, Djalma. *Direito eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal – noções gerais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre a common law, civil law e o precedente judicial*. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-formatado.pdf>> Acesso em: 10 jan. 2014.

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

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, jun. 2009; v. 34, n. 172, p. 121-174.

O CASO CASTAÑEDA GUTMAN VS.
ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
E SEUS REFLEXOS SOBRE A
LEI DAS INELEGIBILIDADES
(LEI COMPLEMENTAR Nº 64/1990)¹

THE CASTAÑEDA GUTMAN VS.
MEXICAN UNITED STATES CASE
AND ITS REFLECTIONS ON THE
LAW OF INELEGIBILITIES
(COMPLEMENTARY LAW N. 64/1990)

VOLGANE OLIVEIRA CARVALHO²

RESUMO

O presente trabalho analisa a influência do julgamento do Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Direito Eleitoral brasileiro. No caso,

¹ Artigo recebido em 22 de abril de 2014 e aceito para publicação em 12 de maio de 2014.

² Analista Judiciário do TRE do Maranhão. Professor do Curso de Direito do Instituto Camillo Filho. Mestrando do Programa de Pós-Graduação *strictu sensu* da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

discutia-se a possibilidade de um Estado signatário do Pacto de San Jose da Costa Rica (PSJCR) criar em seu ordenamento jurídico hipóteses limitadoras do exercício dos direitos políticos passivos que não estivessem expressamente previstas no PSJCR. O Brasil era diretamente interessado no desenrolar do feito, visto que tem legislação específica estabelecendo hipóteses de inelegibilidade (Lei Complementar nº 64/1990) que ultrapassa a literalidade do documento continental. O julgado, entretanto, demonstra que a criação de limitações pode ser realizada desde que haja respaldo social e objetivo o fortalecimento da democracia. Nesse sentido, a legislação brasileira encontra-se inteiramente resguardada, pois não afronta a norma continental de proteção aos direitos humanos.

Palavras-chave: Direitos políticos passivos. Inelegibilidade. Pacto de San Jose da Costa Rica.

ABSTRACT

The current study analyzes the influence of the *Castañeda Gutman vs. Mexican United States* case's trial by Inter-American Court of Human Rights on Brazilian electoral law. In the case, it was discussed the possibility of a signatory Estate of the Pact of San Jose of Costa Rica create in its legal system limiting hypotheses of the exercise of passive political rights which were not explicitly provided for in PSJCR. Brazil was directly interested in the unfolding of deed, since it has specific legislation establishing hypotheses of ineligibility (Complementary Law n. 64/90) which exceeds the literality of the continental document. Nevertheless, the court decision demonstrates that the creation of limitations can be carried out once they have social support and aim to the strengthening of democracy. In this regard, the Brazilian law is fully guarded since it does not confront the continental norm of human rights protection.

Keywords: Passive political rights. Ineligibility. Pact of San Jose of Costa Rica.

1 Introdução

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) tem a missão de manter a dignidade da Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica (PSJCR), por meio do julgamento de casos a si submetidos que noticiam supostas violações às normas do documento protetivo continental.

O Brasil ratificou o tratado em 1992, aceitando submeter-se ao jugo da CIDH. Desde então, já foi denunciado algumas vezes por violações dos direitos humanos e condenado outras tantas pela mesma razão.

A importância dos julgados da CIDH é inegável, bem como o valor do PSJCR, mormente quando se tem em mente que a norma internacional foi recepcionada com *status* de supralegalidade, ou seja, mantém sobranceira acima de todas as normas do ordenamento jurídico brasileiro, guardando respeito apenas à Constituição Federal, que permanece intocada no ápice normativo, onde foi entronizada por Kelsen.

Essa postura traz consequências importantes para a construção hermenêutica e normativa brasileiras, contudo tais inovações passam ao largo dos estudos aprofundados, uma vez que a questão mais notável e polêmica do documento continental diz respeito à prisão do depositário infiel, o que acaba ofuscando outros temas palpitantes.

Dentre as questões que permanecem ocultas nas entrelinhas do PSJCR, existem importantes temas relacionados com os direitos políticos. O presente trabalho pretende analisar o Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, que, embora envolva outro Estado, reveste-se de enorme importância para o Brasil, já que estabelece diretrizes claras para a limitação dos direitos políticos passivos, o que afeta, ao menos em tese, todo o arcabouço legal que sustém a Lei Complementar nº 64/1990, ou Lei das Inelegibilidades.

2 Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos³ submeteu à Corte, no ano de 2007, uma demanda contra os Estados Unidos Mexicanos, manejada por Jorge Castañeda Gutman. O reclamante alegava, em suma, que fora atingido nos seus direitos políticos passivos ao ver-se impedido de habilitar-se para a eleição presidencial como candidato independente, por não se encontrar filiado a nenhuma agremiação partidária.

O Instituto Federal Eleitoral (IFE) mexicano indeferiu o pedido, argumentando que a legislação do país estabeleceu a competência exclusiva dos partidos políticos para apresentar pedidos de registro de candidaturas e apresentou julgados reiterados que excluía a possibilidade de candidatos independentes⁴ participarem das eleições no país.

Esgotada a via jurisdicional no México, a questão foi levada sucessivamente à Comissão e à Corte Interamericana de Direitos Humanos. O pedido lastreava-se no texto do PSJCR referente ao gozo dos direitos políticos.

Jorge Castañeda Gutman, realizando interpretação literal do PSJCR, compreendia ser impossível que a ausência de filiação a partido político pudesse constar do rol de restrições ao direito político de concorrer a um cargo eletivo dada a inexistência de tal previsão na norma. Para consolidar seu posicionamento, argumentou que as candidaturas independentes assumem grande importância, visto que representam verdadeira válvula de escape contra o descrédito em que caíram os partidos políticos. Além disso, questionava a inexistência, no Direito mexicano, de um recurso processual específico que assegurasse a proteção célere e uniforme dos direitos políticos.

³ Conforme disposto no Pacto de San Jose da Costa Rica (art. 61), somente a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e os Estados-partes têm direito de submeter um caso à apreciação da Corte.

⁴ Considerar-se-ão candidatos independentes aqueles que não estão filiados a nenhum partido político.

No que tange a esse derradeiro questionamento, a CIDH acolheu os argumentos do demandante, reconhecendo a necessidade de criação de um recurso que tivesse por escopo a promoção das necessidades dos cidadãos na defesa e preservação da dignidade de seus direitos políticos.

Quanto às questionadas restrições aos direitos políticos passivos, a Corte repetiu o comportamento da Comissão, considerando perfeitamente lícita a criação, pelo México, de limitações ao registro de candidaturas que ultrapassem as fronteiras expressas na Convenção, desde que o façam obedecendo aos princípios da democracia representativa, com base em valores juridicamente válidos e que exista respaldo social. Nesse sentido, não havia reparo a fazer às normas mexicanas.

3 Dos direitos políticos passivos e suas limitações

A construção da decisória no Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos tem como fundamento inicial uma análise das características inerentes aos direitos políticos e sua importância para os cidadãos e para a própria sociedade. Em resumo:

Los ciudadanos tienen el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente mediante referendos, plebiscitos o consultas o bien, por medio de representantes libremente elegidos. El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos expresan libremente su voluntad y ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos pueden decidir directamente y elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán en la toma de decisiones de los asuntos públicos. Por su parte, la participación política mediante el ejercicio del derecho a ser elegido supone que los ciudadanos puedan postularse como candidatos en condiciones de igualdad y que puedan ocupar los cargos públicos sujetos a elección si logran obtener la

cantidad de votos necesarios para ello⁵ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2008, p. 43).

Nesse contexto, o PSJCR emerge como norma garantidora do respeito aos direitos políticos ativos e passivos em todo o continente americano, contudo tal nível de proteção não pretende chegar às mínúcias de determinar o melhor sistema eleitoral ou os mecanismos de controle da licitude e regularidade dos pleitos, o que implicaria uma inadequada interferência na soberania de cada Estado.

O documento, de fato, pretende preservar *standards* da democracia ocidental, resguardando princípios consagrados e procurando estabelecer um núcleo mínimo de normas a serem respeitadas no Direito interno para a preservação dos direitos políticos, sem que isso signifique esquecer as especificidades de cada um dos signatários.

3.1. Dos parâmetros para criação de limitações ao exercício dos direitos políticos passivos

A análise do texto do Pacto de San Jose da Costa Rica no que diz respeito à possibilidade de a legislação interna de um dos países signatários estabelecer limitações ao pleno exercício dos direitos políticos passivos pode redundar em interpretações conflitantes. O artigo objeto da controvérsia tem a seguinte redação:

Artigo 23 Direitos políticos

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:

⁵ Os cidadãos têm o direito de participar ativamente na direção dos assuntos públicos diretamente mediante referendos, plebiscitos ou consultas ou por meio de representantes livremente eleitos. O direito ao voto é um dos elementos essenciais para a existência da democracia e uma das formas com que os cidadãos expressam livremente sua vontade e exercem o direito à participação política. Este direito implica que os cidadãos podem decidir diretamente e eleger livremente e em condições de igualdade quem os representará na tomada de decisões dos assuntos públicos. Por sua parte, a participação política mediante o exercício do direito a ser eleitor supõe que os cidadãos podem postular-se como candidatos em condições de igualdade e que podem ocupar os cargos públicos sujeitos a eleição se logram obter a quantidade de votos necessários para isso (tradução do autor).

a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;

b) de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a livre expressão da vontade dos eleitores; e

c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades, a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal (BRASIL, 1992).

A primeira interpretação, aproximando-se à literalidade e corroborando a Escola da Exegese, enxergaria no art. 23.2 um rol taxativo de limitações que não poderia ser alargado pelo Direito interno, especialmente por causa do emprego taxativo da expressão “exclusivamente”. Nesse sentido, o tratado internacional seria lei especial que não pode ser alterada por lei geral.

A segunda interpretação observa o PSJCR como um conjunto normativo sistêmico, evitando pinçar excertos do texto e interpretá-los em um ambiente estéril. Assim, há que se perscrutar a *mens legis* do legislador. Essa busca resultará na compreensão de que o rol de limitações apresentadas pela norma continental não tem caráter definitivo, pois isso implicaria deixar de reconhecer peculiaridades regionais.

Assim, cada país poderá estabelecer em seus ordenamentos jurídicos internos as medidas limitadoras do exercício dos direitos fundamentais que compreender mais adequadas a suas necessidades, desde que obedeçam aos princípios gerais do regime democrático. É dizer: desde que os limites sejam proporcionais e razoáveis, serão válidos.

Por outro lado, o estabelecimento de limites claros ao exercício dos direitos políticos (inclusive ativos) é, também, uma forma de assegurar

esse mesmo núcleo de direitos. Sem regras claras acerca de quem são os concorrentes aos cargos públicos, quem são os eleitores e como se processará o pleito, é impossível falar seriamente em existência de plenitude de direitos políticos.

4 O caso brasileiro: dilemas da Lei das Inelegibilidades

A elegibilidade é um conjunto de exigências estabelecidas em lei para que um cidadão esteja apto a concorrer às eleições para um determinado cargo eletivo. De outro modo, as inelegibilidades são hipóteses de incapacidade eleitoral passiva, ou seja, embora, em tese, possa votar, fica impossibilitado de receber votos. No dizer de Niess (1994, p. 5):

A inelegibilidade consiste no obstáculo posto pela Constituição ou por lei complementar ao exercício da cidadania passiva, por certas pessoas, em razão de sua condição ou em face de certas circunstâncias. É a negação do direito de ser representante do povo no Poder.

A Constituição Federal de 1988 foi clara ao determinar os casos de inelegibilidade, contudo, em seu art. 14, § 9º, abriu a possibilidade de que, por meio de lei complementar⁶, fossem criadas novas hipóteses impeditivas. Essa oportunidade foi materializada pela Lei Complementar nº 64/1990, cognominada, apropriadamente, de Lei das Inelegibilidades.⁷

⁶ Art. 14 [...] § 9º Lei Complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

⁷ Conforme Gomes (2012, p. 173): “A Lei Complementar nº 64/90 – também chamada de Lei das Inelegibilidades – regulamentou o artigo 14, § 9º, da Constituição, erigindo diversas hipóteses de inelegibilidade. Cerca de 20 anos após sua promulgação, essa norma foi alterada pela LC nº 135/2010”.

A norma inicial sofreu, posteriormente, algumas alterações em decorrência da aprovação da Lei da Ficha Limpa⁸ (Lei Complementar nº 135/2010), que modificou algumas das hipóteses de inelegibilidade e acrescentou outras tantas.

Entretanto, a forma como o Pacto de San Jose da Costa Rica se refere à possibilidade de estabelecimento, pelos Estados-partes, de limitações ao exercício dos direitos políticos passivos, apresentado o que à primeira vista parece ser um rol taxativo, coloca em xeque grande parte do arcabouço legislativo brasileiro sobre o tema.

4.1. Das hipóteses de inelegibilidade

O Brasil, assim como o México, não admite a existência de candidaturas avulsas. Todos aqueles que pretendem colocar-se como candidatos em um pleito devem estar filiados a um partido político. Contudo, a restrição, diferentemente da realidade mexicana, decorre do texto constitucional, o que não configuraria, em nenhuma medida, afronta ao Pacto de San Jose da Costa Rica, dada a hierarquia das normas constitucionais.

O rol de limitações aos direitos eleitorais passivos constantes da legislação infraconstitucional brasileira é, a um só tempo, extenso e severo. Inicialmente, há que se destacar o impedimento decorrente de condenação criminal proferida por órgão colegiado, que foi acrescida pela Lei da Ficha Limpa. A novidade causou enorme polêmica, pois muitos compreendiam que impedir a candidatura de alguém com lastro em uma decisão em que não houve trânsito em julgado seria uma afronta

⁸ Decorrente da mobilização da sociedade civil, especialmente do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE) e da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), foi apresentado projeto de lei de iniciativa popular, subscrito por mais de 1,6 milhão de assinaturas, criando hipóteses de inelegibilidade mais rígidas. (REIS, 2013). Posteriormente, a Lei da Ficha Limpa trouxe um novo ânimo para o cenário político brasileiro. "A sanção da Lei da Ficha Limpa pelo presidente Lula no dia 4 de junho fez renascer no coração dos brasileiros a esperança na política como campo de ação própria de gente honesta e de vida limpa" (BARBOSA, 2010, p. 19).

ao princípio da presunção de inocência. A questão foi superada quando o Supremo Tribunal Federal (STF)⁹ reconheceu a constitucionalidade da norma. Nesse aspecto, não haveria qualquer conflito com a norma continental, visto que o PSJCR exige que a decisão seja proferida por juiz competente no curso de processo penal, mas não faz referência à necessidade de que a decisão seja definitiva.

Por outro lado, a análise mais cuidadosa de outras hipóteses de inelegibilidade que constam da legislação infraconstitucional brasileira poderia, ao menos em tese, trazer em seu interior conflitos com as diretrizes do PSJCR.

Em um segundo bloco, devem ser alocadas as inelegibilidades decorrentes de atos de natureza cível. Nesse grupamento, podem ser destacadas aquelas que decorrem de atos de improbidade administrativa, condenações pela Justiça Eleitoral por abuso de poder econômico e político, corrupção eleitoral, captação ilícita de sufrágio e doações irregulares a candidatos ou partidos políticos.

A verificação açodada do texto do PSJCR mostrará que as hipóteses de inelegibilidade de natureza civil seriam aquelas decorrentes da idade, nacionalidade, local de residência, idioma, nível de instrução e capacidade civil e mental. Esse elenco normativo sequer foi referido na legislação infraconstitucional brasileira, cabendo à própria Constituição Federal abordar a questão.

Nesse diapasão, as limitações que emergem da Lei das Inelegibilidades são complementos ao objetivo da Constituição Federal, contudo resta a dúvida: há conflito entre as determinações do Pacto de San Jose da Costa Rica e a Lei Complementar nº 64/1990?

⁹ O STF reconheceu a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa no julgamento das Ações de Diretas de Constitucionalidade nºs 29 e 30 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578 em 16 de fevereiro de 2012.

4.2. Restrições a direitos políticos passivos e a Lei das Inelegibilidades

O julgamento do Caso Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos foi um grande passo para a compreensão dos parâmetros normativos continentais para o estabelecimento de limitações ao exercício dos direitos políticos passivos.

Inicialmente, a decisão refere a necessidade de a norma limitadora respeitar o princípio da legalidade. No caso brasileiro, não restam dúvidas de que essa etapa foi respeitada. A Constituição Federal, como citado alhures, exigiu que as inelegibilidades fossem criadas por lei complementar, o que requer quórum qualificado, ou seja, maior consenso. Ademais, foi igualmente respeitado o princípio da anterioridade eleitoral, ou seja, as regras válidas para um pleito devem ser promulgadas até um ano antes de sua realização para que haja maior segurança jurídica.

O segundo item a ser observado diz respeito à finalidade da medida restritiva. A Lei das Inelegibilidades tem por escopo manter a regularidade dos pleitos e promover o livre acesso aos cargos públicos, coibindo as mais diversas formas de fraude eleitoral, desde as infrações materiais até a corrupção mediante compra de voto, por exemplo.

Nesse sentido, as limitações impostas não ferem os ideais democráticos; ao inverso, fortalecem o exercício dos direitos políticos pelos cidadãos, tanto os direitos ativos, resguardando o valor de cada sufrágio, quanto os direitos passivos, mantendo a igualdade dos candidatos na disputa.

Referindo-se às inelegibilidades e seu caráter legítimo, afirma Agra (2011, p. 35):

A inelegibilidade não elide a cidadania de maneira integral, pois há a preservação da capacidade de votar normalmente nos pleitos. O cerceamento refere-se ao exercício de cargos públicos, pois o cidadão não apresenta *dignitas* suficiente para representar seus pares nas esferas de poder. Não obstante, sua duração é temporária, estendendo-se ao cumprimento

da sanção ou à permanência da situação jurídica que a acarretou.

Ademais, não é suficiente que a medida tenha por escopo a realização do ideal democrático. É preciso que a limitação seja necessária para atingir tal objetivo. A fim de verificar o cumprimento de tal requisito, a CIDH estabeleceu diretrizes:

Con el fin de evaluar si la medida restrictiva bajo examen cumple con este último requisito la Corte debe valorar si la misma: a) satisface una necesidad social imperiosa, esto es, está orientada a satisfacer un interés público imperativo; b) es la que restringe en menor grado el derecho protegido; y c) se ajusta estrechamente al logro del objetivo legítimo¹⁰ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2008, p.53).

No Brasil, a criação de um rol de inelegibilidades extenso é parte do programa constitucional iniciado em 1988. O legislador constitucional tratou, inclusive, de deixar clara a possibilidade de edição de lei complementar específica para tratar do tema e a necessidade do enfoque na moralidade pública como limitador à disputa eleitoral.

Conforme Conceição (2012, p. 177), o objetivo da norma é “[...] afastar, temporariamente, do espaço político, no qual são geradas, discutidas e decididas as primeiras questões da nação, aquelas pessoas que, em razão de terem cometido fatos desabonatórios, são consideradas inaptas para participar de decisões tão relevantes”.

O fato de a sociedade ter-se mobilizado e apresentado projeto de lei de iniciativa popular consolidando as hipóteses de inelegibilidade, inclusive com aumento do tempo de punição, é, também, um claro indicativo de que o aperfeiçoamento dos mecanismos de limitação ao exercício dos direitos políticos passivos era uma necessidade social premente.

¹⁰ Com o fim de avaliar se a medida restritiva sob exame cumpre com o último requisito, a Corte deve valorar se ela: a) satisfaz uma necessidade social imperiosa, isto é, está orientada a satisfazer um interesse público imperativo; b) é a que restringe em menor grau o direito protegido; e c) se ajusta estritamente para atingir o objetivo legítimo (tradução do autor).

Ademais, a existência do rol limitador de candidaturas no Direito brasileiro não é uma novidade iniciada com a Constituição Federal de 1988. Já havia uma tradição histórica que remonta à Constituição de 1824, o que antecede, em muito, a própria existência do PSJCR (SARLET, 2013).

Verifica-se, ainda, que as limitações impostas pela Lei das Inelegibilidades estão centradas no objetivo de preservar a moralidade pública e a isonomia das disputas eleitorais, apresentando-se como necessárias e suficientes para atingir tal objetivo. Além disso, o Direito brasileiro não reconhece a existência de direitos fundamentais absolutos, prevendo implícita e explicitamente a criação de vetores restritivos ao seu exercício sem que decorra daí uma violação jurídica (SARLET, 2012).

4.3. Validade das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos

O estudo do Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos é particularmente importante para o Direito Eleitoral brasileiro. Inicialmente, pelo fato de o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido que o Tratado de San Jose da Costa Rica situa-se na hierarquia supralegal, ou seja, na pirâmide kelseniana, acha-se em posição superior a todo o ordenamento infraconstitucional, submetendo-se apenas às diretrizes da Constituição (CARVALHO, 2011).

Nesse sentido, se a Corte Interamericana de Direitos Humanos houvesse decidido que o PSJCR deveria ser interpretado literalmente, muitas das inelegibilidades previstas no ordenamento jurídico brasileiro entrariam em conflito com a norma continental e deveriam ser afastadas do ordenamento jurídico.

A decisão, no caso mexicano, reverberaria no Brasil¹¹ com um potencial devastador, modificando inúmeras decisões da Justiça Eleitoral e

¹¹ As decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos são definitivas, inatacáveis e de cumprimento obrigatório pelos países signatários da Convenção (TINOCO, 2009, p. 787).

alterando, inclusive, o resultado de algumas eleições. O resultado seria desalentador, pois traria consequências sociais negativas, tais como a quebra da ordem administrativa em diferentes entes federativos, uma crise de representatividade entre os políticos e uma crise de credibilidade no que se refere à Justiça Eleitoral.

A análise crítica da decisão, entretanto, aponta para a completa adequação das limitações ao exercício dos direitos políticos passivos previstas no Direito brasileiro aos parâmetros definidos pela norma continental de regência. Assim, a decisão proferida pela CIDH no caso em estudo foi importante para a consolidação da legislação eleitoral brasileira no que se refere ao alargamento dos limites constitucionalmente expressos aos direitos fundamentais (direitos políticos).

5 Conclusão

Durante o julgamento do Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos enfrentou importantes questões relacionadas com o estabelecimento de limitações ao exercício dos direitos políticos pelas legislações internas dos países signatários do Pacto de San Jose da Costa Rica.

Embora a demanda se referisse a uma realidade jurídica interna do México, os efeitos decisórios foram muito mais abrangentes, visto que as decisões emanadas da CIDH vinculam os Estados que recepcionaram em seus ordenamentos jurídicos o Pacto de San Jose da Costa Rica.

Nesse cenário, o Brasil tinha interesse direto no desenrolar do julgamento, pois as balizas que fossem fixadas para a criação de hipóteses de inelegibilidade vinculariam completamente o legislador interno.

A CIDH demonstrou enorme maturidade ao aplicar uma interpretação não literal ao texto da Convenção, reconhecendo que o estabelecimento de regras internas disciplinadoras do processo eleitoral é uma liberdade que assiste a todos os países, desde que sejam respeitadas as linhas mestras dos regimes democráticos e que haja legitimidade social.

No caso brasileiro, os requisitos são cumpridos com fidedignidade, há tradição legislativa relacionada com a criação de hipóteses de inelegibilidade prevista, inclusive no texto constitucional, há grande aceitação social, materializada, por exemplo, na apresentação de projeto de lei de iniciativa popular referente ao tema e, por fim, o objetivo único da medida é fortalecer a democracia.

Nesse sentido, a Lei Complementar nº 64/1990 e suas alterações posteriores, que disciplinam o regime das inelegibilidades no Direito brasileiro, além de inteiramente consentâneas com as diretrizes constitucionais de 1988, também respeitam em sua inteireza os princípios emanados do Pacto de San Jose da Costa Rica.

Referências

AGRA, Walter de Moura. A taxionomia das inelegibilidades. *Estudos Eleitorais*. Brasília, v. 6, n. 2, maio/ago. 2011.

BARBOSA, Dom Dimas Lara. *A magistratura e a Lei da Ficha Limpa*. In: REIS, Márlon Jacinto; CASTRO, Edson de Resende; OLIVEIRA, Marcelo Roseno (coordenadores). *Ficha Limpa: Lei Complementar nº 135, de 4.6.2010: interpretada por juristas e responsáveis pela iniciativa popular*. São Paulo: Edipro, 2010.

BRASIL. *Decreto nº 678*, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2014.

CARVALHO, Volgane Oliveira. *A anencefalia e suas consequências no ordenamento jurídico brasileiro*. Teresina: [s. n.], 2011.

CONCEIÇÃO, Tiago Menezes. *Direitos políticos fundamentais e sua suspensão por condenações criminais e por improbidade administrativa*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*. Caso nº 184. Data do julgamento: 06 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2014.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 8. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

NIESS, Pedro Paulo Távora. *Direitos políticos: condições de elegibilidade e inelegibilidade*. São Paulo: Saraiva, 1994.

REIS, Márlon Jacinto. *O gigante acordado: manifestações, Ficha Limpa e reforma política*. São Paulo: Leya, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais em espécie*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TINOCO, Jorge Ulises Carmona. *El caso Jorge Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional [online], Cidade do México, v. 9, 2009.



Esta obra foi composta na fonte Myriad Pro,
corpo 10, entrelinhas de 13,5 pontos, em papel AP 75g/m² (miolo)
e papel Cartão Supremo 250g/m² (capa).

