

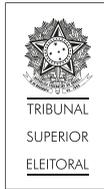


Tribunal Superior Eleitoral

Estudos Eleitorais



Volume 7
Número 2
maio/ago. 2012



Tribunal Superior Eleitoral

Estudos Eleitorais

Volume 7
Número 2
maio/ago. 2012

© 2012 Tribunal Superior Eleitoral

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

Coordenação: Ministra Rosa Weber – Diretora da EJE
Editoração: Coordenadoria de Editoração e Publicações (Cedip/SGI)
Projeto gráfico e capa: Clinton Anderson
Diagramação: Seção de Editoração e Programação Visual (Seprov/Cedip/SGI)
Revisão editorial: Seção de Preparação e Revisão de Originais (Seprev/Cedip/SGI)
Revisão: Anna Cristina de Araújo Rodrigues
Normalização técnica: Geraldo Campetti Sobrinho

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)

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.

Tribunal Superior Eleitoral

Presidente

Ministra Cármen Lúcia

Vice-Presidente

Ministro Marco Aurélio

Ministros

Ministro Dias Toffoli

Ministra Nancy Andrighi

Ministro Arnaldo Versiani

Procurador-Geral Eleitoral

Roberto Monteiro Gurgel Santos

Coordenação da Revista Estudos Eleitorais
Ministra Rosa Weber

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

Diretora

Ministra Rosa Weber

Assessora-chefe

Juliana Deléo Rodrigues Diniz

Servidores

Ana Karina de Souza Castro
Camila Milhomem Fernandes
Carmen Aparecida Melo de Valor
Geraldo Campetti Sobrinho
Quéren Marques de Freitas da Silva
Rodrigo Moreira da Silva
Roselha Gondim dos Santos Pardo

Colaboradores

Anna Cristina de Araújo Rodrigues
Keylla Cristina de Oliveira Ferreira
Lana da Glória Coêlho Stens

SUMÁRIO

≡≡≡	Apresentação	7
≡≡≡	Paradigmas atuais do Direito Eleitoral	
	JOSÉ JAIRO GOMES	9
≡≡≡	Financiamento público de campanhas eleitorais	
	HÉLIO SÍLVIO OURÉM CAMPOS E MOISES PEREIRA DE ASSIS JUNIOR	25
≡≡≡	O controle judicial da propaganda eleitoral antecipada	
	DAVID WILSON DE ABREU PARDO	47
≡≡≡	A modulação dos efeitos da sentença de cassação do direito de transmissão da propaganda partidária	
	CARLOS FRANCISCO COSTA.....	65
≡≡≡	Nexo entre financiamento público e sistema de listas fechadas no contexto da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal	
	MÁRCIO LUIZ SILVA	85
≡≡≡	A cognição e o exame da prova em sede de recurso contra expedição do diploma: uma análise a partir da jurisprudência do TSE	
	LUCIANO TADAU YAMAGUTI SATO	97
≡≡≡	Interpretação das normas dos parágrafos 10 e 11 do art. 73 da Lei nº 9.504/1997	
	EDMILSON DA COSTA BARREIROS JÚNIOR.....	111

APRESENTAÇÃO

A Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral (EJE/TSE) apresenta ao prezado leitor o segundo número da revista *Estudos Eleitorais* de 2012, fascículo composto de sete artigos.

Com esta publicação, a EJE/TSE dá cumprimento a sua missão de estimular a produção intelectual de textos científicos sobre a matéria eleitoral e disciplinas correlatas e de promover o estudo, o debate e o amadurecimento das discussões alusivas a questões democráticas, partidárias e eleitorais.

No primeiro artigo, intitulado *Paradigmas atuais do Direito Eleitoral*, o procurador regional da República, José Jairo Gomes, discute a inserção do Direito Eleitoral no atual sistema jurídico, enfatizando os novos paradigmas, a constitucionalização do Direito e as transformações essenciais que esse sofreu nas últimas décadas, sobretudo no que concerne à metodologia e à interpretação.

Hélio Sílvio Ourém Campos e Moises Pereira de Assis Junior, respectivamente juiz federal e bacharelado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, no texto *Financiamento público de campanhas eleitorais*, expõem os principais argumentos que permeiam a discussão acerca do financiamento público exclusivo de campanhas eleitorais. Diante de índices de corrupção progressivamente crescentes, busca-se encontrar a causa para tamanha delinquência e para o respectivo combate no artigo intitulado *Financiamento público de campanhas eleitorais*.

O juiz federal em Brasília, David Wilson de Abreu Pardo, escreve sobre *O controle judicial da propaganda eleitoral antecipada*. Trata-se da discussão de um critério judicial adequado, baseado na isonomia, para o controle da propaganda eleitoral antecipada, a fim de fazer frente à crítica de que, muitas vezes, haveria interferência indevida na esfera política democrática. Como resultado, propõe a formulação de dois critérios distintos de exame judicial quanto ao nível de exigência, descrevendo as respectivas condições de aplicação.

No texto *A modulação dos efeitos da sentença de cassação do direito de transmissão da propaganda partidária*, o analista judiciário do Tribunal Superior Eleitoral, Carlos Francisco Costa, propõe a necessidade

de se dar efetividade ao comando normativo para, no plano prático, fazer com que a sensação de impunidade se esvaia e que o poder de intimidação geral pela aplicação da pena crie força para impedir a banalização da norma pelo seu descumprimento.

Márcio Luiz Silva, advogado, membro do Ibrade e da Comissão de Juristas do Senado encarregada de elaborar anteprojeto do Novo Código Eleitoral, no artigo *Nexo entre financiamento público e sistema de listas fechadas no contexto da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal*, afirma que a modalidade "sistema de listas fechadas" é a mais consentânea ao fortalecimento dos partidos políticos, bem como a mais apta a conferir racionalidade sistêmica e proporcionar identificação dos eleitores com um programa preestabelecido.

Luciano Tadau Yamaguti Sato, advogado, especialista em Direito Eleitoral e Processual Eleitoral, escreve sobre *A cognição e o exame da prova em sede de recurso contra expedição do diploma: uma análise a partir da jurisprudência do TSE*, demonstrando que as mudanças de entendimento objetivaram conferir mais utilidade a esse instrumento processual, o recurso contra expedição de diploma (RCED).

O procurador da República, Edmilson da Costa Barreiros Júnior, no artigo *Interpretação das normas dos parágrafos 10 e 11 do artigo 73 da Lei nº 9.504/1997*, pretende demonstrar que as interpretações reducionistas fraudam a real intenção da lei e são lesivas ao espírito moralizador do instituto da conduta vedada. Conclui que a interpretação literal é insuficiente para revelar os escopos maiores das regras e que não há incompatibilidade entre a exegese moralizadora e as normas do art. 73 da Lei das Eleições.

Ao atuar no desenvolvimento das abordagens históricas, do marco teórico e das avaliações práticas sobre cidadania, democracia e eleições, a EJE/TSE reafirma seu empenho na valorização dos estudos eleitorais e incentiva a elaboração de novas contribuições nessa importante área do saber humano.

PARADIGMAS ATUAIS DO DIREITO ELEITORAL

José Jairo Gomes¹

Resumo

Discute a inserção do Direito Eleitoral no atual sistema jurídico, enfatizando os novos paradigmas, a constitucionalização do Direito e as transformações essenciais que esse sofreu nas últimas décadas, sobretudo no que concerne à metodologia e à interpretação. Destaca o novo papel reservado aos princípios, que deixaram de ser concebidos como elementos subalternos no sistema e passaram a desempenhar função fundamental, sendo-lhes reconhecida juridicidade e normatividade imediata. Conclui, apresentando os fundamentos da responsabilidade eleitoral.

Palavras-chave: Direito Eleitoral. Metodologia. Intepretação. Sistema jurídico. Político. Princípio. Inelegibilidade. Ato ilícito. Responsabilidade.

Abstract

It discusses the inclusion of the Electoral Law in the current legal system, emphasizing the new paradigms, the constitutionalization of the law and the essential changes that this has in recent decades, especially with regard to methodology and interpretation. Highlights the new role assigned to the principles, which are no longer conceived as subordinate elements in the system and began to play key role, and they are recognized and juridical normativity shown. It concludes by presenting the fundamentals of electoral responsibility.

Keywords: Electoral Law. Methodology. Interpretation. Legal system. Political. Principle. Ineligibility. Unlawful act. Responsibility.

¹ José Jairo Gomes doutorou-se em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, onde foi professor adjunto. É procurador regional da República, com atuação perante o TRF da 1ª Região (Brasília/DF). Foi procurador regional eleitoral, em Minas Gerais, de 2006 a 2010, e procurador regional eleitoral substituto de 2002 a 2006. Em 2006, a convite do Ministério das Relações Exteriores do Brasil, foi observador das eleições presidenciais do Congo Belga (África).

I Introdução

Os fortes
Entre os humanos
Não fazem nada
Falam
Falam mais e mais
[são incapazes de defender seu jardim].
(Muriel Barbery. *A elegância do ouriço*.)

A linguagem não é apenas importante para a compreensão, mas é fundamental para a própria configuração e constituição do mundo contemporâneo. Base da cultura e de todas as manifestações culturais, é pela linguagem – em seus múltiplos matizes e formas – que se estabelecem os contornos e se fixam as dimensões e os sentidos do mundo em que vivemos.

Na chamada pós-modernidade ou modernidade tardia, relevam-se o sentimento, o instinto, a fé, a fala, a construção artificial de discursos e sentidos.

É fundamental perceber que o Direito – e também o Direito Eleitoral – é essencialmente linguagem. Mas nem por isso lhe é dado abdicar da *razão ordenadora* e da *aderência à realidade* formada a partir do compartilhamento de sentidos na convivência entre grupos de pessoas. Isso porque é missão indeclinável do Direito organizar a vida em sociedade, viabilizando relações estáveis e confiáveis entre pessoas e instituições, o que é feito pelas categorias da razão ordenadora. Não é o caso de se desprezar o importante papel do sentimento na conformação da vida em grupo, mas, segundo Stephen Hicks (2011, p. 101)², cumpre advertir que, com a rejeição da razão:

[...] não poderemos esperar, nem de nós nem dos outros, um comportamento razoável. Ao colocar nossas paixões na linha de frente, iremos agir e reagir com mais crueldade e ao sabor do momento. Tendo perdido a percepção de nós mesmos como indivíduos, buscaremos nossa identidade em outros grupos. Tendo pouco em comum com os diferentes grupos,

² Vide também: GOMES, José Jairo. *Lei de introdução às normas do Direito brasileiro – LINDB*. São Paulo: Atlas, 2012.

passaremos a vê-los como inimigos. Tendo abandonado o recurso a padrões neutros e racionais, a competição violenta parecerá algo prático. E tendo, por fim, descartado a solução pacífica dos conflitos, a prudência recomendará que apenas os mais impiedosos conseguirão sobreviver.

2 Metodologia e controle de investidura política

Sabe-se que, em matéria de controle de eleições e investiduras políticas, o Brasil adotou o modelo de *jurisdição especializada*. Isso significa que o controle é submetido ao Direito, sendo confiado a um órgão próprio e especializado criado dentro da estrutura do Poder Judiciário.

Esse controle *jurídico* confere *legitimidade* não só à investidura, como também ao agir político. Se o *poder político* cria o direito positivo (e apenas esse, vale frisar), é o Direito, com suas fórmulas e seus ritos, que atesta a *legitimidade* daquele.

A relação fundamental entre o político e o jurídico não significa proeminência de um sobre o outro; antes, deve ser vista como uma *dialética do poder nas contemporâneas democracias ocidentais*.

Cuidando-se de controle *jurisdicional* (e não propriamente moral, político ou religioso), tem-se logo a invocação da figura do *processo*, pois o processo é instrumento da jurisdição. É por ele que a jurisdição se pronuncia e é dele que emanam seus atos. Refiro-me à ideia de processo em sentido restrito, envolvendo partes e objeto específicos, e não à de processo eleitoral em sentido amplo, que é já algo bastante complexo.

Isso significa que a *metodologia* do controle das eleições e das investiduras políticas está diretamente relacionada à própria *metodologia jurídica* que preside a atuação do Poder Judiciário no âmbito da prestação jurisdicional.

Mesmo que se observe rigorosamente o método jurídico, quase nunca se chega à solução merecedora de aprovação unânime e dos aplausos de todos.

Ainda que se empregue uma metodologia rígida, perscrutar o Direito com vistas à solução de uma lide assemelha-se ao ato de descascar

uma cebola à procura de seu centro. Ao final da busca (e de muitas lágrimas derramadas), percebe-se que a planta não tem centro, pois é feita de camadas sobrepostas, cada camada constitui a expressão de um pensamento que se sobrepõe a outro de forma independente.

Mutatis mutandis, pode-se dizer que o direito positivo também está disposto em *camadas de sentido*, para cuja gênese concorrem *normas* (representadas por *princípios e regras*) e *valores*. Juntas, tais camadas formam um sistema, que se encontra imerso na história do grupo social, estando, portanto, embebido dos sentidos aí compartilhados. Nele, algumas camadas têm primazia em relação a outras, que àquelas devem ceder por encerrarem sentido ou densidade mais fraca. Dada sua supremacia, a Constituição é a *lex legum* (= lei das leis) do sistema jurídico, que condiciona todas as demais normas. Em geral, a solução de um caso depende do estabelecimento de diálogo fecundo entre várias camadas do sistema e a própria realidade que se aprecia.

3 Novos paradigmas

Dada sua supremacia, há que se partir sempre da Constituição. O sentido que nela se encontra expresso ou implícito condiciona o sentido das demais normas integrantes do sistema.

A Constituição é o documento político fundamental da sociedade. Em tese, expressa os consensos mínimos alcançados sobre os pontos mais importantes para a convivência social.

Embora seu texto não contenha palavras inúteis – sendo todas portadoras de um sentido, *devido à sua natureza política* –, *é ele demasiado aberto, o que não reduz a densidade*.

A abertura do sistema jurídico contemporâneo gera um problema para os que pensam o Direito nos quadros estritos do positivismo clássico ou do sistema fechado. É que muitas soluções jurídico-eleitorais não se fundam em regras inequívocas e expressas, mas decorrem da apreciação de princípios agasalhados na Constituição conjugados com *valores* relevantes para a vida político-social.

Veja-se, e.g., a polêmica sobre as inelegibilidades instituídas pela LC nº 135. Na verdade, a Lei Maior, em seu art. 14, § 9º, autorizou o

legislador complementar a criar *inelegibilidades* fundadas na “*moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato*”.

CF/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 exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato*, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994.)

Dessa expressão, destaca-se o importantíssimo vocábulo “*moralidade*”. Chega-se, então, a uma interface entre dois universos bem distintos: o jurídico e o ético-moral. Para fins eleitorais, nomeadamente no estabelecimento de inelegibilidades, foi o legislador autorizado a *juridicizar* (= tornar jurídico ou trazer para dentro do sistema jurídico) comportamentos que gravitam na esfera ético-moral. Note-se que a Constituição restringiu a ação livre do legislador, porque não é toda *conduta imoral* que merecerá o repúdio legal ou que apresentará aptidão para gerar inelegibilidade, mas tão só aquela relevante para o “*exercício do mandato*” e, ademais, que esteja ligada à “*vida pregressa do candidato*”.

Para além de evidenciar a necessária interdisciplinariedade do Direito, essa rica interação entre as esferas *jurídica*, ético-moral e política faz lembrar a ideia original do filósofo Hegel acerca da *dialética*.

De acordo com Hegel, o processo dialético é dinâmico. Há no ser uma dialética interna e é em virtude das suas contradições que lhe é dado crescer e se desenvolver. Os estágios iniciais de desenvolvimento do ser são preservados em sua unidade final, de sorte que a *obra acabada* preserva em si todos os seus momentos anteriores.

A concepção dialética do Direito considera que o ponto de partida é certos fenômenos sociais e o complexo de normas ou princípios ético-morais acumulados e já cristalizados ou estratificados, na práxis, ao longo da história. Tais fenômenos mostraram-se relevantes para a vida social, bem como para a concepção de soluções jurídicas.

O Direito recebe os contributos da ética e da moral, uma vez que recolhe os mais relevantes valores e preceitos por elas construídos,

sintetizando-os e transformando-os em regras jurídicas que vão reger a conduta na sociedade.

Nessa perspectiva, o Direito, partindo da moral e da ética, supera-as dialeticamente, preservando-as, contudo, em si – fenômeno denominado *suprassunção*. É nesse sentido que se diz que o Direito constitui-se como a *eticização* máxima da vida em sociedade, fruto da autodeterminação dos seus membros.

Assim, a ética está no Direito, mas está dialeticamente. É por isso que se diz que o Direito é o justo objetivo, ou, em outros termos, é a medida do justo. Um Direito que não vá ao encontro da ideia material de *justiça* é um Direito sem sentido, sem alma, pois a ideia de *justiça*, assim como a de *belo* e de *bem*, faz parte da vida e do mundo cultural, esse que todos nós habitamos. Nesse sentido, ressalta John Rawls (2000, p. 17): “[...] *no importa que las leys e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas*”.

Mas ideais e valores morais ingressam no Direito também por outras vias, mormente pela interpretação.

Hoje, é preciso considerar que o sistema jurídico é aberto e material. Há muito se encontram superadas as ideias liberais de sistema fechado, hermético e formal.

Na atual concepção do Direito, os princípios não mais ocupam posição subalterna no ordenamento, sendo-lhes reconhecida *juridicidade* ou *normatividade*. Por isso mesmo, podem ser invocados para reger imediatamente casos concretos. Sobre isso, ouçamos o dizer abalizado de Paulo Bonavides (2010, p. 283):

De antiga fonte subsidiária de terceiro grau nos códigos, os princípios gerais, desde as derradeiras constituições da segunda metade do século XX, se tornaram fonte primária de normatividade, corporificando do mesmo passo na ordem jurídica os valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as garantias e as competências de uma sociedade constitucional.

Os princípios são, por conseguinte, enquanto valores, a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa.

O eminente jurista destaca, ainda, três funções de extrema importância reconhecidas aos princípios, a saber: *i)* fundamento da ordem jurídica, *ii)* orientação do trabalho interpretativo, *iii)* fonte em caso de insuficiência da lei e do costume.

Princípios veiculam valores, e há quem os identifique com valores. Por isso, são responsáveis por uma forte abertura no sistema jurídico. Consoante ao que foi assinalado, encontram-se ultrapassados os paradigmas do Estado liberal, individualista; do sistema fechado; da codificação hermética. Faz bastante tempo que o juiz deixou de ser *la buche de la loi*, conforme proclamavam os sectários da Escola Exegética.

O paradigma contemporâneo do Direito em muito se distancia do modelo clássico, calcando-se na ideia de sistema aberto, na tópica, na normatividade e na plena eficácia jurídica dos princípios.

Com a abertura do sistema e a constitucionalização do Direito, sobretudo a partir de meados do século XX, passaram a ser submetidas inúmeras demandas ao Poder Judiciário ligadas à efetivação do Estado social, à concretização de políticas públicas e, no campo eleitoral, às lides político-eleitorais. As incontáveis lacunas dos textos legais e o conteúdo fluido e vago das cláusulas passaram a ser preenchidos pela pena dos juízes, que, para tanto, valem-se de suas vivências e de seus conhecimentos. Em consequência, ganharam destaque as críticas atinentes à insegurança jurídica decorrente da flutuação das decisões e à *judicialização da política*.

É necessário, porém, separar, de um lado, a decisão de conflito de conteúdo político e, de outro, a atuação política propriamente dita. Enquanto a decisão de conflito jurídico deve seguir os critérios e as pautas do Direito, guiando-se por suas fórmulas e expondo fundamentos válidos e em geral aceitos como razoáveis, a decisão política descreve metas (na linguagem de Dworking: *a goal to be reached*), volta-se para o futuro e funda-se em seus próprios critérios, no sentido de que sua legitimidade não advém de outra norma que lhe seja superior ou anterior (DWORKIN, 1999, p. 22).

Na verdade, conforme o princípio da *inafastabilidade da jurisdição* (CF, art. 5º, XXXV), ao Poder Judiciário – e, pois, também à Justiça Eleitoral – não é dado esquivar-se da apreciação da lide que lhe é submetida, ou, o que dá no mesmo, pronunciar o *non liquet*. Não há de ser vazia e inútil a resposta do Estado-jurisdição, em franco menosprezo

ao jurisdicionado. Ao contrário, deve reconhecer e afirmar o direito a quem o tem e pede, bem como negá-lo a quem dele carece. E mais: ao apreciar a lide, deve-se mirar o Direito, pois esse é muito mais vasto que a lei escrita. Essa ideia foi bem captada por Dworkin (2000, p. 413) ao responder à seguinte indagação:

What is law? [...] Law is not exhausted by any catalogue of rules or principles, each with its own dominion over some discrete theater of behavior. Nor by any roster of officials and their powers each over part of our lives. Law's empire is defined by attitude, not territory or power or process. [...] Law's attitude is constructive: it aims, in the interpretative spirit, to lay principles over practice to show the best route to a better future, keeping the right faith with the past. It is, finally, a fraternal attitude, an expression of how we are united in community though divided in project, interest, and conviction [...].

De sorte que o conteúdo da lide pode ter caráter *político*, mas isso, só por si, não é o bastante para afastar a atuação da jurisdição. Ainda que o conteúdo da lide seja eminentemente político ou difícil (*hard case*), não pode a jurisdição, sob tais fundamentos, abster-se quando for provocada.

É verdade que, para solucionar uma lide, deve o juiz partir da lei. Mas isso nem sempre será possível, porque, como dito, a lei integra o Direito. A esse respeito, adverte Dworkin (1999, p. 82):

Judges should apply the law that others institutions have made; they should not make new law. That is the ideal, but for different reasons it cannot be realized fully in practice. Statutes and common law rules are often vague and must be interpreted before they can be applied to novel cases. Some cases, moreover, raise issues so novel that they cannot be decided even by stretching or reinterpreting existing rules. [...].

4 Reflexos no Eleitoral

Apesar de muitos ignorarem que o Direito Eleitoral integra o sistema jurídico e que esse passou por ingentes transformações desde o marco do positivismo liberal que vicejou no século XIX, vale ressaltar que

essa disciplina jurídica não se encontra alijada do contexto exposto. Ao contrário, devido à alta indeterminação e fluidez de suas regras capitais e ao elevado grau de omissão existente, o Eleitoral é talvez a disciplina jurídica que mais se serve das concepções expostas.

Isso ficou muito claro por ocasião do estabelecimento da Resolução-TSE nº 22.610/2007, que trata da perda de mandato por *infidelidade partidária*. Note-se que toda a argumentação do TSE – e, antes, a do STF – é calcada em princípios constitucionais explícitos e implícitos.

Em geral, as decisões envolvendo casos polêmicos ou difíceis não se afastam do contexto exposto. À guisa de exemplo, veja-se o teor do acórdão proferido pelo órgão Pleno do Supremo Tribunal Federal nas ADCs nºs 29 e 30 e na ADIn nº 4578, que impugnavam preceitos da LC nº 135/2010, a chamada Lei da Ficha Limpa. Aqui, o raciocínio estampado no voto divergente do Ministro Luiz Fux (para se tomar apenas um dos votos) nem de longe se assemelha a uma operação silogística ou de mera subsunção lógica. Argumentando com ideias avançadas como constitucionalismo democrático, constituição aberta e sentimento constitucional, o aludido voto estampa raciocínio complexo, no qual se veem citações dos mais destacados e influentes juristas da contemporaneidade, tais como Konrad Hesse, Peter Häberle, Pablo Lucas Verdú, Gomes Canotilho, Jorge Miranda, etc.

5 Responsabilidade eleitoral

Tratando de novos paradigmas, é importante explicar um tema absolutamente desprezado pelos que versam o Direito Eleitoral, a responsabilidade eleitoral (GOMES, 2011, p. 222-223).

A Sociologia nos informa que a vida em grupo submete-se a diversas formas de controle, cuja finalidade é conformar as ações individuais ou coletivas aos valores e às diretrizes do sistema social. É o controle, nos seus diversos níveis e formas, que torna possível a convivência humana e, pois, a sociedade. Sua ausência estimularia o surgimento de processos sociais autofágicos, já que as pulsões e a expansão dos desejos individuais não encontrariam barreiras adequadas.

Daí a instituição de sanções, que, na verdade, funcionam como uma espécie de contra-ataque social às condutas desviantes dos padrões

estabelecidos. Diversos são os tipos de sanção, valendo mencionar as morais, religiosas, políticas e jurídicas.

A ideia de responsabilidade sempre foi tema central no Direito. Trata-se do instituto cuja atuação dá origem a uma relação jurídica, seja com vistas a veicular uma sanção, seja para impor a reparação de dano provocado à personalidade ou ao patrimônio da vítima do evento. Em sua base, encontra-se o ato ilícito.

Na literatura jurídica, é muito comum se discorrer sobre as responsabilidades civil e penal. Há tratados volumosos acerca dessas matérias, bastando se referir, no campo civil, ao *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, de autoria de Henri e Leon Mazeaud – são três volumes com mais de três mil páginas.

No entanto, na seara eleitoral, raro é ouvir-se falar em responsabilidade eleitoral.

É claro que, aqui, a chamada responsabilidade eleitoral deve pressupor a prática de ato ilícito.

5.1 Ato ilícito

O ato jurídico ilícito traduz a ação humana caracterizada por não se afinar com o Direito, ferindo-o. Por isso, os efeitos jurídicos produzidos por ele não são queridos nem buscados pelo seu autor, que sofre, conseqüentemente, a repulsa legal veiculada na sanção.

Historicamente, a concepção de ato ilícito foi desenvolvida com vistas à simplificação do complexo mecanismo de reparação de danos, originário do Direito romano. Sabe-se que o Código Civil alemão foi o primeiro a abandonar a tradicional classificação romanista de delito e quase delito, em seu lugar erigindo um conceito único: o de ato ilícito.

A ciência penal manteve o uso do termo delito, de modo geral, empregando-o como sinônimo de crime ou injusto.

O ato ilícito forma uma categoria nova, abstrata e superior, sintetizando os seguintes elementos: a) conduta; b) resultado; c) relação causal; e d) ilicitude ou antijuridicidade. Essa diversidade de elementos encontra-se reunida na ideia de ato ilícito, o qual é valorado como contrário ao Direito.

Identifica-se o ato ilícito com uma estrutura ou modelo abstrato, cuja racionalidade pode ser levada a qualquer ramo do Direito, sobretudo se não se exigir que o resultado da ação seja físico-natural, mas meramente normativo – o que significa somente a violação do Direito pela conduta.

Ato significa ação, conduta ou atividade humana. Aí se encontram encerradas as ideias de resultado e causalidade. O ato, portanto, denota uma complexidade: é a ação seguida do resultado por ela provocado, estando pressuposto nessa relação o liame de causalidade.

Já a ilicitude indica o ferimento ao sistema jurídico. Retrata o atributo relativo ao que não se encontra em harmonia com o Direito.

O ato não é ilícito simplesmente por transgredir o ordenamento legal, em seu aspecto lógico-formal, mas essencialmente por ferir um bem jurídico, isso é, um bem juridicamente protegido. Deve-se compreender que o ato ilícito não atenta somente contra o Direito, como sistema formal de normas de conduta, mas, sobretudo, contra os valores em que o Direito encontra-se arrimado e que visa proteger – e também atenta contra os bens da vida social, tenham eles caráter individual ou coletivo.

Essa perspectiva concreta, material, é mais consentânea com o nosso sistema jurídico, que tem a eticidade, a dignidade e a solidariedade como alguns de seus fundamentos (CF, arts. 1º, III, e 3º, I). O bem jurídico erigido como objeto de proteção é sempre a pessoa, considerada individual ou coletivamente. A norma – os deveres nela instituídos – constitui o instrumento ou o meio pelo qual a proteção é operacionalizada.

5.2 Responsabilidade jurídico-eleitoral

Embora o termo responsabilidade seja polissêmico, para o Direito, consiste no instituto que faz surgir uma relação jurídica, no bojo da qual ou se impõe uma sanção ou se impõe o dever de reparação de dano.

Enquanto no Direito privado a responsabilidade dá origem à obrigação de indenizar o dano causado à personalidade (= dano moral) ou ao patrimônio de alguém, no Direito Penal, faz surgir uma relação jurídica entre o agente e o Estado, tornando-se esse último titular do direito de punir aquele por sua conduta culposa – a pena ou sanção,

aqui, tem a dupla finalidade de promover a ressocialização do agente e prevenir a prática de novas condutas criminosas.

E no Direito Eleitoral, qual o sentido e o fim da responsabilidade? Por óbvio, não comparece aqui a ideia de reparação do dano sofrido pela vítima, devendo-se afastar o sentido privatista do instituto em questão. Tampouco é o caso de se falar em ressocialização do autor do ilícito eleitoral, salvo se se tratar de responsabilidade penal eleitoral. Na verdade, a responsabilidade eleitoral visa ao controle das eleições e da investidura político-eleitoral, a fim de que o voto seja autêntico e sincero e a representatividade, real. Por outro lado, não se pode negar à responsabilidade eleitoral um papel preventivo, de intimidação social, desestimulador da realização de condutas ilícitas.

Fundamento da responsabilidade eleitoral – enquanto no âmbito privado a responsabilidade (dita civil) encontra fundamento nas teorias subjetiva e objetiva, no penal, funda-se na teoria subjetiva, exigindo sempre dolo ou culpa na conduta do agente.

No Direito Eleitoral, a responsabilidade apresenta fundamento peculiar. Em certos casos, nela se pode entrever a influência da responsabilidade objetiva, em que a presença ou a ausência de culpa não é determinante para o seu reconhecimento e, pois, para a fixação da sanção jurídica. Em tal ponto, está a responsabilidade eleitoral em harmonia com a ideia contemporânea de proteção da vítima e dos bens afetados pela ação ilícita. Há situações, por outro lado, em que se exige a presença de culpa (ex.: propaganda eleitoral irregular realizada na Internet: pelo art. 57-F da Lei Eleitoral, o provedor só será responsabilizado se tiver tido prévio conhecimento do material veiculado), admitindo-se, todavia, sua presunção. No âmbito da presunção de culpa, destacam-se mecanismos como a culpa *in re ipsa*, isso é, divisada nas próprias circunstâncias que cercam o evento lesivo ou mesmo na impossibilidade de o beneficiário ignorá-lo; a esse respeito, pense-se na propaganda irregular em que, dadas as circunstâncias, não poderia o candidato desconhecê-la. Nesse caso, a afirmação da culpa é extraída do óbvio: se houve resultado danoso ao bem jurídico, é porque alguém teve culpa, seja em razão de um agir, seja de um não agir (omissão). E normalmente esse alguém é o próprio beneficiário do ilícito, a quem toca a prova de circunstância exonerativa. Em destaque, ainda, a culpa *in eligendo*, que decorre do dever de bem

escolher prepostos e representantes (denominados “cabos eleitorais”) para a prática de atos na campanha.

Mas, em essência, a responsabilidade eleitoral é fortemente voltada para a efetiva proteção dos bens jurídicos tutelados, a exemplo da liberdade do eleitor, da lisura e normalidade do pleito, da sinceridade do voto, da legitimidade dos resultados, da representatividade do eleito, pouco importando a perquirição de aspectos psicológicos ou genéticos dos infratores. Para o reconhecimento e a afirmação da responsabilidade, é relevante demonstrar a existência objetiva de fatos denotadores de abuso de poder em suas variadas formas – econômico, político, político-econômico, dos meios de comunicação social, corrupção ou fraude – e que os eventos considerados tenham afetado de modo relevante o bem jurídico protegido, a saber: os princípios e os valores reitores do processo eleitoral.

Tem-se, pois, que, em geral, a responsabilidade eleitoral se funda antes no efeito (= dano ao bem tutelado) que na causa (conduta ou ação ilícita). Isso porque sua missão primordial é mesmo salvaguardar a lisura do processo eleitoral, a higidez do pleito, a isonomia das candidaturas e a veraz representatividade. O estado atual da civilização e do modo civilizado de vida em sociedade, a afirmação da democracia e a vivência dos valores constitucionais exigem que a ocupação dos postos político-governamentais ocorra de forma sincera, honesta, autêntica, devendo o povo realmente manifestar sua vontade e determinar o rumo de sua história e de sua vida. Por isso, nomeadamente, no reconhecimento do abuso de poder, não é preciso se perquirir acerca de dolo ou culpa em sentido estrito, mas, sim, se houve ferimento relevante ao bem jurídico protegido.

Embora de forma esparsa e sem sistematização, a ideia ora exposta de responsabilidade eleitoral é agasalhada na jurisprudência, a ver:

Ação de investigação judicial eleitoral. Abuso de poder. Uso indevido dos meios de comunicação social. Omissão. [...] 3. *Na apuração de abuso de poder, não se indaga se houve responsabilidade, participação ou anuência do candidato, mas sim se o fato o beneficiou, o que teria ocorrido na espécie, segundo o Tribunal a quo. Agravo regimental não provido. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator. (TSE - AgR-REspe nº 3888128/BA – DJE 7.4.2011, p. 45 – destaque inexistente no original.)*

Note-se que a responsabilidade eleitoral deve sempre ser afirmada pelo Estado, no bojo de regular processo judicial – até porque o Estado detém o monopólio da jurisdição. Para tanto, dispõe o Direito Eleitoral de vários instrumentos processuais cuja finalidade precípua consiste em reprimir o uso abusivo de poder. Visam, nomeadamente, à responsabilização, quer seja dos infratores, quer seja dos beneficiários do ilícito. Destacam-se dentre os instrumentos: (i) ação de investigação judicial eleitoral (AIJE), fundada nos arts. 1º, I, *d* e *h*, 19 e 22, XIV, todos da LC nº 64/1990; (ii) ação por captação ou emprego ilícitos de recurso de campanha, fundada no art. 30-A da Lei nº 9.504/1997 (Lei Eleitoral – LE); (iii) ação por captação ilícita de sufrágio, fulcrada no art. 41-A da LE; (iv) ação por conduta vedada, prevista nos arts. 73e seguintes da LE; (v) recurso (= ação) contra expedição de diploma (RCED), previsto no art. 262, IV, do Código Eleitoral; (vi) ação de impugnação de mandato eletivo (AIME), contemplada no art. 14, §§ 10 e 11, da Constituição Federal.

6 Conclusão

É preciso conceber o Direito Eleitoral dentro dos marcos da contemporaneidade. Isso implica compreender a constitucionalização do Direito e as transformações essenciais que esse sofreu nas últimas décadas, sobretudo no que concerne à metodologia e à interpretação. É preciso, ademais, compreender o novo papel atribuído aos princípios, que deixaram de ser concebidos como elementos subalternos no sistema e passaram a desempenhar função fundamental, sendo-lhes reconhecida juridicidade e normatividade imediata.

Referências

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. 11. printing. Massachusetts: Harvard University Press, 2000.

_____. *Taking rights seriously*. 17. printing. Massachusetts: Harvard University Press, 1999.

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

_____. *Lei de introdução às normas do Direito brasileiro – LINDB*. São Paulo: Atlas, 2012.

HICKS, Stephen R. C. *Explicando o pós-modernismo: ceticismo e socialismo: de Rousseau a Foucault*. Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Callis Ed., 2011.

RAWLS, John. *Teoria de la justitia*. 2. ed., 2. reimp. Trad. [do espanhol] Maria Dolores González. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

FINANCIAMENTO PÚBLICO DE CAMPANHAS ELEITORAIS

Hélio Sílvio Ourém Campos¹

Moises Pereira de Assis Junior²

Resumo

Pretende-se expor, de maneira objetiva, os principais argumentos positivos e negativos que permeiam a discussão acerca do financiamento público exclusivo de campanhas eleitorais. Diante de índices de corrupção progressivamente crescentes, busca-se encontrar a causa para tamanha delinquência e para o respectivo combate. Considera-se que um dos fatores decisivos para isso é a corrupção decorrente do financiamento privado de campanhas eleitorais. Todavia, analisa-se, no transcorrer do trabalho, que a mera substituição da legislação não será capaz de solucionar todas as mazelas do sistema eleitoral brasileiro.

Palavras-chave: Financiamento eleitoral. Reforma política. Corrupção.

Abstract

The present work is to present objectively the main positive and negative arguments that permeate the discussion of Exclusive Public Financing of Electoral Campaigns. Faced with progressively increasing levels of corruption, we seek to find the cause for such crime of “white-collar” and its combat. A decisive factor for this crime is the corruption from the Private Financing of Electoral Campaigns. However, analyzes in the course of the work that the mere replacement of the legislation will not be able to solve all the problems of the Brazilian electoral system.

Keywords: Election funding. Policy reform. Corruption.

¹ Doutor e mestre pela UFPE. Juiz federal. Professor titular de Direito Processual e Tributário da Universidade Católica do Estado de Pernambuco. Ex-procurador judicial do Município do Recife. Ex-procurador do Estado de Pernambuco. Ex-procurador federal.

² Bacharelado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco.

I Introdução

O artigo, a seguir, faz parte de uma sequência de textos que vêm sendo construídos a partir dos cursos de graduação e de mestrado da Universidade Católica de Pernambuco. A ideia base é começar a despertar uma cidadania mais consciente em um país ainda adolescente como parece ser o Brasil.

Temas como o financiamento público das campanhas eleitorais inserem-se nessa perspectiva. Resta evidente que, acaso venha a ser essa a opção, haverá uma profunda necessidade de se aprimorar a fiscalização e de se cogitar sobre a viabilidade, ou não, de os representantes eleitos admitirem abrir mão de recursos que, atualmente, na prática eleitoral, são quase ilimitados. Segue uma reflexão sobre esse assunto.

O Brasil está vivendo um processo de mudanças estruturais do Direito Eleitoral denominado de reforma política. Nessa reforma, estão contidos assuntos de extrema importância para a nação, mas que estão sendo tratados sem a devida atenção e debate, em decorrência da crescente apatia e do descrédito que a sociedade nutre em relação à política nacional.

Nas recentes propostas de mudanças apresentadas ao Congresso Nacional por meio da aludida reforma, encontram-se pontos que se pretende alterar no sistema eleitoral brasileiro que vão desde pequenas mudanças, como a alteração da data para a posse dos candidatos eleitos (projeto de emenda constitucional – PEC nº 38/2011), até discussões de cunhos verdadeiramente revolucionários no cenário eleitoral nacional, como o sistema de eleição proporcional por votos em listas fechadas para a Câmara dos Deputados (PEC nº 43/2011); a vedação de transferência do domicílio eleitoral de prefeitos e vice-prefeitos durante o curso do mandato (projeto de lei iniciado pelo Senado – PLS nº 265/2011); a restrição das coligações eleitorais apenas para eleições majoritárias (PEC nº 40/2011); entre outras.

É certo que os temas acima relacionados merecem atenção e debate não só do Congresso Nacional, mas também de todos os eleitores. Afinal, o destino do país é decidido pelos representantes do povo, eleitos pelas mesmas regras eleitorais que estão prestes a ser modificadas. Em atenção a essa vontade do povo, está sendo proposta também a PEC

nº 42/2011. Essa prevê que qualquer alteração que se pretenda fazer na norma eleitoral deverá ser submetida à aprovação da população por meio de referendo.

Apesar de serem bastante relevantes os pontos acima referidos da mencionada reforma política, neste trabalho, vamos nos ater à discussão de um ponto específico, proposto pelo PLS nº 268/2011, que intenta instituir no Direito brasileiro o sistema de financiamento público exclusivo de campanhas eleitorais.

No ordenamento vigente, o financiamento das campanhas eleitorais é garantido pelo Fundo Partidário, previsto na Lei nº 9.096/1995, sendo uma parte angariada pelo poder público e outra advinda de doações de particulares.

2 O atual financiamento das campanhas eleitorais

No Brasil, as campanhas eleitorais tomam proporções gigantescas e são utilizados diversos meios de comunicação, sejam eles impressos, radiofônicos ou televisivos. Além desses meios de comunicação, existem outros custos decorrentes das realizações das campanhas, como impressões de folhetos, programas de governos, “santinhos” e demais mídias gráficas. Somem-se ainda os custos com *jingles*, *vinhetas*, *slogans*, gravações de vídeos a serem exibidos nas televisões, contratação de militância, cabos eleitorais e tantos outros que são gerados no decorrer das campanhas.

Percebe-se, portanto, até mesmo em uma análise perfunctória, que as campanhas eleitorais no Brasil são extremamente dispendiosas, e isso tende a aumentar de acordo com a abrangência do colégio eleitoral de cada cargo a ser concorrido.

Para o financiamento dessas despesas, o ordenamento jurídico vigente já permite que parte dessas receitas advenha de doações, diretamente aos candidatos ou partidos, realizadas por cidadãos comuns ou mesmo empresas privadas, procedimento chamado de financiamento privado de campanhas eleitorais.

Apenas a título de referência, vale trazer a informação de que o total dos financiamentos privados declarados exclusivamente nas

campanhas eleitorais dos deputados federais eleitos em 2010 chegou a R\$171.916.638,00 (TRANSPARÊNCIA Brasil, 2012). É evidente que esse valor corresponde apenas ao que foi declarado ao Tribunal Superior Eleitoral, não computados os valores supostamente *doados de forma ilícita*.

Todavia, ao analisar as informações sobre as doações recebidas por candidatos eleitos, mesmo que apenas aquelas declaradas ao TSE, não se exige muito esforço para encontrar nomes de empresas de grande porte que realizam frequentes contratos de prestação de serviços com o poder público, como empresas de construção civil; empreiteiras; fornecedores de materiais escolares, alimentos, medicamentos, entre outras.

A primeira pergunta que se faz diante disso é: qual é a intenção dessas empresas ao financiar campanhas eleitorais? Vivendo em uma democracia, não é difícil ouvir discursos justificando que as doações realizadas são incentivos das empresas doadoras aos partidos de correntes ideológicas que defendem os interesses dessas empresas. Argumento, pois, que recobre de licitude a prática mencionada.

No entanto, tais discursos caem por terra ao se verificar que as mesmas empresas financiam diferentes candidatos, em diferentes coligações, de posicionamentos políticos diversos. Tal prática demonstra que a finalidade das doações não é o apoio ao candidato ou a defesa de um posicionamento ideológico.

A maioria dessas doações, advindas da iniciativa privada, tem, na verdade, o objetivo de possibilitar uma futura troca de favores entre a empresa doadora e o candidato, quando esse vier a ser eleito. Essa troca de favores se dá mediante fraudes em licitações, caixa 2, superfaturamento em contratos e outros ilícitos que lesam o patrimônio público e a moralidade que devem cobrir os contratos com a administração pública. Entretanto, a troca de favores ilícita, decorrente dessa prática, é camuflada pela legalidade que o próprio ordenamento oferece à doação para campanhas pela iniciativa privada.

Além disso, investigando-se a fonte das doações que são declaradas, verifica-se, ainda, que diversas doações são atribuídas a CPFs e CNPJs inválidos ou inexistentes, o que configura verdadeira fraude ao processo eleitoral.

Tais problemas não são novidades no nosso país e o legislador já mudou de entendimento acerca do financiamento de campanhas algumas vezes. Isso teve reflexos na legislação.

A discussão acerca do financiamento de campanhas eleitorais já existe há algumas décadas no Brasil. Ainda no ano de 1971, na Lei nº 5.682 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos), proibiu-se o financiamento privado das campanhas eleitorais, ao passo que se instituiu o Fundo Partidário.

Todavia, em que pese haver a expressa proibição de recebimento de doações de particulares, os candidatos continuaram a receber essas doações, de forma ilícita, em troca de favores políticos. As empresas e os candidatos elaboraram um complexo sistema de doações, por caixa 2, que não eram contabilizadas nas contas das campanhas eleitorais. Como exemplo dessa prática, temos o emblemático caso PC Farias, no qual o tesoureiro Paulo César Farias recebia doações para a campanha do Presidente Fernando Collor de Mello e, em troca disso, beneficiava as empresas doadoras em licitações com o poder público. Conforme relata David Fleischer (2000, p. 79-103):

Até a eleição do Presidente Fernando Collor de Mello, em 1989, a corrupção no Brasil sempre existiu de uma forma mais descentralizada, com “cobranças” de comissões em torno de 10% a 15%. No caso Collor – PC Farias, essas práticas mudaram radicalmente. Em primeiro lugar, as contribuições para a campanha “collorida” de 1989 eram todas centralizadas pelo Sr. Paulo César Farias, o tesoureiro-mor da campanha, e essas “contribuições” eram escalonadas por faixas, de acordo com o nível de atendimento esperado junto ao novo governo, a partir de 1990. Porém, com a posse do Presidente Collor, em 15 de março de 1990, os empresários foram surpreendidos com novas visitas do Sr. Paulo César Farias, com cobranças de até 40% de comissão para fazer qualquer negócio com o governo.

Escândalos como esse, vez por outra, explodiam na mídia, mostrando que tal prática era comum e que, a despeito da lei vigente, que proibia o financiamento privado de campanhas, os candidatos continuavam recebendo doações da iniciativa privada, na forma ilícita, e proporcionando privilégios ilícitos aos seus doadores, como se escancarou com outros escândalos, por exemplo o dos “Anões do Orçamento”, em que havia facilitação para determinadas empreiteiras nos contratos públicos;

o escândalo dos “Sanguessugas”, em que havia desvio de verbas públicas nas compras de ambulâncias, bem como outros escândalos de corrupção que a memória do brasileiro costuma esquecer na hora do voto.

Em 1995, ao perceber que o financiamento privado ignorava a proibição em lei, o legislador resolveu versar sobre o tema. Foi por meio da Lei nº 9.096 que se permitiu a realização de doações, por particulares, diretamente aos partidos e candidatos, desde que as doações fossem declaradas à Justiça Eleitoral. Essa é a regra que continua a vigor nos dias de hoje.

Provavelmente, práticas ilícitas de doações extraoficiais não deixaram de ocorrer. Em virtude disso, visando coibir e punir práticas como essas, a legislação eleitoral vem evoluindo, estabelecendo parâmetros e limites para doações por particulares, exigindo a comprovação da origem das receitas, bem como do destino delas durante a campanha eleitoral. Alguns desses avanços foram trazidos pelas leis nº 11.300, de setembro de 2006, e nº 12.034, de setembro de 2009.

Para combater as fraudes, a legislação prevê um teto máximo para doações privadas, de acordo com a capacidade financeira de cada doador, não podendo ultrapassar determinada porcentagem pré-fixada em lei, sob pena de pagamento de multa. Uma boa iniciativa do legislador foi definir, em lei, a forma como deve ser feita a doação, respeitando requisitos legais para a validade e posterior utilização dos valores pelo candidato em sua campanha. Tudo precisa ser instrumentalizado mediante prestação de contas que deverá ser apresentada, conforme determinado em lei.

Há de se ressaltar importante previsão legal do § 2º do art. 29 da Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições) – incluído pela Lei nº 12.304/2009 –, que determina que, se não observado o prazo legal para encaminhamento da prestação de contas, ficará o candidato eleito impedido de ser diplomado. Essa previsão demonstraria uma verdadeira seriedade que o legislador conferiu à prestação de contas da campanha eleitoral. Porém, a redação do referido artigo não acabou aí. O legislador especificou que a diplomação estará sobrestada apenas enquanto perdurar o atraso no encaminhamento. Ou seja, efetuado o encaminhamento da prestação de contas, desembaraçada está a diplomação.

Grande inovação, no entanto, foi trazida pela Lei nº 11.300/2006, que determina a abertura de conta bancária do candidato especificamente para a utilização na campanha eleitoral, devendo todas as doações ser nela depositadas, a fim de se registrar todo o movimento financeiro da campanha. Dessa forma, tornou-se possível a fiscalização do controle financeiro das receitas e despesas das campanhas de maneira mais fácil e eficaz.

Já com o § 3º do art. 22 da Lei das Eleições, o legislador previu que o candidato que fizer “uso de recursos financeiros para pagamentos de gastos eleitorais que não provenham da conta específica” terá a sua prestação de contas desaprovada e, como consequência, “será cancelado o registro da candidatura ou cassado o diploma, se já tiver sido outorgado”.

Com essa previsão, o legislador estabeleceu um requisito objetivo para a aprovação das contas do candidato e, não atendido tal requisito, o candidato será punido com o cancelamento ou com a cassação de sua candidatura. Porém, o legislador não parou nesse requisito objetivo e estabeleceu mais um requisito para a punição do candidato: comprovar *abuso do poder econômico*.

Mas o que seria esse *abuso do poder econômico*? Trata-se de um termo juridicamente indeterminado. Não se trata de um requisito objetivo como a utilização ou não de verbas advindas de fora da conta específica do candidato. Há, aqui, uma análise mais subjetiva do caso. Para que o candidato seja punido, faz-se necessário que se comprove que ele praticou abuso do poder econômico.

Não é de hoje que o legislador prevê termos juridicamente indeterminados como requisitos para determinadas punições. Cabe ao agente julgador competente analisar a existência ou não do referido termo para a possibilidade da punição. Ocorre que, ultrapassando as barreiras do estudo científico, já é de senso comum o fato de que, no Brasil hodierno, um político quase nunca é condenado, quase nunca é punido. O ideal de isonomia que deveria recobrir a Justiça, sendo uma de suas razões de existência, parece ser simplesmente ignorado quando se trata de políticos brasileiros. O descrédito da população nos políticos alcança níveis cada vez maiores. O povo já se conforma que não há nada a fazer para combater a recorrente impunidade dos crimes contra o processo eleitoral, contra a administração pública, contra as finanças públicas, contra a saúde, contra a educação e contra as demais garantias

constitucionais asseguradas à população e desrespeitadas continuamente pelos políticos. É grande a sensação de impunidade. “Impunidade gera criminalidade”, o jargão é antigo, e a sociedade brasileira se amargura por poder asseverar que é verdadeiro.

No que se refere à exigência da comprovação do abuso do poder econômico para a consecução dos efeitos legais, corrobora-se aqui o exposto por Hélio Silvio Ourém Campos e Gustavo Pontes (2010, p. 139-149):

Não obstante o louvável propósito de assegurar a lisura do certame e a paridade das armas no transcorrer da campanha, peca o referido dispositivo por exigir a comprovação do abuso do poder econômico para que ocorram os dois efeitos atrás referidos. Melhor seria que o cancelamento do registro ou a cassação do diploma fosse condicionado tão somente ao emprego de recursos não provenientes da conta específica, independentemente de resultar caracterizado ou não o abuso do poder econômico.

Poderia o legislador pôr fim à redação do referido artigo prevendo apenas o requisito objetivo da utilização de recursos não provenientes da conta eleitoral para o cancelamento da candidatura ou para a cassação do diploma. Porém não o fez. Previu mais um requisito: o abuso do poder econômico. Por se tratar de um termo juridicamente indeterminado, como já dito, e diante da atual realidade acima descrita, lamenta-se pelas dificuldades que incidirão na aplicação do referido artigo e na penalização de políticos corruptos.

Todavia, apesar das falhas normativas apontadas, o sistema legal que rege o financiamento eleitoral no Brasil não se limita a defeitos. A lei também tem virtudes e, cada vez mais, busca impossibilitar a corrupção. As ferramentas supramencionadas, como a criação de conta para cada candidato durante a campanha eleitoral e a obrigatoriedade de sua vinculação a todas as movimentações financeiras da campanha, aliada à necessidade de justificativa da origem e do destino do dinheiro doado, deveriam reduzir sobremaneira o índice de corrupção nesse processo.

O que ocorre, porém, é que a legislação, por si só, não se aplica na prática. Não tem força impositiva ou punitiva imanente. Nesse ponto, o diploma legal sofre do mesmo mal que a maioria do ordenamento jurídico brasileiro: a falta de fiscalização e conseqüente impunidade. Para

a eficácia na aplicação de toda norma de conduta, faz-se necessário um método de fiscalização e punição efetivo. Se, de fato, todos os candidatos fossem fiscalizados; os relatórios financeiros analisados com eficiência e dentro de um prazo razoável, o combate à corrupção seria mais eficiente e a aplicação de penas, mais recorrente.

3 Financiamento privado *versus* financiamento público

Como mencionado, mesmo durante períodos em que o financiamento privado de campanhas foi proibido pela lei, as doações ilícitas continuaram ocorrendo por falta de uma fiscalização eficaz. E mais, mesmo quando legalizadas as doações privadas, essas ainda continuaram ocorrendo de forma sub-reptícia, sem declarações à Justiça Eleitoral, sem comprovação da origem nem do destino.

É cristalina a constatação de que o candidato que recebe doações de determinado ente ou determinada pessoa fica compelido a prestar-lhe favores futuros. Não há coincidências ao perceber que os maiores financiadores de campanhas eleitorais são aqueles entes ou empresas que têm recorrentes contratos com a administração pública. Ao receber a doação privada, fica o candidato comprometido com o doador, facilitando práticas ilícitas que beneficiem aquele que o financiou.

Parafraseando José Valente Neto (2003, p. 193-230):

Seria ingenuidade, por exemplo, pensar que o empresário de um grande empreendimento do ramo da construção civil “doou” duzentos mil reais para a campanha eleitoral de determinado candidato em face exclusivamente de acreditar no seu plano de governo e de considerá-lo conveniente para o progresso econômico e social.

É diante dessa situação de corrupção desenfreada que nasce o discurso que legitima a aplicação do sistema de financiamento público exclusivo de campanhas eleitorais no Brasil. Uma vez claramente demonstrados os malefícios que o financiamento privado causa aos cofres públicos, a sociedade clama por providências que impossibilitem a corrosão das nossas instituições políticas.

Estudando o mesmo fenômeno, acertadamente, escreveu Renato Janine Ribeiro (2006, p. 77-81):

Só cabe estudar o financiamento público das campanhas pensando na e contra a corrupção. Ele é defendido, sobretudo, pelas esquerdas, que, mais que isso, propugnam o financiamento público exclusivo das campanhas, proibindo-se o privado. Isso é lógico, porque as esquerdas, se não abrirem mão de seus ideais, dificilmente arrecadarão grandes fundos junto aos maiores financiadores, isto é, os ricos e as empresas privadas. Sem um financiamento amplamente público das candidaturas, essas tenderão a ser reféns dos grupos de interesse que as apoiem. O custo social pode ser maior do que a economia no gasto público resultante do financiamento privado. Grupos de interesse cobrarão, depois, com forte ágio, o que pagaram.

Ocorrendo a aprovação da reforma política no tocante ao financiamento público exclusivo, as doações advindas da iniciativa privada seriam proibidas pelo ordenamento jurídico, sendo, então, combatidas as consequências malélicas da prática do financiamento privado, que são tão lesivas ao patrimônio público.

As alterações propostas pela reforma política que está por vir caminham para o financiamento público exclusivo de campanhas eleitorais. Dentre os principais argumentos que legitimam a acolhida desse novo sistema no nosso ordenamento, está a limitação dos valores utilizados nas campanhas eleitorais.

Conforme já aplicado anteriormente em nosso ordenamento, os valores do financiamento público seriam determinados a partir da quantidade de eleitores inscritos, no ano anterior, no certame. Esse valor seria multiplicado por um índice em reais. No caso da presente reforma, a proposta é que esse índice seja de R\$7,00.

Segundo o sítio do Tribunal Superior Eleitoral (BRASIL. TSE, 2012), em dezembro de 2011, no Brasil, havia 136.535.043 de eleitores inscritos. Dessa forma, se já vigente, o financiamento público das campanhas eleitorais de 2012 seria no valor de R\$955.745.301 a serem adicionados ao Fundo Partidário. Ainda deve ser contabilizada a renúncia fiscal às emissoras pelo horário eleitoral "gratuito", que segundo reportagem da Veja (VEJA *On-line*, 2012) foi de R\$850 milhões em 2010. Na mesma

reportagem, a revista estima que, sendo aprovado o financiamento público, o valor por campanha deve ultrapassar a casa dos R\$3,6 bilhões, cifra que atingiu o custeio das últimas eleições em 2010.

O valor, mesmo que fictício, de quase R\$3,6 bilhões faz muita gente se assustar, pois bilhões de reais sairiam dos cofres públicos, das contas do Estado, dinheiro adquirido por meio de tributos, ou seja, dinheiro do povo. Eis aqui um dos principais argumentos utilizados contra o financiamento público de campanhas. É comum ouvir frases como: “O país não tem dinheiro para saúde, mas vai financiar a campanha dos políticos...”, “Dinheiro para pagar professor não tem, mas, para os políticos, vão sair três bilhões!”.

Todavia, é preciso entender que, de uma forma ou de outra (com financiamento público ou privado), as campanhas acontecem, o dinheiro é gasto e os valores tendem a aumentar. Ocorre que, quando o financiamento é privado, os políticos recebem valores da iniciativa privada – empresas, grupos de influência, categorias econômicas –, em troca de favores ilícitos, conforme já dito, como facilitação em licitações, caixa 2, supervalorização de contratos e consequentes benefícios fiscais e econômicos, isenções, entre outros.

O que se deve ressaltar é que, mesmo partindo, previamente, do dinheiro da iniciativa privada, é o poder público que vai custear esses valores por meio da corrupção, do desvio das verbas públicas, dos contratos fraudulentos com a administração pública, que farão com que o dinheiro que a empresa “doou” para o candidato volte para ela, agora, com altas “correções”. Como já disse David Fleischer (2000):

[...] esses “ganhos” ou “contribuições” podem vir antes ou depois da eleição do candidato, na forma de “adiantamento” para serviços a serem prestados após a eleição ou na forma de “cobranças” para tais serviços executados ao longo do mandato – ou ambos.

Vê-se, claramente, que, apesar de cobertas pela legalidade conferida pelo ordenamento jurídico, na maioria das vezes, as doações feitas pela iniciativa privada têm interesses obscuros, ilegais. Quando esse dinheiro volta para as empresas, deixa um verdadeiro rombo nas contas do Estado. Segundo Déborah Lima (2001, p. 19):

[...] o Brasil deixa de gerar renda no valor de R\$960 bilhões por ano devido aos desvios de dinheiro público e seus efeitos negativos para a produção. Na ponta do lápis, cada brasileiro deixa de incorporar em sua renda *per capita* uma quantia de R\$16,4 por dia, R\$6 mil por ano. Sem os recursos públicos descendo pelo ralo da corrupção, o Brasil poderia dobrar seu Produto Interno Bruto (PIB) num prazo de 15 a 20 anos.³

Diante de tais informações, é irrisória a recusa em aceitar o financiamento público por conta de sua repercussão financeira nos cofres públicos. Sendo aprovado esse modelo de financiamento público exclusivo, e com a devida fiscalização, o país poderia economizar mais de R\$900 bilhões, dinheiro que vai pelo ralo a cada construção pública, a cada estrada de rodagem restaurada, a cada lote de medicamentos comprado para hospitais, a cada caminhão de alimentos adquirido para merenda das escolas.

Esses R\$900 bilhões equivalem a quase metade de todo o orçamento público anual para 2012, votado pelo Senado no ano passado (BRASIL. Senado Federal, 2012). Até quando vamos continuar ignorando essas informações? Até quando teremos que suportar que corroam nossa economia dessa forma e ficar só assistindo, sem nada fazer? Não se trata de um erro de cálculos ou pequeno desvio de valores, o que já seria errado, trata-se de metade do orçamento anual para todo o país neste ano. Já passou da hora de fazermos algo enérgico contra isso.

Com a aprovação do financiamento público exclusivo, possibilitar-se-ia um maior controle dos gastos nas eleições, combatendo-se as “campanhas-espetáculos” que o Brasil está acostumado a presenciar. Limitar os valores das campanhas é reduzir custos do Estado, é combater a corrupção, é otimizar os investimentos do nosso orçamento no que realmente a população precisa.

Contra o argumento da limitação dos valores utilizados nas campanhas, existem pensadores temerosos de que esse limite não funcionará como deve, uma vez que quem o estabelece são os próprios interessados em utilizar os recursos. Cabendo aos políticos decidir os valores do financiamento, com pouco tempo, estaríamos custeando, com verbas públicas, os mesmo valores custeados hoje mediante corrupção.

³ Ressalte-se que essas informações foram divulgadas ainda em 2001. Apesar de a autora não citar a fonte dos dados referidos, acolhemos também os dados como referência.

O financiamento público de campanhas já está sendo adotado em alguns países, dentre eles a Espanha, que o adotou em 2007, na *Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG)*. Assim, as discussões pelas quais passamos agora para a aplicação desse sistema, a Espanha já enfrentou há alguns anos.

No tocante a essa fixação dos valores do financiamento feita pelos próprios políticos, Antonio Argandoña já suscitava o problema, na Espanha, em 2001, antes mesmo da implantação na legislação espanhola:

Pero es más probable que la financiación sea excesiva (desde el punto de vista social), porque, en definitiva, la decisión sobre la cuantía de esos fondos corre a cargo de sus beneficiarios (partidos, candidatos, etc.), a través de los legisladores y gobernantes elegidos en los comicios. Y esto también puede ser ineficiente (ARGANDOÑA, 2001).⁴

Ocorre que, no projeto de reforma política que está em discussão no Brasil, há a previsão da PEC nº 42/2011, já referida aqui, que pretende conferir à população, mediante referendo, o poder de aceitação, ou não, de qualquer alteração feita na legislação eleitoral. Mediante um exercício hermenêutico sobre o presente dispositivo, a apreciação pela população, por meio de referendo, deve ser estendida, também, às alterações dos valores do financiamento das campanhas. Isso nos parece acertado.

Diante de tanta corrupção, somada à crescente indiferença que vem nutrindo o povo brasileiro com relação à política nacional, exigem-se medidas extremadas que chamem a atenção da população para a discussão política do rumo que deve tomar nosso país. Se o financiamento de campanhas representa um fardo tão pesado para os cofres públicos, devem, sim, ser conferidas à população as rédeas para referendar as alterações desse financiamento.

Como mencionado anteriormente, os custos de uma campanha eleitoral são hiperbólicos e tendem a crescer a cada pleito. O dinheiro que um candidato recebe como doações da iniciativa privada é utilizado, de maneira ostensiva, na campanha, em meios de comunicações e em material gráfico de campanha. Com isso, o candidato alcança um número

⁴ Tradução livre: "Mas é mais provável que o financiamento seja excessivo (desde o ponto de vista social), porque, em definitivo, a decisão sobre a quantia desses fundos corre a cargo de seus beneficiários (partidos, candidatos, etc.), por meio dos legisladores e governantes eleitos nas eleições. E isso também pode ser ineficiente".

maior de eleitores em comparação com outro que não recebe esses benefícios financeiros. Nasce aí grande disparidade entre os candidatos, ferindo a isonomia do certame, que será disputado sem equivalência de recursos.

Com o financiamento público exclusivo de campanhas, essa desigualdade seria reduzida, conferindo uma maior isonomia entre os recursos utilizados pelos candidatos. Na proposta da reforma política, a previsão é de que a distribuição dos recursos do financiamento público obedeça ao disposto no art. 41-A, da já citada Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/1995).

No referido artigo, a previsão é de que 5% do valor total deverão ser divididos igualmente entre todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no TSE. Já os outros 95% seriam divididos proporcionalmente entre os partidos, de acordo com os votos obtidos na última eleição à Câmara dos Deputados.

Tal dispositivo prevê um financiamento mínimo, por meio do qual todo partido registrado será beneficiado, garantindo-se o acesso ao certame de novos partidos políticos, bem como daqueles de menor projeção.

Entendemos, todavia, que a previsão de 5% do total destinado a serem divididos igualmente é uma porção tímida dos valores disponíveis para o financiamento. A previsão na Lei nº 5.682/1971, que antecedeu a vigente Lei dos Partidos Políticos, era mais acertada, por prever que 20% do montante do Fundo Partidário seriam divididos igualmente e os 80% restantes, proporcionalmente.

É certo que, quanto maior a fatia do financiamento a ser dividida igualmente, maior deverá ser a fiscalização dos partidos registrados no TSE, bem como do destino de cada centavo desses valores, a fim de se evitarem fraudes, criação de “partidos-fantasmas” e consequentes desvios das verbas públicas.

De qualquer maneira, com 5% ou 20%, garantido está o acesso ao certame. Já a divisão de forma proporcional da porcentagem restante garante certa isonomia entre os partidos políticos que concorrerão, na medida em que cada partido receberá o financiamento de forma proporcional à quantidade de votos por ele recebida na última eleição à

Câmara dos Deputados. O partido que tiver mais votos tem direito a uma maior fatia do financiamento.

A divisão proporcional desses valores destinados ao financiamento garante um tratamento isonômico entre os partidos políticos. Isonomia, no sentido aristotélico, de “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”. Se não fosse dessa forma, ao invés de justo, o dispositivo causaria injustiças. Isso porque, para garantir a equiparação das forças, aquele partido que recebeu mais votos na eleição anterior necessitará de maior financiamento que aquele que recebeu menos votos, tendo em vista o alcance do eleitorado daquele ser maior do que o desse.

Seria injusto que a divisão dos recursos não respeitasse o caráter da proporcionalidade dos votos, pois culminaria na possibilidade de partidos de pequena projeção receberem o mesmo financiamento de partidos de grande projeção e, com isso, a campanha do maior partido estaria prejudicada, enquanto que a campanha do menor receberia verbas em excesso.

No entanto, há de se ressaltar que deveria haver previsão legal de um teto na porcentagem para cada partido, para que, assim, fosse combatida a perpetuação dos mesmos partidos no cenário político, possibilitando a mudança de gestores da coisa pública e a *deselitização* da política nacional.

4 Considerações finais

Deve-se observar, portanto, que, apesar de não ter a devida repercussão na mídia, nem a merecida atenção da população, o sistema de financiamento público de campanhas está em discussão no Brasil e muito próximo de ser aprovado pelo nosso Congresso Nacional. Trata-se de importante reforma legislativa que proporcionará verdadeiras mudanças no cenário político nacional.

Obviamente, o sistema apresenta vantagens e desvantagens, como qualquer outro. Coube a nós, durante o presente trabalho, ressaltar os principais pontos controversos a fim de possibilitar uma madura discussão sobre o assunto. Diante do exposto, podemos indicar os

seguintes pontos como positivos e negativos da aplicação desse sistema no Brasil:

a) Proibição do financiamento privado e consequente combate à corrupção

Conforme expusemos, com o recebimento de doações da iniciativa privada, os políticos firmam compromissos com empresas, grupos econômicos ou indivíduos. Em virtude desses acordos obscuros, o candidato eleito pratica atos ilícitos por exigências da iniciativa privada, mediante cobrança pelos valores que foram doados. Assim, os valores utilizados no financiamento regressam aos doadores com muitos acréscimos, tudo à custa dos cofres públicos.

Dessa forma, apesar de a legislação prever o contrário, o país já vive um sistema de financiamento de campanhas em que tudo é custeado com as verbas públicas, só que de forma ilícita, sub-reptícia. Ademais, o prejuízo decorrente da corrupção é bem maior do que os valores realmente utilizados para o financiamento da campanha.

b) Isonomia dos candidatos e equivalência das armas

Com a aprovação do financiamento público exclusivo, o Estado assegurará que, entre os candidatos que concorrerão, haverá uma maior isonomia. Isso porque, enquanto hoje determinado candidato tem altos investimentos da iniciativa privada, outro pode não ter o mesmo poderio econômico para concorrer de forma igualitária.

Já é certo que, no Brasil, dinheiro é poder. Via de regra, o candidato que gasta mais, também recebe mais votos, seja pela compra de votos, seja pelo maior alcance de eleitores em sua campanha publicitária.

Com o financiamento público exclusivo, haverá uma proibição do recebimento de valores que não sejam os advindos do próprio Estado, destinados a esse fim. E com as ferramentas de divisão dos valores do financiamento, assegurar-se-á que todo candidato receba valores proporcionalmente à força de seu partido, garantindo, assim, maior isonomia entre partidos e candidatos.

c) Garantia de mudança do cenário político

Já com a determinação de um mínimo legal da porcentagem do financiamento a ser dividido igualmente entre todos os partidos devidamente inscritos no TSE, haverá uma garantia de que pequenos partidos, ou aqueles recém-criados, mesmo sem recursos financeiros próprios, tenham acesso ao certame.

Obviamente, os valores recebidos por um partido sem projeção nacional e um partido que ocupa mesas inteiras no Congresso não poderão ser iguais. Para isso, haverá o instituto que assegurará a isonomia entre os partidos de acordo com sua expressão eleitoral, conforme item anterior.

Em que pese a crítica que fazemos ao mínimo legal estipulado em lei, qual seja 5%, é certo que, embora tímida, essa parcela já assegurará o acesso de todos os partidos ao pleito, bem como a garantia de possibilidade de mudança do cenário político nacional.

d) Aumentos dos custos públicos

Como visto, um dos principais argumentos contra o financiamento público das campanhas é o conseqüente aumento das despesas públicas. O investimento na casa dos bilhões de reais para cada campanha realmente faz refletir se o Estado está disposto a destinar tanto dinheiro apenas para a campanha eleitoral.

Ocorre que, como vimos, o prejuízo que o financiamento privado causa ao Estado é bem maior do que o custo que as campanhas teriam se fossem financiadas pelas contas públicas.

e) Limitação das verbas determinadas pelos próprios políticos

Eis uma verdade realmente preocupante: os responsáveis pela determinação dos valores utilizados nas campanhas eleitorais serão exatamente os beneficiados por esses valores. Contra isso não há muito que possa ser feito.

Conforme dito anteriormente, dependendo de uma interpretação da proposta de reforma que pretende submeter a referendo as alterações da legislação eleitoral, também poderia ser estendida à população a aceitação, ou não, da alteração dos valores a serem utilizados no financiamento eleitoral.

Todavia, ainda que os políticos tivessem “carta branca” para determinar o valor que entendessem oportuno para o financiamento eleitoral, dificilmente seria possível alcançar os valores que se estima que o financiamento privado cause de prejuízo aos cofres públicos.

Diante de tudo que foi exposto, conclui-se que a proposta de um financiamento público exclusivo para as campanhas eleitorais é, sim, um louvável benefício para a população e para a República. A ideia de limitação dos valores utilizados nas campanhas e combate enérgico à corrupção é realmente animadora.

Todavia, faz-se necessário esclarecer que o financiamento público apenas atingirá os efeitos esperados se forem observados alguns aspectos correlacionados a ele.

Um desses aspectos é a necessidade da opção pela exclusividade do financiamento por parte do Estado. A aprovação de um sistema de financiamento misto entre público e privado trará efeitos tão ou até mais danosos do que o próprio financiamento privado. Isso ocorre porque, permitindo-se o financiamento privado em concorrência com o público, os candidatos, mesmo recebendo verbas públicas para o financiamento de suas campanhas, continuarão a receber as propinas da iniciativa privada e, conseqüentemente, a corrupção ocorrerá da mesma forma, com o agravante de que pagaremos duas vezes por essa conta: o próprio financiamento público e o reembolso aos doadores pela via da corrupção.

Outro aspecto relaciona-se com os instrumentos de fiscalização, pois nada do que foi demonstrado como positivo do sistema de financiamento público exclusivo surtirá efeito se não pudermos dispor de um eficiente instrumento de fiscalização.

Sem fiscalização, o financiamento privado continuará a ocorrer, a despeito do financiamento público exclusivo. Sem fiscalização, surgirá um “partido-fantasma” a cada dia, a fim de receber as verbas do financiamento público. Sem fiscalização, todos os valores destinados ao financiamento de campanhas serão desviados para outras finalidades.

O Brasil tem um ordenamento jurídico razoavelmente adequado. No entanto, a criminalidade do “colarinho branco” cresce cada dia mais. Estamos diante de um sistema fiscalizatório completamente ineficaz. A

essa ineficácia dos meios de fiscalização é que se devem a impunidade e a consequente falta de pudor dos políticos em se apropriar da *res pública*.

Faz-se necessário aperfeiçoar, paulatinamente, nossos órgãos de fiscalização, bem como assegurar autonomia aos órgãos de julgamento. A corrupção deve se tornar cada dia mais difícil e punível. A política no Brasil tem que deixar de ser um “negócio de lucro” para ser o que realmente deveria: o método de eleição dos representantes do povo, compromissados com a gestão pública e com o desenvolvimento da nação.

Com o sistema do jeito que se encontra, nenhum diploma normativo será capaz de combater a corrupção. O dinheiro público continuará sendo desviado, consumido pelos corruptos que habitam o cenário político nacional. Famílias continuarão abaixo da linha da pobreza. Os hospitais seguirão com suas filas de atendimento. A educação manter-se-á precária. A criminalidade continuará batendo à porta de cada cidadão brasileiro.

Embora seja positiva, a lei que instituir o financiamento público exclusivo de campanhas eleitorais não vai exterminar todos os problemas que enfrentamos.

Com o crescente descrédito do povo na instituição do Poder Legislativo, não podemos esperar que ele, sozinho, solucione os problemas da nação e nos proteja dos corruptos arraigados nele próprio.

A mudança do nosso país deve partir de cada um de nós.

“O que me preocupa não é o grito dos maus. É o silêncio dos bons.”

Martin Luther King

Referências

ARAÚJO, Caetano Ernesto Pereira de. Financiamento de campanhas eleitorais. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 41, n. 161, p. 59-66, jan./mar. 2004.

ARGADOÑA, Antonio. *La financiación de los partidos políticos y la corrupción en las empresas*. Espanha, 2001. *Papeles de Ética, Economía y Dirección*, n. 6.

CAGGIANO, Monica Herman S. Corrupção e financiamento das campanhas eleitorais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano 10, n. 41, p. 215-240, out./dez. 2002.

FLEISCHER, David. *Reforma política e financiamento de campanhas eleitorais*. In: SPECK, B. et al. Os custos da corrupção. Cadernos Adenauer, São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, n. 10, p. 79-103, 2000.

GOMES, Suzana de Camargo; SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. Do financiamento das campanhas eleitorais. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Ano 14. abril-junho. 2006, n. 55. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 128-141.

LIMA, Déborah. *Corrupção: ameaça à economia e ao desenvolvimento social*. Jornal O Povo. Seção Política, Fortaleza, CE, 21 maio 2001, p. 19. Apud VALENTE NETO, op. cit.

PONTES, Gustavo; CAMPOS, Hélio Silvio Ourém. *Política, sonegação e financiamento de campanhas*. In: COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado; AGRA, Walber de Moura. Direito Eleitoral e democracia: desafios e perspectivas. Brasília: Nova Letra, 2010. p. 139-149.

REIS, Palhares Moreira. *Financiamento dos partidos políticos e das campanhas eleitorais*. In: Direito Eleitoral e democracia - desafios e perspectivas. / Marcus Vinícius Furtado Coêlho; Walber de Moura Agra (coordenadores). - Brasília: OAB, Conselho Federal, 2010, p. 139-149.

RIBEIRO, Renato Janine. *Financiamento de campanha (público versus privado)*. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Org.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte, MG: Ed. UFMG, 2006. p. 77-81.

TRINDADE, Fernando. Financiamento eleitoral e pluralismo político. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 41, n. 161, p. 47-57, jan./mar. 2004.

VALENTE NETO, José. O voto facultativo e o financiamento público da campanha eleitoral no Brasil: corrupção, cidadania e democracia em debate. *Themis – Revista da Esmec – Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*, v. 3, n. 2, p. 193-230, 2003.

Sítios virtuais

BRASIL. Senado Federal. *Proposta orçamentária para 2012*. Disponível em:

<http://www9.senado.gov.br/portal/page/portal/orcamento_senado/arquivo/03.%20LOA-Elab/03.1.%202012/03.1.1.%20Projeto%20de%20Lei/400-Notas%20T%C3%A9cnicas%20e%20Estudos/410-PLOA%202012%20-%20Informativo%20Conjunto.pdf>. Acesso em: 1º mar. 2012, 21h37.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas-do-eleitorado/quantitativo-do-eleitorado/consulta-quantitativo>>. Acesso em: 1º mar. 2012, 20h07.

VEJA *On-line*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/o-custo-bilionario-do-financiamento-publico>>. Acesso em: 1º mar. 2012, 21h03.

TRANSPARÊNCIA Brasil. Disponível em: <<http://www.excelencias.org.br/@casa.php?cs=1>>. Acesso em: 21 jan. 2012, 18h01.

O CONTROLE JUDICIAL DA PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA

David Wilson de Abreu Pardo¹

Resumo

Discussão de um critério judicial adequado, baseado na isonomia, para o controle da propaganda eleitoral antecipada, a fim de fazer frente à crítica de que, muitas vezes, haveria interferência indevida na esfera política democrática. Para tanto, houve reconstrução da dificuldade judicial de se avaliar o conteúdo do discurso que conteria propaganda eleitoral antecipada, a partir de julgados do Tribunal Superior Eleitoral, oferecendo modelo de análise com base na exigência legal de haver tratamento isonômico entre os atores políticos. Como resultado, foi proposta a formulação de dois critérios distintos de exame judicial quanto ao nível de exigência, descrevendo as respectivas condições de aplicação.

Palavras-chave: Propaganda antecipada. Controle judicial. Tratamento isonômico. Política democrática.

Abstract

This article discusses an appropriate judicial standard, based on isonomy, to control the premature electoral propaganda in order to controvert the criticism that there would often be undue interference in the democratic political. To this end, it presents the judicial difficulty of evaluating the content of a speech which contains early electioneering, presented in decisions from the Superior Electoral Court. It offers a model of analysis based on the legal requirement of having isonomic treatment between political actors. As a result, the article proposes two distinct criteria for judicial review considering the level of demand and describes the conditions for their application.

Keywords: Premature propaganda. Judicial review. Isonomic treatment. Democratic politics.

¹ Juiz federal em Brasília, mestre e doutor em Direito pela UFSC, professor de Teoria da Constituição e de Processo Constitucional na UFAC, ex-membro do Tribunal Regional Eleitoral do Acre (juiz efetivo nos biênios 1998/2000 e 2003/2005 e juiz auxiliar nas eleições de 2006 e 2010).

I Introdução

A propaganda eleitoral somente é permitida pela Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições) após o dia 5 de julho do ano da eleição, sob pena de ser aplicada multa ao infrator. O que se observa a cada ano de eleição, todavia, são as campanhas dos candidatos, especialmente dos candidatos aos cargos majoritários, começando a funcionar bem antes do dia permitido. Por causa disso, a Justiça Eleitoral tem sido constantemente acionada para reprimir a propaganda eleitoral antecipada, proferindo decisões julgadas, por alguns, indevidamente invasivas da esfera política democrática.

Já se dá por assentado que os atores da eleição aceitam o risco pela violação deliberada da regra legal, pois o ganho com a propaganda vedada é considerado bem mais vantajoso. Uma das razões para a ação política de desrespeito à lei é o baixo valor da multa estipulada, além da ausência de outra modalidade mais grave de sanção para tal conduta. Mas essa questão não importa diretamente aqui, sendo mencionada apenas para se destacar a desconfiança disseminada por essa rigidez da lei de propaganda eleitoral. Interessa mais discorrer sobre as dificuldades geradas pela proibição legal, com a pretensão de oferecer uma alternativa interpretativa da norma que ao menos minore a desconfiança aludida.

O objetivo do texto é, portanto, discutir um critério judicial adequado para o controle da propaganda eleitoral antecipada, a fim de fazer frente à crítica de que, muitas vezes, haveria interferência indevida na esfera política democrática. A relevância do tema é evidente, quase urgente, pois todo ano de eleição a controvérsia ressurgue, gerando questionamentos e debates nos mais diversos segmentos da sociedade. Para o Judiciário Eleitoral, importa o esclarecimento detalhado de seu papel na regulação da propaganda, visando à captação do sufrágio, pois essa é uma dimensão especialmente sensível a argumentos em prol da liberdade e da democracia. Começando por delinear o problema, o artigo parte, então, para a formulação de uma proposta.

2 O problema da propaganda eleitoral antecipada

O encargo judicial de fiscalizar a propaganda eleitoral tem conduzido a uma discussão bastante complicada e controversa. Considere

a alegação de que “a propaganda eleitoral caracteriza-se quando leva ao conhecimento geral, *ainda que de forma dissimulada*, a candidatura, a ação política ou as razões que levem a inferir que o beneficiário seja o mais apto para a função pública” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-REspe nº 524344/SP – sem grifo no original).

Considere também a afirmação de se caracterizar propaganda eleitoral a divulgação

[...] *ainda que de forma indireta, dissimulada ou subliminar*, de determinada candidatura, dos propósitos para obter o apoio por intermédio do voto, e de promoção pessoal com exclusiva finalidade eleitoral, não se exigindo, para tanto, expresse pedido de votos ou existência de candidatura formalizada. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Rp nº 4199135/ DF – sem grifo no original.)

Nesse julgado, consta, ademais, enunciado segundo o qual, “na verificação da ‘existência de propaganda subliminar, com propósito eleitoral, não deve ser observado tão somente o texto dessa propaganda, mas também outras circunstâncias, tais como imagens, fotografias, meios, número e alcance da divulgação’”.

No caso da propaganda eleitoral antecipada, tem decidido o TSE que sua configuração não depende exclusivamente da conjugação simultânea do trinômio candidato, pedido de voto e cargo pretendido. Para investigar a existência de uma propaganda eleitoral antecipada,

[...] *especialmente em sua forma dissimulada*, é necessário examinar todo o contexto em que se deram os fatos, não devendo ser observado tão somente o texto da mensagem, mas também outras circunstâncias, tais como imagens, fotografias, meios, número e alcance da divulgação. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. R-Rp nº 177413/DF – sem grifo no original.)

Como pontua outro acórdão,

[...] a propaganda eleitoral antecipada pode ficar configurada não apenas em face de eventual pedido de votos ou de exposição de plataforma ou aptidão política, mas também *ser inferida por meio de circunstâncias subliminares*, aferíveis em cada caso concreto” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-AI nº 10.203/PR – sem grifo no original).

É carregada de dificuldades a tarefa de avaliar se o conteúdo da fala ou do discurso de um agente é ato de propaganda eleitoral em favor de si ou de terceiro, na modalidade subliminar/dissimulada. E a dificuldade decorre já da dinâmica da comunicação, em especial no caso do discurso oral, o qual depende sobremaneira do falante (postura, entonação, gesticulação, vocabulário); do público (nível cultural, classe, profissão, entusiasmo); do ambiente (aberto, fechado, organização); das circunstâncias (motivo, finalidade, duração); do veículo de transmissão; etc.

Além disso, como destacou o Ministro Henrique Neves em um voto proferido no R-Rp nº 98951/DF (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral), “mesmo que seja certa a possibilidade de percepção subliminar, o poder de persuasão subliminar não é pacificamente aceito pela comunidade científica internacional”. Isso porque já se identifica o texto/meio em que estaria presente a propaganda eleitoral fiscalizada. Por isso, “não se trata, pois, de pesquisar o que não é percebido pelos limites dos sentidos humanos, mas sim de verificar o conteúdo e extensão das palavras identificadas”.

O correto seria, então, examinar o conteúdo, ainda que implícito, de determinado discurso. E aqui não se cuida só de questão terminológica, o enfoque no conceito de propaganda implícita direciona o exame judicial em primeiro plano para o pronunciamento do discurso. É claro que isso se dá a partir daquele que examina judiciosamente a fala, pelo que se mantém uma discussão sobre os efeitos do pronunciamento. Todavia, embora não seja possível abstrair os efeitos da fala sobre o destinatário, pois a comunicação é a interação entre partes distintas, a mirada prioritária na ação de discursar evita juízos meramente especulativos acerca dos efeitos do pronunciamento sobre parte difusa, como se afigura o eleitorado.

De fato, como disse, ainda, o Ministro Henrique Neves, “suposições e inferências que decorrem do universo cognitivo do destinatário do discurso não podem ser consideradas como elementos suficientes a atrair a sanção prevista em norma legal” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. R-Rp nº 98951/DF), notadamente de destinatário coletivo, como o é o conjunto do eleitorado, invariavelmente cindido entre diversas ideologias políticas que caracterizam o pluralismo da sociedade moderna.

Uma alternativa é a de o próprio julgador descrever da maneira mais precisa possível o efeito percebido. Se for possível a descrição

objetiva do sentido eleitoral da manifestação, ainda que implícito, então se poderá dizer que houve prática de propaganda eleitoral. Não sendo possível a descrição, então não houve propaganda eleitoral antecipada. Isso está de acordo com o dever de fundamentação dos atos judiciais. Não faria sentido avaliar efeito subliminar sobre si mesmo, já que o conceito é o de que tal mensagem está aquém dos sentidos.

Seja como for, a latitude da regulação permanece ampla. Com tantas variáveis fluidas e até intangíveis, o risco de discricionariedade, senão de arbítrio, é bastante alto. Há de se reconhecer, ao menos, haver dificuldade verdadeira na fixação de critérios minimamente objetivos para regular de modo adequado as expectativas de comportamento dos atores do processo eleitoral no campo da propaganda. Isso pode afetar de maneira indesejável a política democrática.

Um exemplo ilustra de maneira eloquente a dificuldade destacada. Em 25 de março de 2010, o TSE decidiu (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-Rp nº 20.574/DF), por quatro votos a três, aplicar multa ao então presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, por propaganda eleitoral antecipada. No julgamento, ganhou destaque a divergência entre os Ministros Henrique Neves e Felix Fischer. O primeiro, pronunciando-se contra a condenação, escreveu que, “para a caracterização da propaganda eleitoral, é necessário que, além da identificação do beneficiário, seja ele apontado como o mais apto para a função pública, que haja referência à ação política e que se objetive influir o eleitorado”, e, pela sua avaliação, isso não teria ocorrido. Já o segundo, proferindo o voto vencedor, disse ser possível identificar na fala do então presidente a realização de propaganda extemporânea em favor da ministra candidata da situação. “Num discurso de aproximadamente 32 minutos, o Excelentíssimo Senhor Presidente faz referência à candidata de fato. No meu entender, de forma indireta, subliminar, disfarçada, ele promoveu, sim, a pré-candidatura de Dilma Rousseff”, pontificou o ministro.

Do confronto entre as duas assertivas, não emerge qualquer critério possível de regular os casos semelhantes. Sem a agregação de algum outro argumento, que por sua vez deva ser decisivo, o resultado pode carecer de plena racionalidade. Dado esse contexto, inevitável a pergunta sobre como alcançar maior objetividade no controle da propaganda eleitoral, para bem estabilizar as expectativas de comportamento dos

agentes políticos, durante o pleito? Como realizar um controle judicial da propaganda antecipada, que possa ser racionalmente controlável? Ainda, como fiscalizar a observância da Lei Eleitoral sem afetar a política democrática, a livre circulação de ideias e o debate aberto, amplo e participativo?

3 O tratamento isonômico como critério interpretativo

A legislação em vigor já contém uma diretriz de grande valor para o controle judicial da propaganda eleitoral antecipada, a qual, todavia, ainda necessita ser explicitada e sistematizada quanto a suas dimensões. Destarte, a Lei nº 12.034/2009 estabeleceu não ser um ato de propaganda eleitoral antecipada a participação 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 (art. 36-A da Lei nº 9.504/1997).

Partindo do princípio geral hermenêutico de o texto da lei não conter palavras inúteis ou desnecessárias, pode-se afirmar que, quando a cabeça do artigo afirma que “não será considerada propaganda eleitoral antecipada”, está fixando exceção no sistema jurídico. Noutras palavras, a necessidade de deixar expresso, em lei, que determinada conduta não é considerada como propaganda eleitoral antecipada permite concluir que, se tal dispositivo não existisse, essa mesma conduta poderia configurar o tipo de propaganda. Só não o configura exclusivamente por força da regra contida no art. 36-A da Lei nº 9.504/1997.

Assim, conquanto, pelo senso comum ou definições de propaganda extraídas da ciência da publicidade, determinado ato seja uma propaganda eleitoral, acaso se subsuma ao disposto no art. 36-A, para efeitos jurídicos, não deve ser considerado como propaganda eleitoral antecipada. Assim diz a letra da lei. A nova regra pode até ser considerada concessão ao fato de a atividade política eleitoral estar sempre nas ruas, pois é muito difícil defender que o ato de levar ao conhecimento geral do público plataformas e projetos políticos não

contenha algum propósito eleitoral. Porém, isso, *prima facie*, choca com alguns entendimentos manifestados pelo TSE.

Com efeito, o dispositivo legal permite a pré-candidatos, expressa e literalmente, expor plataformas e projetos políticos em programas de televisão, rádio e Internet. Mas, em diversos precedentes, o TSE não admite sequer levar ao conhecimento do público a candidatura, mesmo a somente postulada. Como continuar proibindo o conhecimento da pré-candidatura, mesmo que apenas postulada, se a lei diz que ao pré-candidato é permitido expor plataformas e projetos políticos? No fundo, a lei permite ao político se apresentar em programas dos meios de comunicação como postulante a candidato (pré-candidato), antes mesmo do período da propaganda.

Como dito, o dispositivo legal permite ao agente, na condição de pré-candidato, o direito de expor plataformas e projetos políticos. Isso implica expor a ação político-administrativa que pretende desenvolver. Plataformas políticas podem ser entendidas como o conjunto das condições e/ou razões do agente para a consecução dos seus objetivos, ou seja, são as bases dos objetivos. Projetos políticos constituem a descrição das ações político-administrativas que se pretende desenvolver. É o caso, pois, de perguntar novamente: como conduzir tais ações, amparado nesse permissivo, sem o propósito de influenciar, de algum modo, o eleitor a escolhê-lo?

Se sempre se entendeu constituir ato de propaganda eleitoral aquele que, mesmo subliminarmente, leva ao conhecimento geral "a candidatura, a ação política ou as razões que levem a inferir que o beneficiário seja o mais apto para a função pública", então não se pode deixar de reconhecer que o atual art. 36-A da Lei das Eleições tenha amenizado a proibição de propaganda eleitoral antecipada, ao permitir aos filiados a partidos políticos e aos pré-candidatos a exposição de plataformas e projetos políticos antes de 6 de julho do ano da eleição. A Lei nº 12.034/2009 veio atenuar a proibição legal.

A justificativa para a atenuação pode apelar para o conceito de eleição. Possível defender ser a eleição a escolha motivada da cidadania por certa opção política. Para tanto, é necessário ampla informação e amplo conhecimento, bem como o mais amplo debate, mantidas as condições de legitimidade do pleito. De modo que se deveria saudar a exceção legal.

E essa não é toda a questão. Conforme se adiantou, importa perceber que a regra legal tem diretriz de grande significado para o controle judicial da propaganda eleitoral, qual seja, a exigência de um tratamento isonômico entre os pré-candidatos. É esse o ponto a ser destacado aqui.

A partir de 2009, a lei permite à Justiça Eleitoral assumir papel mais interessante no controle da propaganda, tendo em vista o equilíbrio e a legitimidade do pleito. Mais interessante, porque a atenuação legal ocorre sob a condição correta, a do tratamento isonômico, e também porque pode aliviar a tarefa autodeclarada de julgar se o conteúdo da fala ou do discurso do agente é ato de propaganda eleitoral subliminar ou dissimulada.

A condição é correta, porque tem inegável valor democrático. Afinal, a isonomia é um dos valores básicos do regime democrático, devendo reger criteriosamente a disputa eleitoral nas sociedades abertas e assegurar a mais ampla participação de todos. Como teve ocasião de dizer a Corte Eleitoral,

[...] no regime democrático, plural e de diversidade em que vivemos, devem ser incentivadas, não tolhidas, iniciativas inerentes à atividade jornalística, amparada nos direitos fundamentais de liberdade de informação e comunicação, assegurados pelos artigos 5º, incisos IV, IX e 220, da vigente Constituição da República, que fomentem o debate e a troca de ideias" (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. R-Rp nº 167980/DF).

Além disso, o dever de assegurar tratamento isonômico alivia o fardo judicial de examinar exclusivamente o conteúdo dos discursos, passando a assegurar, em primeiro plano, o procedimento equilibrado da disputa. Mais importante do que restringir o conteúdo do debate político é tentar garantir seu transcurso com a mais ampla participação igualitária dos envolvidos.

Quando o acesso aos meios de comunicação está observando o dever de conferir tratamento isonômico, o melhor que as instituições de controle podem fazer é deixar o debate político fluir, pois isso interessa à cidadania democrática. Deixar fluir livremente, mas intervindo prontamente quando se constatar desequilíbrio no tratamento das diversas forças políticas.

Essa proposta de regulação procedimental da disputa pode assumir a forma de um critério de aplicação judicial da lei de propaganda eleitoral. A sugestão inicial é a de que, havendo tratamento isonômico, a avaliação judicial sobre a propaganda eleitoral antecipada seja pouco exigente na participação de pré-candidato em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio ou na televisão, expondo plataformas e projetos políticos. Quando não for observado o tratamento isonômico, ou, pelas circunstâncias, não for possível garanti-lo, a avaliação judicial deve ser rigorosa, exigindo a prova de que não houve nem mesmo “alusão à circunstância associada à eleição”.

A graduação do nível de exigência de um exame judicial não é algo sem sentido. Essa distinção há muito tempo é adotada pela Suprema Corte americana ao julgar causas que envolvem o controle de constitucionalidade de atos públicos. Se o objeto do exame é ato que dá tratamento diferenciado às pessoas de acordo com a cor de sua pele (lei que impõe programa de ação afirmativa no acesso ao ensino superior ou emprego público), o escrutínio é especialmente rigoroso (escrutínio estrito), pois o critério distintivo do ato é altamente suspeito, sob a perspectiva da Constituição, já que essa garante a igualdade de tratamento. Nessa hipótese, a razão do Estado para propor a distinção deve ter peso considerável, pois estão em jogo direitos constitucionais importantes. Já quando o ato tem por base um critério menos suspeito (por exemplo, na legislação econômica, a consideração das condições atuais de determinado setor produtivo para motivar a concessão, apenas para referido setor, de estímulos fiscais diferenciados), o escrutínio, de antemão, não é tão rigoroso, assumindo a forma de um teste bem mais suave (teste da mera razoabilidade ou da “relação relacional”).

No caso da propaganda eleitoral antecipada, o dever de tratamento isonômico pode ser tomado como base para o exame da manifestação dos filiados e dos pré-candidatos participantes de programas nos veículos de comunicação, para expor plataformas e projetos políticos, inclusive porque a ressalva está contida no mesmo dispositivo que hoje faculta essa conduta.

A proposta mais detalhada é a de que, quando comprovadamente for observado o tratamento isonômico na participação de pré-candidatos e/ou de filiados a partidos políticos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na Internet, expondo plataformas e

projetos políticos, o teste judicial sobre a propaganda eleitoral antecipada seja menos exigente, contentando-se apenas com a não conjugação simultânea do trinômio “candidato, pedido de voto e cargo pretendido”. Mas quando não for observado um tratamento isonômico, o exame judicial deve ser bem rigoroso, exigindo a prova de sequer ter havido a “alusão à circunstância associada à eleição”, como expor plataformas e projetos políticos.

Voltando ao caso da multa fixada ao então presidente da República, em 25 de março de 2010, o uso privilegiado do meio de comunicação que veiculou o discurso considerado indevido foi tomado como circunstância determinante para o veredicto. O Ministro Felix Fischer destacou que, “além de atingir o público presente na inauguração, a mensagem também atingiu um considerado número de pessoas, tendo em vista que foi transmitida ao vivo pela rede pública de televisão NBR”. O Ministro Ayres Britto reconsiderou voto proferido, em sessão anterior, para passar a acompanhar o vencedor. E em nova manifestação, ressaltou que

[...] todo o ato (discurso) foi transmitido pelo rádio e televisão e essa cobertura repercutiu, e muito, caracterizando o favorecimento de uma determinada candidatura. Essa transmissão ao vivo implica uma desigualdade nas oportunidades de prováveis candidatos concorrentes.

No referido caso, portanto, a decisão alcançou maior precisão com o argumento de não ter sido possível dar tratamento isonômico a prováveis candidatos concorrentes desprovidos do mesmo espaço e condições semelhantes para a veiculação de seus discursos. Assim, a menção à ministra como candidata de fato à Presidência da República, para depois continuar sendo citada em discurso aproximado de 32 minutos, ganha dimensão de uma propaganda eleitoral antecipada proibida pela lei.

Esse julgamento, portanto, aplicou o exame mais rigoroso (escrutínio estrito), pois, para não multar, exigiu a prova da não “alusão à circunstância associada à eleição”. Mas a prova não foi possível pelo agente imputado, já que os elementos do caso caracterizaram alusão a circunstâncias associadas à eleição, sem contrapartida do tratamento isonômico. Eis alguns elementos destacados pelo Ministro Felix Fischer no AgR-Rp nº 20.574 (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral): menção

preferencial da beneficiária, embora presentes outras autoridades ao ato; imagem em close da beneficiária, quando o agente afirma não poder dizer quem será o futuro presidente, ocasião em que o público se manifesta com risos e aplausos; discurso centrado na exposição de políticas de governo já executadas, em execução e que se pretende executar, aludindo a projetos que ultrapassam o mandato do agente.

Portanto, ainda que não tenha havido uma conjugação simultânea do trinômio “candidato, pedido de voto e cargo pretendido”, caracterizou-se a propaganda eleitoral vedada, pois não se assegurou a isonomia exigida pelo dispositivo legal. Desse modo, o dever de tratamento isonômico no acesso aos meios de comunicação pode ser tomado como um critério do nível de exigência do controle judicial da propaganda eleitoral antecipada.

Alguém pode dizer que a proposta acaba com a proibição legal de se pedir voto, contida no próprio art. 36-A da Lei nº 9.504/1997, pois, uma vez obtida a prova do tratamento isonômico, tudo seria permitido, inclusive pedir votos abertamente, o que é vedado pela letra da norma. Mas o exame raso ou suave, quando se constata o tratamento isonômico, pode resultar, sim, em controle, ainda que seja pouco exigente com a conduta do agente. Ele se contenta com a demonstração de não ter havido a conjugação simultânea do trinômio “candidato, pedido de voto e cargo pretendido”, exatamente em virtude de estar sendo observado tratamento isonômico entre os candidatos. Contudo não permite a conjugação simultânea do trinômio.

De acordo com esse raciocínio, está afastada a hipótese de considerar propaganda eleitoral antecipada vedada a ação que leva ao conhecimento do público “a candidatura, a ação política ou as razões que *levem a inferir* que o beneficiário seja o mais apto para a função pública”, observando-se o tratamento isonômico entre os pré-candidatos. Pelo exame menos rigoroso, o dispositivo permite ação com esse sentido implícito, quando textualmente se reporta à participação dos pré-candidatos expondo plataformas e projetos políticos. Então, o pedido de votos que está proibido não é o subliminar ou dissimulado na conduta. Se houvesse a proibição de pedido de votos apenas subliminar, na conduta de se apresentar como pré-candidato, expondo plataformas ou projetos políticos, a lei não faria muito sentido, pois estaria vedando aquilo que expressamente permite, no mesmo dispositivo.

No caso de tratamento isonômico, o que realmente continua vedada é a conjugação simultânea do trinômio “candidato, pedido de voto e cargo pretendido”. Essa proibição tem a finalidade de impedir a antecipação da propaganda, na forma do horário eleitoral gratuito, mantendo-a restrita ao calendário já legalmente fixado. Cuida-se mais de uma economia de tempo e recursos, bem como de expediente para evitar prolongar problemas como a ocupação indevida de espaço, as trocas de ofensa, os direitos de resposta, etc. Outro propósito também muito importante é não permitir a candidatos com mais recursos se valerem dessa condição por maior tempo, agravando ainda mais a desigualdade. Afinal, mais tempo de propaganda, maior quantidade de recursos para realizá-la.

E exatamente por atender a objetivos públicos considerados valiosos, a proibição de captar votos antes do tempo, fazendo conjugação simultânea do trinômio “candidato, pedido de voto e cargo pretendido”, deve então ser mantida, mesmo quando haja tratamento isonômico. Aliás, se todos forem tratados como iguais, se for vedada a todos a tentativa de captar votos antes de certo tempo mediante a conjugação simultânea do trinômio “candidato, pedido de voto e cargo pretendido”, será legítimo o propósito da legislação proibitiva.

Na hipótese de ser assegurado, portanto, o tratamento isonômico, o escrutínio deve ser raso, tendo em vista apenas a conjugação simultânea do trinômio “candidato, pedido de voto e cargo pretendido”. Não será preciso exigir do político que a sua fala seja totalmente desprovida de conotação eleitoral, como aquela decorrente da exposição de plataformas e projetos políticos. Esse será o caso apenas no escrutínio estrito ou severo.

4 Variações sobre o mesmo tema

É necessário avançar alguns comentários adicionais sobre o critério até aqui proposto, para tentar realçar ainda mais a sua relevância. São duas as observações a serem formuladas.

Em primeiro lugar, convém reconhecer que a distinção do exame judicial em superficial ou rigoroso sofre a crítica até no seu país de origem. Crítica pertinente, diga-se de passagem. Já se observou que, de acordo

com o grau de exigência judicial escolhido, o juízo sobre o ato sindicado estaria elaborado de plano. A opção pelo exame mais rigoroso acabaria fatalmente implicando a ilegitimidade do ato, enquanto a eleição do escrutínio menos exigente significaria a aceitação judicial.

Essa crítica revela o que, desde o início, não se pode descurar, que é a necessidade de a própria opção do critério de exame ser justificado, pois do contrário a avaliação restaria desprovida de fundamentação suficiente. E não se pode apenas deslocar o problema de um ponto para outro.

Não obstante, essa crítica não cabe, no caso do critério interpretativo baseado no tratamento isonômico, levando em conta a descrição feita até o presente momento. Acontece que a opção pelo exame mais rigoroso, ou a escolha do teste pouco exigente, depende de ter sido observado, ou não, o tratamento isonômico entre os candidatos; depende da demonstração dessa circunstância, o que, por sua vez, não esgota de imediato o exame de cada problema, já que está pendente a avaliação dos elementos específicos do caso.

Um desdobramento dessa questão diz respeito à espécie de igualdade capaz de justificar a adoção de um ou outro dos critérios. Não é improvável se afirmar a impossibilidade de tratamento isonômico entre candidato não ocupante de cargo e outro que disputa a reeleição, ou entre candidatos com desempenhos e qualidades diferenciados na atividade política. A reeleição é um tema autônomo, havendo regras específicas com o propósito de tentar minimizar a desigualdade entre os candidatos, em face dessa circunstância, consubstanciadas na repressão ao abuso de poder político, administrativo ou econômico. Mas tanto esse problema como o outro de ser impossível se garantir tratamento isonômico havendo qualidades e desempenhos distintos chamam atenção para uma questão crucial da igualdade.

Afinal, o tratamento isonômico referido na lei é mais bem entendido como igualdade jurídica (formal) ou igualdade de fato (material)? Convém destacar ser dialética a relação entre as igualdades mencionadas. Quando se garantem formalmente competências jurídicas iguais, os indivíduos podem fazer uso diferenciado dessas competências, o que não fomenta a igualdade de fato, tanto nas situações materiais de vida quanto nas posições de poder. A bem da verdade, uma intervenção

excessivamente padronizadora nas situações materiais de vida ou nas posições de poder é capaz de afetar indevidamente a liberdade das pessoas de se conformar autonomamente com a própria vida. Desse modo, a dinâmica da dialética entre a igualdade jurídica e a igualdade de fato exige intervenções e restrições baseadas no objeto e no contexto da regulação, às vezes, afetando materialmente as situações materiais de vida e as posições de poder e, às vezes, garantindo prioritariamente as competências jurídicas formais.

De acordo com essa lição, o tratamento isonômico aludido pela lei da propaganda eleitoral há de ser a igualdade formal, pois as influências dos atores políticos na eleição são diferenciadas de acordo com a qualidade e com o desempenho incentivados pela liberdade. Cada agente político, assim como todo cidadão, tem apenas um voto. Todavia, a influência e a capacidade de comandar ou induzir outros a fazerem a mesma escolha decorrem de características próprias desenvolvidas com a permissão da liberdade, não sendo legítimo, nem possível, padronizá-las.

E também não é o caso de dificultar a manifestação das diferenças, no campo da propaganda eleitoral. O propósito de uma eleição é a escolha motivada da cidadania por certa opção político-partidária. Para se alcançar esse objetivo, as diferenças devem poder se manifestar. Esse tema adquire ainda mais relevância nas sociedades pluralistas modernas, nas quais não haveria plena liberdade de escolha, com dificuldade de exibição da posição de cada um.

Assim, não é possível interpretar o tratamento isonômico de que trata a lei da propaganda eleitoral antecipada como sendo igualdade material efetiva, mas sim formal; ou igualdade de condições, em vez de resultados. Nos tempos atuais, tem sido o inverso quanto ao movimento feminista, que cada vez mais se dá conta de que a garantia jurídica de competências iguais não teve força suficiente para remover discriminações persistentes, e ainda quanto a vários grupos historicamente desfavorecidos no acesso à educação superior, como bem decidiu o Supremo Tribunal Federal, pondo em relevo desigualdades de fato ou materiais.

A descrição do tratamento isonômico na propaganda eleitoral, como sendo igualdade jurídica, torna mais objetiva a tarefa de controle e ajuda a enfraquecer a ideia de reprimir o que se denomina caráter subliminar do discurso. Como se escreveu, os efeitos do discurso são

muito controversos para servir de base para o controle. A consideração dos resultados da fala é então substituída pela verificação da garantia jurídica da competência, ou seja, a oportunidade semelhante de fazer uso do mesmo meio de veiculação do discurso. Observado o tratamento isonômico e não conjugado de modo simultâneo o trinômio “candidato, pedido de voto e cargo pretendido”, então já não há justificativa para a repressão.

Em segundo lugar, a proposta interpretativa não é inócua, tendo consequências processuais significativas.

Em vez de liberar a propaganda eleitoral antecipada de maneira promíscua, facilita o controle em diversas situações, justificando e exigindo a pronta e efetiva intervenção judicial. É o caso quando há uso de meio de comunicação por apenas uma corrente político-eleitoral. Na hipótese, um escrutínio rigoroso exige demonstração de não ter havido nem mesmo uma “alusão à circunstância associada à eleição”, como menção a plataformas e a projetos políticos, dando-se a conhecimento a condição de pré-candidato, situações que, em tese, são permitidas, havendo o tratamento isonômico.

A condenação do então presidente, em 25 de março de 2010, ilustra a força da proposta interpretativa. Esse também seria o caso se um sistema público de comunicação passasse a ser utilizado, em entrevistas e/ou programas com a exposição de plataformas e projetos políticos, mesmo não havendo pedido expresso de voto, por pré-candidatos e/ou filiados de apenas uma parte do espectro político, notadamente o detentor do poder político-administrativo. Em tal hipótese, seria igualmente aplicado o teste judicial mais rigoroso, na avaliação de ter sido praticada propaganda eleitoral antecipada.

O caso da condenação do então presidente da República explicita outra circunstância muito importante. Alguém poderia afirmar que o dever de tratamento isonômico é dirigido às emissoras de rádio e televisão, pelo que a violação desse dever acarretaria punição de tais emissoras e não dos participantes em debates, entrevistas, programas e encontros. Tal alegação pode ser coerente, inversamente, com o entendimento de ser sempre punível o político que faz alguma “alusão à circunstância associada à eleição”, mesmo que as emissoras confirmem-lhe um tratamento isonômico. Mas, como se viu, esse não foi o entendimento

do TSE, que levou em conta a violação do dever de tratamento isonômico para punir o agente político.

Até aqui, a argumentação tem uma implicação processual de relevo. Com efeito, se não há como desvincular a garantia de tratamento isonômico da permissão de participar em entrevistas, programas, encontros e debates, na condição de filiado a partido político ou de pré-candidato, então se pode pensar em imputar aos agentes políticos a responsabilidade, ainda que não exclusiva, de zelar por essa igualdade.

A partir da condenação do então presidente da República, em 2010, é possível estabelecer como regra a presunção de o agente político ter ciência do privilégio em seu favor, quando se viola o dever de tratamento isonômico. Certamente, é uma presunção relativa, mas que tem a importante consequência processual de imputar ao agente, beneficiado pelo tratamento não isonômico, o *ônus da prova em contrário*. O agente político beneficiado pode provar, por exemplo, que verificou que estava participando de programa efetivamente aberto a todas as correntes, em acordo com a emissora e prévio planejamento dela.

5 Conclusão

Como arremate, vale de novo destacar que o critério permite maior objetividade à fiscalização da propaganda eleitoral, estabilizando melhor as expectativas de comportamento dos agentes políticos. Além disso, valoriza a política democrática, pois o propósito é garantir condições de legitimidade, que são condições procedimentais da mais ampla participação no processo político, com igualdade de oportunidades, mas sem tentar padronizar indevidamente a sociedade pluralista. E incentiva a circulação de ideias e o debate aberto e abrangente, pois não se detém no conteúdo e na capacidade de cada ator de articular sua comunicação com o público.

Esse pode ser o caminho para releitura das regras do Direito Eleitoral. Somente uma aplicação procedimental do Direito Eleitoral, quiçá no âmbito da propaganda, pode permitir a garantia da igualdade de oportunidades na veiculação dos discursos, mas, ao mesmo tempo, a não restrição indevida da liberdade de expressão política de cada um.

Tem grande valor constitucional regular debate eleitoral e atividade política, inegavelmente permanentes e ininterruptos, sob a ótica de garantia do tratamento isonômico. Do ponto de vista constitucional, melhor do que embaraçar o debate eleitoral é tentar garantir que ele transcorra com a mais ampla participação dos protagonistas, em simétrica paridade, tanto quanto isso seja possível. As inúmeras vedações contidas na Lei das Eleições, inclusive a de que não se pode fazer propaganda eleitoral antes de determinada data, têm esse propósito.

Uma forma de garantir a isonomia é impedir certas ações, ou vedar realizações por certo período, pois nem todos teriam condições de delas fazer uso, por tanto tempo, pelos mais diversos motivos, como os de ordem financeira. O acesso a meios de comunicação é um dos mecanismos mais valiosos para o funcionamento democrático das sociedades de massa de hoje em dia. Não é possível estabelecer um contato com o eleitor, nem ser conhecido, sem utilizar esses meios de comunicação, especialmente a televisão aberta. Quando se vedam certas ações a todos, em tese isso resulta numa maior igualdade, pois nem todos têm condições financeiras de usar a televisão o tempo todo para chegar ao grande público.

Todavia, como foi dito anteriormente, quando se constata que o acesso aos meios de comunicação está observando o dever de conferir tratamento isonômico, então o melhor que as instituições de controle podem fazer é deixar o debate político fluir, pois isso interessa à cidadania democrática. E deixar fluir livremente, mas intervindo prontamente quando se verificar desequilíbrio no tratamento das diversas forças políticas. Esse princípio geral, decorrente da Constituição (art. 14 e parágrafos, especialmente o § 9º, que especifica o princípio da igualdade no âmbito eleitoral e o postulado da normalidade e da legitimidade das eleições), compõe o pano de fundo da proposta feita no texto, o valor maior que se busca afirmar, com as distinções aqui elaboradas.

De modo que, além de ser consistente com a prática jurídica atual, a proposta oferece um fundamento teórico de grande alcance, pois está de acordo com as exigências do Estado constitucional democrático. A proposta é ajustada à prática jurídica, além de justificá-la da melhor maneira possível, ao estimular a ação político-eleitoral em contraditório, pois a ação política em contraditório é fonte de legitimidade no Estado pluralista moderno. E dizer que não há legitimidade sem igualdade é

o mesmo que dizer que não há política democrática sem igualdade, portanto a Justiça Eleitoral tem o dever de assegurar esse princípio.

Referências

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 524344/SP. Rel. Min. Marcelo Ribeiro. *DJE*, 29 abr. 2011, p. 51-52.

_____. Agravo Regimental na Representação nº 20.574/DF. Rel. Min. Henrique Neves; red. designado Min. Felix Fischer. *DJE*, 11 maio 2010, p. 31-32.

_____. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 10.203/PR. Rel. Min. Arnaldo Versiani. *DJE*, 10 maio 2010, p. 16.

_____. Representação nº 4199135/DF. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. *DJE*, 1º jul. 2010, p. 5.

_____. Recurso na Representação nº 98951/DF. Rel. Min. Henrique Neves. *DJE*, 23 ago. 2010, p. 75-76.

_____. Recurso na Representação 177413/DF. Rel. Min. Joelson Dias. Publicado em sessão, 10 ago. 2010. Disponível em: <www.tse.jus.br>. Acesso em: 8 jun. 2012.

_____. Recurso na Representação nº 167980/DF. Rel. Min. Joelson Dias. *DJE*, 17 fev. 2011, p. 38-39.

A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA DE CASSAÇÃO DO DIREITO DE TRANSMISSÃO DA PROPAGANDA PARTIDÁRIA

Carlos Francisco Costa¹

Resumo

Aborda tema importante tratado pelos tribunais eleitorais relacionado a um viés possível, visando tornar efetiva a pena de cassação do direito de transmissão da propaganda partidária que pode ser cumulada com a multa prevista no art. 36 da Lei nº 9.504/1997, quando a violação ao art. 45, *caput* e § 1º, da Lei nº 9.096/1995 ocorrer no semestre anterior a uma eleição. A solução proposta busca dar efetividade ao comando normativo para, no plano prático, fazer com que a sensação de impunidade se esvaia e que o poder de intimidação geral pela aplicação da pena crie força para impedir a banalização da norma pelo seu descumprimento.

Palavras-chave: Propaganda partidária. Utilização indevida. Propaganda eleitoral. Norma iníqua. Modulação dos efeitos da sentença.

Abstract

This article discusses an important theme treated by the electoral courts related to a possible bias that aims at making effective the penalty of forfeiture of the right of broadcasting of party propaganda, which can be combined with the fine of art. 36 of the Law Nº 9.504/97, when the violation of art. 45 *caput*, § 1 of the Law Nº 9.096/1995 occurs in the semester prior to an election. The proposed solution seeks to give effectiveness to the legislative control, to fade away the sense of impunity and to strengthen the power of intimidation of the penalty, creating a force to prevent the trivialization of the law for its noncompliance.

Keywords: Party propaganda. Unlawful use. Unfairness law. Electoral propaganda. Control of the judicial decision effects.

¹ Pós-graduado em Direito Eleitoral pela Faculdade Uniderp/Anhanguera, analista judiciário do Tribunal Superior Eleitoral, onde exerceu a chefia da Seção de Seleção e Divulgação de Jurisprudência (Sedjur/Cojur). Atualmente, lotado no Gabinete do Ministro Arnaldo Versiani.

I Introdução

É cediço que os partidos políticos são ou deveriam ser os guardiões da boa prática no exercício da atividade política do Estado. Assim, no exercício desse mister, por meio de representantes eleitos em suas fileiras e como fruto maior a coroar-lhes o trabalho, encontra-se o privilégio de produzir as leis – o poder legiferante.

Previsto constitucionalmente (Constituição Federal de 1988, art. 59 e seguintes), esse poder coloca nas mãos daqueles representantes, juntamente com o mandato que lhes é outorgado pelas urnas, a liderança na condução dos destinos de uma nação.

Ocorre que há momentos em que esse poder se volta para normatizar a própria atividade e os seus interesses diretos, afetando tanto os parlamentares quanto os interesses partidários. Nessas ocasiões, o corporativismo grassa, acaba por prevalecer e, ainda que disfarçadamente, produz o que, neste artigo, pode-se chamar de norma iníqua.

Plenamente encaixada nessa realidade, encontra-se a norma do § 2º do art. 45 da Lei nº 9.096/1995, que determina a cassação da veiculação da propaganda partidária, a que faria jus no semestre seguinte, do partido que contrariar as previsões do *caput* e § 1º dessa mesma lei.

Essa norma, muito embora afete determinado comportamento e preveja uma sanção, traz em seu bojo a sensação de impunidade, descaso e indiferença em função dos resultados pífios produzidos pela condenação. Além disso, mantém e incentiva a continuidade da prática contrária à lei na razão exata dos benefícios que traz ao infrator, principalmente quando comparados aos resultados que a sanção produz, ainda que tal sanção seja aplicada pelos órgãos competentes do Poder Judiciário.

A proposta deste trabalho abre caminho para que os tribunais eleitorais apliquem analogicamente a solução engendrada pelo STF no sentido de modular os efeitos da sentença de declaração de inconstitucionalidade de lei; não apenas para solucionar o confronto entre os interesses afetados pela lei inconstitucional e aqueles que possam eventualmente ser sacrificados devido à declaração, mas também para ampliar o leque de interesses à sociedade na razão direta em que ela deseja que as sanções da lei sejam efetivas para inibir a prática de

uma conduta delitativa e produzir, em consequência, a pacificação social pelo poder de intimidação geral causado pela eficácia da sanção.

2 Contextualização do problema

A redação original do art. 45, § 2º, da Lei nº 9.096/1995 determinava, após elencar a conduta proibida no § 1º, que:

O Tribunal Superior Eleitoral, julgando procedente representação de partido, cassará o direito de transmissão a que faria jus, no semestre seguinte, do partido que contrariar o disposto neste artigo (BRASIL. Lei nº 9.096/1995, art. 45, § 2º).

A Lei nº 12.034/2009 acresceu o inciso IV ao *caput* do referido artigo e deu nova redação ao § 2º, adicionando os incisos I e II para separar o objeto de incidência da proibição contida no § 1º do art. 45, determinando a aplicação de penas diversas nos seguintes casos: a) quando a infração ocorrer nas transmissões em bloco, cassando o direito de transmissão no semestre seguinte; ou b) quando a infração ocorrer nas transmissões em inserções, com a cassação de tempo equivalente a cinco vezes ao da inserção ilícita, também no semestre seguinte. Assim, eis a redação completa do art. 45, §§ 1º e 2º (BRASIL. Lei nº 12.034/2009), com destaque para as alterações referidas:

Art. 45. A propaganda partidária gratuita, gravada ou ao vivo, efetuada mediante transmissão por rádio e televisão será realizada entre as dezenove horas e trinta minutos e as vinte e duas horas para, com exclusividade:

I – difundir os programas partidários;

II – transmitir mensagens aos filiados sobre a execução do programa partidário, dos eventos com estes relacionados e das atividades congressuais do partido;

III – divulgar a posição do partido em relação a temas político-comunitários;

IV – promover e difundir a 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).

§ 1º Fica vedada, nos programas de que trata este título:

I – a participação de pessoa filiada a partido que não o responsável pelo programa;

II – a divulgação de propaganda de candidatos a cargos eletivos e a defesa de interesses pessoais ou de outros partidos;

III – a utilização de imagens ou cenas incorretas ou incompletas, efeitos ou quaisquer outros recursos que distorçam ou falseiem os fatos ou a sua comunicação.

§ 2º *O partido que contrariar o disposto neste artigo será punido:*

I – quando a infração ocorrer nas transmissões em bloco, com a cassação do direito de transmissão no semestre seguinte;

II – quando a infração ocorrer nas transmissões em inserções, com a cassação de tempo equivalente a 5 (cinco) vezes ao da inserção ilícita, no semestre seguinte.

Em que pese o agravamento da pena quando se tratar de infração nas transmissões em inserções, a nova redação do § 2º não trouxe alteração alguma quanto ao momento em que a penalidade deva ser aplicada. Foram mantidos os exatos termos da redação original, ou seja, a aplicação da sanção somente ocorrerá no semestre seguinte ao do ato infracional.

Pela força do § 2º do art. 36 da Lei nº 9.504/1997², que veda a veiculação da propaganda partidária gratuita – prevista em lei – no segundo semestre do ano da eleição, e por entendimento jurisprudencial (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Rp nº 4199135/2010, Rp nº 898/2007, Rp nº 891/2006, Ag-Rp nº 911/2006), a pena será aplicada no semestre seguinte ao da eleição em curso, salvo se o julgamento da representação assim proposta ocorrer após o semestre referido, fato que, dentro dos moldes atuais, pode retardar em até um ano a aplicação da sanção.

Ocorre que, aproveitando a lacuna deixada pela lei, os partidos políticos – invariável, contumaz e generalizadamente –, no semestre anterior a uma eleição, utilizam indevidamente o espaço da propaganda

² § 2º No segundo semestre do ano da eleição, não será veiculada a propaganda partidária gratuita prevista em lei nem permitido qualquer tipo de propaganda política paga no rádio e na televisão.

partidária para divulgação de propaganda eleitoral de candidatos a cargos eletivos, buscando fixar sua imagem junto ao eleitorado em flagrante violação ao disposto no art. 45, § 1º, inciso II, da Lei nº 9.096/1995.

Essa prática contribui para o abarrotamento de demanda nos tribunais eleitorais que aplicam a pena de cassação do direito de transmissão da propaganda partidária, normalmente, no semestre seguinte à eleição. A pena é aplicada em conformidade com a previsão legal, mas não gera eficácia capaz de impedir a reincidência da conduta nem o poder de intimidação geral para que outros não repitam a violação.

Em suma, a prática é vantajosa para os partidos que infringem a lei, posto que fazem propaganda eleitoral do seu pré-candidato em momento próximo de uma eleição (semestre anterior). A pena, que será aplicada em momento posterior a essa eleição, ocorre quando o interesse do eleitor não mais estará voltado para a eleição nem para os candidatos.

3 Da iniquidade da norma

No caso em questão, a iniquidade da norma está correlacionada à sua incapacidade de coibir a conduta ilícita, especialmente quando a ocorrência da propaganda partidária se der no semestre anterior a uma eleição. Outro aspecto a ressaltar tal qualificação deve-se ao fato de a norma ter sido produzida por aqueles que seriam os objetos de aplicação da lei. Normatizando a atividade e os interesses que lhes são próprios, a regra afeta diretamente os parlamentares, bem como os interesses partidários.

Nessa situação, o corporativismo grassa e acaba por prevalecer, impedindo a justeza da norma e mantendo os resultados pífios quando é aplicado no sentido de que a norma coíba a conduta indesejada. Um exemplo que embasa essa assertiva é a recente minirreforma eleitoral – Lei nº 12.034/2009 –, que, oferecendo oportunidade para corrigir tal distorção, em nada modificou o aspecto aqui abordado.

A norma proibitiva, apesar de boa e de índole educativa, não traz consigo penalidade capaz de coibir a conduta ilícita, especialmente quando a ocorrência da propaganda partidária se der em semestre anterior à eleição.

Exatamente aí aflora a iniquidade da norma em questão. Vejamos: a conduta proibida significa vantagem eleitoral para os partidos que descumprem a lei, tanto é assim que, nos semestres anteriores às eleições, tornou-se prática generalizada entre os partidos que lançam ou pretendem lançar candidatos (próprios ou em coligações), a utilização do espaço de propaganda partidária – não para atender às determinações do *caput* do art. 45, mas, em flagrante desrespeito às normas criadas por seus próprios correligionários – para fazer autênticas propagandas eleitorais dos seus filiados ou não, a depender do interesse eleitoral e das composições/coligações para o pleito que se avizinha.

Tais práticas, em termos de resultados traduzidos em voto, são de difícil mensuração e, apesar disso, continuam sendo repetidas, eleição após eleição, quando não muito, para fixar a imagem dos pré-candidatos aos cargos executivos majoritários, que são normalmente os beneficiários dessas práticas. Prova disso são as diversas representações ajuizadas nos tribunais regionais eleitorais, quando se trata de programas em bloco ou inserções transmitidas nos estados; ou causas originárias no Tribunal Superior Eleitoral, quando se trata de programa em bloco ou inserções nacionais (BRASIL. Lei nº 9.096/1995, art. 45, § 3º).

Em que pese a impossibilidade daquela mensuração, a lógica perversa da iniquidade ínsita a essa norma se traduz na reiterada prática dos partidos de acionarem a Justiça para vê-la cumprida, ao mesmo tempo em que se conduzem em flagrante desrespeito a ela. Geram, portanto, ações mútuas em que, ora arguem o seu descumprimento, ora se defendem, senão dos mesmos, pelo menos de fatos similares, sempre sob o manto da certeza de impunidade e ineficácia que a pena, posto sua insignificância, traduz-se naqueles que deveriam se portar de acordo com as leis por si mesmos criadas.

4 Da evolução do entendimento jurisprudencial

A jurisprudência das cortes eleitorais, especialmente do Tribunal Superior Eleitoral, ainda sob o manto da redação original do § 2º, entendia que a utilização do espaço da propaganda partidária para simples promoção pessoal de possível candidato – com explícito propósito de preannunciar, nos períodos que antecedem as eleições, candidatura iminente, dissociada das finalidades da propaganda partidária – atraía a

sanção prevista no § 2º do art. 45 da Lei nº 9.096/1995, oscilando quanto à possibilidade da aplicação da pena de multa prevista no § 3º do art. 36 da Lei nº 9.504/1997 (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Acórdão na Rp nº 366, de 17.12.2002)³.

Com o julgamento da Questão de Ordem na Representação nº 994, o Tribunal Superior Eleitoral firma-se e passa a admitir o cúmulo objetivo para entender possível a dualidade de exames – tanto sob a ótica da Lei dos Partidos Políticos quanto da Lei das Eleições, atraindo a competência do corregedor-geral eleitoral e passando a punir a prática de propaganda eleitoral antecipada em espaço reservado à propaganda partidária, cumulativamente com a cassação do direito de transmissão e multa prevista no art. 36, § 3º da Lei nº 9.504/1997⁴ –, movido pela assertiva do relator Ministro César Asfor Rocha (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. QO na Rp nº 994, p. 3-4), que, provavelmente indignado com os resultados pífios que a pena produzia na situação, se pronunciou nos seguintes termos:

Ocorre que, nessas propagandas partidárias, pela orientação atual, o partido sofre apenas a penalidade de perder o período seguinte. Parece-me isso muito pouco, porque o partido prefere fazer a propaganda no ano da eleição, mesmo sabendo que vai, depois, perder o tempo no semestre seguinte, quando o aspecto eleitoral não está tão vivo quanto neste ano das eleições.

Com o advento das alterações legislativas decorrentes da Lei nº 12.034/2009, embora separando o objeto de incidência da norma para alcançar tanto as transmissões em bloco quanto as transmissões por inserções e aplicar penas diferenciadas em cada situação, o entendimento permanece o mesmo. E no sentido de possibilidade de aplicação do cúmulo objetivo, cassando o direito de transmissão no semestre seguinte e aplicando a multa por propaganda antecipada, conforme destaque da ementa da Representação nº 4199135, de 13.5.2010, sob a relatoria do Ministro Aldir Passarinho Junior:

³ Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira pela não aplicação da pena de multa. Em sentido contrário, o Acórdão no REspe nº 19.937, de 12.9.2002, relator Ministro Fernando Neves da Silva.

⁴ § 3º A violação do disposto neste artigo sujeitará o responsável pela divulgação da propaganda e, quando comprovado o seu prévio conhecimento, o beneficiário à multa no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) a R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais), ou ao equivalente ao custo da propaganda, se este for maior.

A utilização de parte da propaganda para exclusiva promoção pessoal de filiada, com explícita conotação eleitoral, atrai, a um só tempo, a aplicação da penalidade da cassação do direito de transmissão no semestre seguinte ao do ato ilícito, salvo quando o julgamento se der em momento posterior, consideradas a gravidade e a extensão da falta, e da pena de multa por violação ao art. 36 da Lei das Eleições (BRASIL. *DJE*, 1º.7.2010, p. 5).

Percebe-se que as penalidades são aplicadas pelos tribunais, porém essa aplicação não significa repressão ao comportamento ilícito, pois não gera prejuízo significativo aos partidos infratores, que preferem descumprir os ditames da lei e divulgar seu pré-candidato, arcando com a cassação da propaganda partidária em semestre em que ela já não será tão relevante, ainda que venha cumulada com a pena de multa.

5 Modulação dos efeitos da sentença no Supremo Tribunal Federal – breves considerações

No Brasil, desde a Constituição de 1891, influenciada por Ruy Barbosa, passou-se a adotar o modelo americano de controle incidental de normas com a conseqüente decretação de nulidade *ab initio* ou de pleno direito da norma declarada inconstitucional. Com o passar do tempo, esse modelo mostrou-se inapto a garantir os postulados da boa-fé e a segurança jurídica de atos e negócios jurídicos praticados entre o início de vigência da norma e o momento da declaração de inconstitucionalidade, devido à impossibilidade de se desconstituir os efeitos práticos produzidos no período de tempo em que se acreditou que a norma em questão tinha plena validade.

Cappelletti (1992, *apud* FERREIRA, 2011) invoca exemplos clássicos em que os efeitos *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade não se mostram passíveis de serem desconstituídos, como, por exemplo, um funcionário, eleito ou nomeado com base em lei declarada inconstitucional muito tempo depois, que tenha longamente atuado em sua função; o Estado que, por muitos anos, tenha arrecadado certo tributo.

A modulação dos efeitos da sentença surgiu em função da necessidade de validar efeitos de leis aprovadas e que posteriormente

foram declaradas inconstitucionais no todo ou em parte, tendo em vista os efeitos deletérios do pronunciamento de nulidade sobre os atos e negócios jurídicos consolidados ao longo do tempo de vigência da referida lei.

A solução começa a ser aventada em decisões do Supremo Tribunal Federal – ADIn n^{os} 513 e 1.116 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn n^o 513/DF e ADIn n^o 1.116/DF) – citadas por Gilmar Mendes (2004), cujos relatores, em princípio, manifestaram preocupação com o problema, mas devido a particularidades dos casos concretos, que não se mostravam adequados à aplicação no sentido de limitar os efeitos da declaração de nulidade, ficaram impossibilitados de levar a questão adiante. Na ADIn n^o 513, apenas se indagou sobre a eventual ocorrência de “excepcional interesse social” apto a afastar o princípio da nulidade e, na ADIn n^o 1.116, embora aceitável em tese pelo relator, constatou-se a inadequação em função de que, desde sua concepção, a lei submetida à apreciação de inconstitucionalidade já estava sendo questionada no controle difuso e, até então, sempre com pronunciamentos favoráveis à sua nulidade.

Em outra decisão da Suprema Corte, na qual o recorrente arguia a impossibilidade de o Ministério Público atuar em defesa de interesses individuais disponíveis (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECrIm n^o 147.776-8) sob o regime da Constituição de 1988 (art. 127, *caput*), o Tribunal avança no entendimento que conduziu ao atual momento das técnicas de controle de constitucionalidade, de cuja ementa, indicativa do novo rumo, transcreve-se a parte que interessa:

A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia *ex tunc* faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição – ainda quanto teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada – subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem.

O caminho descrito até aqui, indicativo de que a simples declaração de inconstitucionalidade de lei, sem considerar as nuances

fáticas e temporais que permeiam as relações jurídicas estabelecidas pela lei inconstitucional enquanto assim não declarada, demonstrava a necessidade do afastamento, em determinadas situações, do princípio da nulidade com sustentação no princípio da segurança jurídica.

Com o advento do art. 27 da Lei nº 9.868/1999⁵, inaugura-se a via legislativa apta a possibilitar a declaração de nulidade com temperamentos, no sentido de protrair a eficácia de tal declaração pelo Supremo Tribunal Federal, modulando os efeitos da sentença, desde que atendidos os pressupostos legais.

Ressalte-se que os pressupostos da segurança jurídica e do excepcional interesse público encontram foro constitucional, demonstrados pelo Ministro Gilmar Mendes (2004) ao defender a constitucionalidade desse artigo da lei:

Nesses termos, resta evidente que a norma contida no art. 27 da Lei nº 9.868/1999 tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados – segurança jurídica e excepcional interesse social – se revestem de base constitucional. No que diz respeito à segurança jurídica, parece não haver dúvida de que encontra expressão no próprio princípio do Estado de direito consoante, amplamente aceito pela doutrina pátria e alienígena. Excepcional interesse social pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais. O que importa assinalar é que, consoante a interpretação aqui preconizada, o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social.

Somado a esses dois pressupostos, a lei adicionou requisito procedimental em que a limitação dos efeitos da sentença só poderá ser aplicada por quórum qualificado de dois terços dos votos do Supremo Tribunal Federal.

⁵ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Os fundamentos jurídicos que justificam e tornam evidentes a adoção, no sistema brasileiro, da técnica de declaração do controle de inconstitucionalidade, sem pronúncia da nulidade, extrapolam a finalidade do presente trabalho. Limitamo-nos a extrair de tais decisões e do art. 27 da Lei nº 9.868/1999 viés apto a ser aplicado quando da sentença que cassa o direito de transmissão da propaganda partidária utilizada indevidamente como propaganda eleitoral de candidatos a cargos eletivos, especialmente quando essa ofensa ocorrer no semestre anterior a uma eleição.

6 Das soluções propostas

6.1 Modulação dos efeitos da sentença de cassação da propaganda partidária

Ainda sob o ponto de vista do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, o princípio da nulidade continua a ser regra no Direito brasileiro e o afastamento de sua incidência depende de severo juízo de ponderação que, com análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de importante interesse social.

A declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, na dicção do art. 27 da Lei nº 9.868/1999, visa, obedecidos os seus pressupostos, restringir os efeitos daquela declaração ou, na parte que interessa a este trabalho, decidir que a declaração (ou a sentença que a declara) só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, ou seja, a eficácia da sentença será protraída para aplicação *pro futuro*.

Nesse sentido, indica-se a adoção pelos tribunais eleitorais, em paralelo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, da modulação da eficácia da sentença, protraindo ou fazendo avançar a aplicação da sanção legal, modulando, também, seus efeitos para aplicação *pro futuro*. Explicando: a pena ao partido político que infringir o disposto no art. 45, *caput* e § 1º, da Lei nº 9.096/1995, quando o ilícito ocorrer no semestre anterior à eleição, não seria aplicada no semestre seguinte nem em momento posterior no caso de não julgamento da

representação com aptidão para alcançar o semestre indicado, por força das disposições do § 2º do art. 36 da Lei das Eleições⁶, mas, modulando-se os efeitos da sentença, sua eficácia seria suspensa, adiando seus efeitos para período correspondente àquele em que a infração foi cometida. Assim, por entendimento jurisprudencial, a pena ficaria suspensa e só seria aplicada no semestre anterior às próximas eleições (municipais ou federais) correspondentes àquelas em que o ato ilícito foi praticado.

A presente proposta encontra apoio nas ideias de Karl Larenz (1969, p. 231), segundo o qual *“a interpretação literal dos textos legais constitui apenas a primeira etapa do processo hermenêutico”*, e de Vicente Ráo (1999, *apud* Ministro Ricardo Lewandowski. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. PA nº 59459), para quem *“há riscos quando se apega ao sentido literal dos textos, abandonando os demais processos hermenêuticos”*, que, somadas às ideias de Maria Helena Diniz (2002, p. 64, *apud* GERA, 2011, p. 24), para quem a hermenêutica, sendo *“teoria científica da arte de interpretar”*, define como uma das funções da interpretação da norma jurídica a de *“temperar o alcance do preceito normativo para fazê-lo corresponder às necessidades reais e atuais de caráter social, ou seja, aos seus fins sociais e aos valores que pretende garantir”*.

Assim, atentos aos termos do voto da Ministra Cármen Lúcia (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 89.417), pronunciando-se no sentido de que: *“Eventualmente, há que se sacrificar a interpretação literal e isolada de uma regra para se assegurar a aplicação e o respeito de todo o sistema [...]”*, busca-se abrir caminhos e indicar fundamentos para esse possível entendimento jurisprudencial, que, apoiado no princípio da proporcionalidade, não ofenda o disposto na lei, mas torne seus comandos efetivos e afaste a zombaria daqueles que, movidos pela impunidade, se colocam em constante desrespeito a esses mesmos comandos.

A seguir, demonstramos que a aplicação que pretendemos dar – indicando aos tribunais eleitorais a possibilidade de modular os efeitos da sentença de cassação do direito de transmissão da propaganda partidária, utilizada indevidamente como propaganda eleitoral em semestre anterior a uma eleição, ou qualquer outra das ofensas do § 1º, para prostrar a eficácia dessa sentença para momento adequado apto a

⁶ § 2º No segundo semestre do ano da eleição, não será veiculada a propaganda partidária gratuita prevista em lei nem permitido qualquer tipo de propaganda política paga no rádio e na televisão.

afastar a sensação de impunidade – encontra-se fundada nos mesmos princípios constitucionais que suportam as razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, obedecendo aos pressupostos elencados pelo art. 27 da Lei nº 9.868/1999.

6.1.1 Das razões de segurança jurídica

As razões de segurança jurídica que embasam a aplicação indicada fundamentam-se perfeitamente no princípio do Estado de direito, na medida em que, ao firmá-lo, encontram princípios e valores materiais como a liberdade, a segurança individual e coletiva e o cumprimento das leis por todos os indivíduos, entidades e até pelo Estado que as criam, posto que, em última análise, trata-se do próprio direito positivado.

Para Atahualpa e Marly Fernandez (2011), a segurança jurídica pode ser entendida como:

[...] a segurança do próprio direito, isto é, a garantia de sua possibilidade de conhecimento, de sua operatividade e de sua aplicabilidade. Há segurança por meio do direito, unicamente, quando o direito mesmo oferece certeza. Já na segunda forma – segurança jurídica em sentido próprio ou estrito – trata-se mais propriamente da eficácia do direito que, para que possa ser seguro, requer positividade. E positividade significa, simplesmente, a circunstância de que o direito está fixado; o decisivo é que as características da lei se determinem da maneira mais exata possível e, em consequência, possa ser estabelecida sem arbitrariedade.

O princípio do inciso II do art. 5º da Constituição Federal, no sentido de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, dá pleno suporte ao entendimento jurisprudencial que sugerimos ser aplicado.

Aqui, uma brevíssima digressão: ora, se há lei determinando punição para o descumprimento do disposto no *caput* e § 1º do art. 45 da Lei nº 9.096/1995, inexistente razão para que a pena prevista pela lei seja tão banalizada pelos sujeitos da norma – os partidos políticos. É necessário que os tribunais impeçam tal achaque, lançando mão, por via jurisprudencial, da modulação dos efeitos da sentença que determina a cassação do direito de transmissão da propaganda partidária, não somente na hipótese de

inciso II do § 1º, utilizado neste trabalho apenas por ser emblemático, como também nas demais hipóteses de vedação⁷, no sentido de protraí-la para aplicação *pro futuro*.

6.1.2 Do excepcional interesse social

A eficácia da sanção aplicada pelo Estado-juiz pode ser medida pelo poder de intimidação geral causado no meio social. O risco de sofrer a sanção induz o sujeito da norma a refletir quanto aos riscos de assumir posição que vá de encontro ao que nela está previsto.

O excepcional interesse social é conceito que se extrai do sistema jurídico, conforme Luciano Fernandes (2011),

O que se está a dizer é que, embora não exista definição literal, pode-se retirar do sistema jurídico o conceito de “excepcional interesse social”. A vontade do Estado é a vontade da sociedade, o interesse público é o interesse de cada um, em um conceito puro.

Não resta dúvida que a vontade da sociedade, e, portanto, o interesse social, tenha como principal manifestação a unidade do sistema jurídico. Estando atendida a Constituição da República em sua complexidade, e não em uma regra isolada, estará atendido o excepcional interesse social.

Ainda na opinião de Luiz Felipe Nobre Braga (2011),

O interesse social no controle difuso é a vontade de satisfação daquele conflito, entre aqueles particulares. O Estado almeja a satisfação social, tal satisfação é a pacificação dos conflitos, nós somos e compomos o Estado soberano, logo, nosso interesse enquanto sociedade é a resolução dos conflitos na seara privada e pública. É um querer indireto que se traduz neste silogismo.

Torna-se, então, de excepcional interesse social que as leis sejam cumpridas e, caso contrário, que as penas impostas pelo seu descumprimento sejam suficientes para inibir a reincidência da conduta ilícita e incutir no meio social o poder de intimidação geral, não no sentido de impedir novas ocorrências, mas no sentido de levar o sujeito da norma a ponderar a respeito de sua eventual violação, especialmente

⁷ § 1º Fica vedada, nos programas de que trata este título: I – a participação de pessoa filiada a partido que não o responsável pelo programa; II – [...] III – a utilização de imagens ou cenas incorretas ou incompletas, efeitos ou quaisquer outros recursos que distorçam ou falseiem os fatos ou a sua comunicação.

quando praticada não por indivíduos, como no Direito Penal – aos quais a reincidência se justificaria sob os aspectos de insanidade –, mas por instituições que deveriam funcionar como guardiãs das normas criadas pelos próprios correligionários, como acontece no caso em questão.

A não aplicação da pena pelo descumprimento ao contido no *caput* e § 1º do art. 45 da Lei nº 9.096/1995, no semestre seguinte a uma eleição, torna-se, então, plenamente possível e justificada pelo excepcional interesse social, com base constitucional, no sentido de que tanto à sociedade quanto ao Estado interessa que toda determinação legal seja cumprida e, se assim não for, que a pena seja capaz de assegurar punição adequada ou, pelo menos, impedir a banalização da norma.

A busca de simetria na aplicação da pena, de tal forma que ela seja proporcional à gravidade e extensão da falta, corresponde ao anseio da sociedade pela penalização efetiva do infrator, atendendo também aos seus anseios de combate à impunidade, enquanto eleitor ou cidadão.

Além disso, poderá produzir efeito secundário de política judiciária no sentido de impedir que a Justiça se torne alvo de chacota daqueles que insistem em tirar proveito das lacunas apresentadas pela lei, colaborando para reduzir o número de ações impetradas nos tribunais, arguindo tal ofensa.

6.1.3 Do requisito procedimental do quórum especial

No Supremo Tribunal Federal, a partir da Lei nº 9.868/1999, passou-se a exigir quórum qualificado de dois terços de seus membros para que a possibilidade de limitar os efeitos da sentença de nulidade, decorrente da declaração de inconstitucionalidade, pudesse ser aplicada.

Essa questão, nos aspectos aqui tratados, torna-se irrelevante e não se aplica à Justiça Eleitoral, posto que inexistente situação jurídica pendente a ser normatizada. A ideia aqui é apenas no sentido de suspender a aplicação da pena para que, aplicada em momento posterior, corresponda ou coincida com o período em que a ofensa à lei foi cometida.

Então, conforme explicitado, atendidos os pressupostos legais para se modularem os efeitos da sentença de cassação da propaganda partidária nos moldes indicados à Justiça Eleitoral, mesmo que a inexistência de previsão legal surja como óbice à sua aplicação,

salientamos que a Suprema Corte brasileira, antes de lei que lhe desse suporte, já aplicava a modulação dos efeitos de suas decisões, atenta às razões de ponderação da declaração de inconstitucionalidade aliada à necessidade de rigidez da ordem jurídica, prestando significação ao princípio da proporcionalidade para assegurar justiça e atenção aos interesses afetados por ela. Nesse sentido, a inexistência de previsão legal não é óbice para que a Justiça Eleitoral aplique analogicamente o entendimento da Corte Suprema, na medida em que esse princípio está diretamente relacionado não aos interesses das partes, mas aos interesses maiores da sociedade, a quem interessa que as leis sejam cumpridas e que as penas produzam efeitos intimidatórios capazes de impedir o desrespeito premeditado a elas.

6.2 Proposta de alteração legislativa

Como alternativa, propomos *de lege ferenda* a alteração, por via legislativa, do dispositivo sancionatório para cominar que, se a infração ocorrer em semestre anterior a uma eleição, a pena a ser aplicada ao partido – no sentido de cassar o direito de transmitir o programa partidário nas transmissões em bloco, bem como quando a infração for cometida nas transmissões em inserções, cassando o tempo equivalente a cinco vezes ao da inserção ilícita – aconteça não no semestre seguinte às eleições, mas no semestre anterior às próximas eleições correspondentes.

Para tal, bastaria o acréscimo de um novo § 3º, renumerando-se os demais para constar que:

Art. 45.

[...]

§ 2º O partido que contrariar o disposto neste artigo será punido:

I – quando a infração ocorrer nas transmissões em bloco, com a cassação do direito de transmissão no semestre seguinte;

II – quando a infração ocorrer nas transmissões em inserções, com a cassação de tempo equivalente a 5 (cinco) vezes ao da inserção ilícita, no semestre seguinte.

§ 3º Se a infração ocorrer no semestre anterior a uma eleição, as penas previstas nos incisos I e II do parágrafo anterior serão

suspensas e aplicadas no semestre anterior às próximas eleições correspondentes àquelas em que a infração foi cometida.

[...]

7 Considerações finais

Conforme demonstrado, com referência à norma do § 2º do art. 45 da Lei nº 9.096/1995, quando violadas as disposições do *caput* e § 1º em semestre anterior à eleição, a presente reflexão não encontra eco entre os partidos políticos, haja vista o balanço entre o prejuízo efetivo (perda do direito de transmissão da propaganda partidária no semestre seguinte) e os frutos decorrentes da infringência à norma proibitiva (promoção antecipada dos candidatos a cargo eletivo e consequentes vantagens eleitorais para o pleito vindouro).

Assim, a via indicada – modulação dos efeitos da sentença de cassação do direito de transmissão da propaganda partidária quando a violação ao *caput* e § 1º da Lei nº 9.096/1995 ocorrer no semestre anterior a uma eleição, protraindo-se a eficácia da sentença para aplicá-la no semestre anterior à próxima eleição correspondente àquela em que a infração foi cometida, com fundamentos no Estado de direito, traduzido em razões de segurança jurídica e no excepcional interesse social – pode se tornar meio próprio para dar efetividade ao comando legal que veda a utilização do espaço de propaganda partidária como propaganda eleitoral de pré-candidato.

Consideramos que a solução indicada a ser engendrada pelos tribunais eleitorais ou a proposta de alteração legislativa nos termos indicados trarão maior eficácia à norma e à sua correspondente sanção, agindo como fator de desestímulo, repressão e intimidação geral para coibir a conduta ilícita, colaborando na prevenção geral e particular para trazer à baila a necessária reflexão quanto aos riscos possíveis pelo descumprimento da norma.

Demonstrado que a aplicação atende aos pressupostos legais indicados pela Lei nº 9.868/1999 quanto às razões de segurança jurídica e do excepcional interesse social e que, por circunstâncias próprias, dispensa a necessidade de qualificação do quórum, ficam evidenciados os benefícios de sua adoção pela Justiça Eleitoral, mesmo que inexistente dispositivo de lei a dar-lhe suporte, sendo suficiente para tal a analogia

com a modulação dos efeitos da sentença, que já era praticada pelo Supremo Tribunal Federal antes mesmo do advento da lei.

Observe, então, que o leque de interessados em que haja o cumprimento dos ditames legais se estende para toda a sociedade, que, em última hipótese, se torna a maior beneficiada pela justeza da norma no sentido de que a aplicação da pena seja proporcional à ofensa.

A proposta contribuirá, também, com a política judiciária no sentido de desafogar os tribunais eleitorais e, ainda que indiretamente, para a pacificação social, a consolidação da democracia e a formação de uma sociedade mais justa e igualitária, na medida em que fortalece e cria no cidadão, na sociedade e, especialmente, no âmbito político, por meio do poder de intimidação geral, o sentimento de que o cumprimento da lei é dever imposto a todos, impedindo a banalização da norma pelo seu descumprimento como tem ocorrido, até o momento, com a espécie em questão.

Referências

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

BRAGA, Luiz Felipe Nobre. *A técnica da modulação dos efeitos da decisão no controle difuso de constitucionalidade: interpretação extensiva do artigo 27 da lei 9868/99*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6577>. Acesso em: 14 abr. 2011.

BRASIL. *Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995*. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/hotSites/CatalogoPublicacoes/pdf/codigo_eleitoral_2012/TSE-Codigo-Eleitoral-2012-Web.pdf#page=302>. Acesso em: 2 jul. 2012.

_____. *Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009*. Altera as leis nºs 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12034.htm>. Acesso em: 2 jul. 2012.

BRASIL. Senado Federal. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn nº 513/DF. Relator: Ministro Célio Borja. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 141, p. 739.

_____. ADIn nº 1116-DF. Relator: Ministro Maurício Corrêa. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 160, p. 805.

_____. HC nº 89.417. Relator: Ministra Cármen Lúcia. *DJ*, 15 dez. 2006.

_____. RECrIm nº 147.776-8. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. *Lex-JSTF*, n. 238, p. 390.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Representação nº 366*. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. *DJ*, 4 abr. 2003. p. 145.

_____. *Recurso Especial Eleitoral nº 19.937*. Relator: Ministro Fernando Neves. *DJ*, 8 nov. 2002. p. 150.

_____. *Agravo na Representação nº 911*. Relator designado: Ministro Ayres Britto. *DJ*, 7 ago. 2006. p. 137.

_____. *Código eleitoral anotado e legislação complementar*. 9. ed. Brasília: TSE, 2010.

_____. *PA nº 59459*. Redator designado: Ministro Ricardo Lewandowski. *DJE*, 23 set. 2010.

_____. *Questão de Ordem na Representação nº 994*. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. *DJ*, 13 dez. 2006. p. 168.

_____. *Representação nº 891*. Relator: Ministro José Delgado. *DJ*, 31 ago. 2006. p. 126.

_____. *Representação nº 898*. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. *DJ*, 20 abr. 2007. p. 224.

_____. *Representação nº 4199135*. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. *DJE*, 1º jul. 2010, p. 5.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: teoria geral do Direito Civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

FERNANDES, Luciano. *Ação declaratória constitutiva negativa de inconstitucionalidade?* Disponível em: <http://www.advogadobr.com/comentarios-ao-CPC/00_acao_declaratoria_constitutiva_negativa%20_inconstitucionalidade.php>. Acesso em: 13 abr. 2011.

FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. *Direito natural e positivismo jurídico: justiça, segurança e interpretação jurídica*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9770/direito-natural-e-positivismo-juridico/1>>. Acesso em: 27 abr. 2011.

FERREIRA, Carlos Wagner Dias. *Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso*. BDJur – Biblioteca Digital Jurídica – STJ. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/27784>>. Acesso em: 5 abr. 2011.

GERA, Renata Padilha Coelho. *Hermenêutica constitucional*. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 4, p. 24-28, dez. 2006. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/dezembro2006pdf/2HermenuticaConstitucional.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2011.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 3. ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2010.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868, de 10.11.1999*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belém, PA: Cejup, 1999.

NEXO ENTRE FINANCIAMENTO PÚBLICO E SISTEMA DE LISTAS FECHADAS NO CONTEXTO DA EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Márcio Luiz Silva¹

Resumo

Trata da modalidade de lista fechada no registro de candidaturas. O objetivo é demonstrar que, mediante interpretação sistêmica e no contexto de orientação jurisprudencial da mais alta Corte, a adoção de referida modalidade de registro de candidaturas no âmbito da reforma política é a mais consentânea com o intuito de fortalecimento dos partidos políticos, bem como a mais apta a conferir racionalidade sistêmica e proporcionar identificação dos eleitores com um programa preestabelecido.

Palavras-chave: Reforma política. Partidos. Sistema eleitoral. Listas fechadas.

Abstract

This article argues that the use of the closed-list proportional representation principle at the moment of the candidates' registration is the best alternative for a new Political Reform, both according to the system rationale and to jurisprudential evolution at the Brazilian Supreme Court, concluding that the adoption of the closed-list proportional system is the best alternative to guarantee systemic rationality and contribute to the strengthening of parties and to the identification of voters with a pre-established programme.

Keywords: Political reform. Parties. Electoral system. Closed-list proportional representation.

¹ Bacharel pela Faculdade de Direito da USP. Atua perante o TSE desde 1996, tendo advogado nas campanhas presidenciais de Luiz Inácio Lula da Silva de 1998, 2002 e 2006 e coordenado a campanha de Dilma Rousseff de 2010. É membro do Ibrade e da Comissão de Juristas do Senado encarregada de elaborar anteprojeto de novo Código Eleitoral.

I Introdução

Questão relevante e na ordem do dia dos debates acerca da reforma política, que frequenta o imaginário e o labor legislativo há anos, é a relação entre a modalidade de financiamento de campanhas e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou do abuso do poder político, visando à concreção do poder representativo.

Nosso sistema contempla sistema misto em que recursos públicos e privados compõem, no limite estabelecido previamente pelas próprias candidaturas², o seu financiamento.

A parametrização do custo das diversas campanhas é tarefa inglória, dadas as brutais desigualdades materiais observadas, bem como fundado receio de que parcela significativa dos recursos não integre a prestação de contas formal.

As propostas em tramitação no Congresso Nacional revelam tendência em se adotar o financiamento exclusivamente público. Mas, independentemente da modalidade a ser seguida, a adoção do voto em listas fechadas parece a mais adequada se o intuito é conferir racionalidade ao sistema eleitoral e considerando o entendimento do Supremo Tribunal Federal segundo o qual:

O mandato representativo não constitui projeção de um direito pessoal titularizado pelo parlamentar eleito, mas representa, ao contrário, expressão que deriva da indispensável vinculação do candidato ao partido político, cuja titularidade sobre as vagas conquistadas no processo eleitoral resulta de 'fundamento constitucional autônomo', identificável tanto no art. 14, § 3º, inciso V (que define a filiação partidária como condição de elegibilidade) quanto no art. 45, *caput* (que consagra o 'sistema proporcional'), da Constituição da República. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. MS nº 26.603/DF.)

Consectário lógico, dada a essencialidade dos partidos políticos no processo de poder e na conformação do regime democrático, bem

² Tendo em vista o solene desprezo dos congressistas à primeira parte do disposto no art. 17-A da Lei nº 9.504/1997.

como *“na medida em que pertence às agremiações partidárias – e somente a estas – o monopólio das candidaturas aos cargos eletivos”* (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. MS nº 26.603/DF), é a conformação das candidaturas mediante apresentação vinculada a um programa comum, de acordo com deliberação intrapartidária.

2 A racionalidade possível no sistema político considerada a evolução jurisprudencial do STF

Tendo em mente a ambiência na qual se desenvolve o processo eleitoral, a equação para se atingir o ideal de representatividade compreende, inexoravelmente: o custo das eleições, a modalidade de financiamento, a compreensão quanto à titularidade dos mandatos, o acesso às candidaturas, a prestação de contas da obtenção do mandato, bem como de seu exercício. O instrumental teórico do qual nos valem, nossa cultura política e jurídica, fornece elementos para a conformação de um modelo que pode ser coerente com o aperfeiçoamento observado na compreensão da instituição incumbida da guarda da Constituição da República.

2.1 Juízo político

É certo que o juízo político, por atender aos imperativos da conveniência e da oportunidade, e porque não lhe exige a Constituição, não demanda motivação ou fundamentação expressa para sua validade³. Também não está a se insinuar que o Poder Legislativo, no âmbito de sua estrita competência, esteja vinculado à adoção do voto em listas fechadas devido à provável adoção de uma fórmula de financiamento que atrairá prestação de contas unificada. Apenas é ponderação razoável que, dadas a natureza jurídica, a finalidade e as prerrogativas jurídico-eleitorais dos partidos políticos, bem como o dever lógico-institucional de transparência e equidade na aplicação dos recursos públicos, não parece coerente estimular competição intrapartidária na obtenção do voto, que redundaria em distorções materiais entre postulantes sob a mesma legenda, mediante juízo de conveniência particular, o que,

³ Sobre o assunto, v. TSE, Recurso Ordinário nº 11.978/MG, 29/7/1994, Rel. Min. Torquato Jardim.

evidentemente, não se coaduna com a inspiração republicana que norteia a modalidade exclusivamente pública de financiamento.

Não escapa a esse raciocínio que tal distorção pode ser precedente, ou seja, se estabelece quando da elaboração da lista – supostamente estimulando apropriações oligárquicas –, que caracterizou a formação de várias experiências partidárias nacionais. Contudo, essa é questão que diz respeito aos partidos no âmbito de sua autonomia, e sua verificação decorre de cultura que privilegia o personalismo político, ainda presente e fortíssimo em nossa realidade, mas que nenhum ator político sério defende enquanto modelo.

2.2 Registro de candidatura por listas

Atualmente, nosso ordenamento contempla a apresentação de listas abertas pelos partidos ou pelas coligações partidárias que registram número predeterminado de candidatos. Cabe ao eleitor ordenar dentro de cada lista o(s) representante(s) de cada partido/coligação que ocupará(ao) a vaga destinada a essa legenda após aferição do quociente partidário⁴.

Tal modelo é harmonioso com concepção privatista que visa legitimar o direito à atuação política plena, uma vez que confere aos mais aptos à divulgação de sua candidatura ao eleitorado maior probabilidade de angariar votos e, conseqüentemente, exercer influência pessoal no exercício do mandato.

Vale dizer que, não obstante seja condição de elegibilidade a filiação partidária – a revelar arcabouço racional que vincula, ou pretendeu vincular, o exercício de um mandato a um programa pré-existente –, o sistema coexiste com a possibilidade amplamente exercida de efetiva “autonomia funcional” do político profissional na condução de sua campanha eleitoral. Cabe ao candidato arrecadar recursos, promover atos de publicidade e prestar contas à Justiça Eleitoral, muito embora nossa Constituição consagre e o Supremo Tribunal Federal reconheça que o mandato conquistado após esse processo eleitoral pertence ao partido político.

É intuitiva a antinomia do sistema político sob esse enfoque.

⁴ Art. 107 do Código Eleitoral.

2.3 Perspectiva histórica

Também na perspectiva histórico-cultural, a opção pelas listas abertas não contribuiu para a consolidação política dos partidos. Sobre o tema, registre-se:

Os partidos políticos, com a universalização do sufrágio e a entrada no mercado político competitivo (em particular depois da Segunda Grande Guerra), foram perdendo a sua identidade de classe, desideologizaram-se com o objetivo oportunista de captar o maior número de votos possível, converteram-se em organizações que asfixiam a militância de base com o fim de evitar a polarização, passaram a promover internamente a oligarquização e a projeção de líderes, acabando em consequência de tudo isso por silenciar as exigências sociais contrárias ao sistema. Em suma, os partidos foram deixando de ser os instrumentos de mediação política adequados para canalizar as exigências genuínas da sociedade para os centros de decisão política. Os cidadãos eleitores não se sentiriam agora identificados com os programas dos partidos em virtude da indefinição ideológica destes – interclassistas todos eles – e seriam, por isso, obrigados a procurar alternativas de expressão para o seu descontentamento fora do sistema de representação partido-parlamentar (PINTO, 1994, p. 193).

De fato, a projeção de líderes em detrimento da militância de massa se insere em contexto histórico-cultural inegável do capitalismo pós-industrial, na qual a política torna-se um espetáculo. Com a personificação do poder, a política é norteadada pela oferta de fetiches que logo são mercantilizadas, daí a importância cada vez mais impressionante das estratégias publicitárias na estruturação de uma campanha eleitoral e seu custo cada vez maior. Não por acaso, limitar e financiar as despesas eleitorais é uma das propostas de Roger-Gérard Schwartzberg para enfrentar o que chama de “aflitiva desnaturação da democracia”:

Para enfraquecer o Estado espetáculo, é preciso igualmente diminuir e modificar os recursos de que ele dispõe. Legislar quanto a este tesouro de guerra – e de representação – equivale a evitar os perigos de abusos, pressões e corrupções, que constituem a poluição da democracia. De um modo geral, podemos considerar três tipos de medidas: a publicidade das despesas eleitorais, sua limitação, seu financiamento pelo Estado (SCHWARTZENBERG, 1978, p. 340).

Por um lado, contexto histórico consolidado na formação e no fortalecimento de oligarquias travestidas de partidos ou partidos tomados de assalto por oligarquias; por outro, contexto político inexorável: as leis são feitas pelos próprios atores beneficiários desse sistema.

2.4 Racionalidade no sistema e coerência com a evolução jurisprudencial

Feitas as ressalvas e contextualizações, do ponto de vista exclusivamente racional, sem compromisso com juízos de conveniência de corrente A ou B, e tendo em apreço oportunidade eminentemente teórica, a adoção de listas fechadas – ou seja, aquelas que são apresentadas ao eleitor pelos partidos ou por coligações partidárias vinculadas a um programa que será defendido por tantos quantos forem os contemplados daquela lista, após os cálculos dos quocientes eleitoral⁵ e partidário, na ordem em que for apresentada – é a medida mais consentânea com a percepção atual do Supremo Tribunal Federal, ao menos se adotarmos como fundamento as razões de decidir nos casos concretos referentes à verticalização (superada por juízo de conveniência legislativa), sucessão dos suplentes (do partido ou da coligação), cláusula de barreira e, fundamentalmente, fidelidade partidária.

Isso porque, admitido em nosso sistema o partido político *“como instrumento indispensável à realização do ideal democrático, no papel de ente intermediário entre o povo e o Estado”* (CAGGIANO, 1987, p. 292), torna-se fundamental dotá-lo de estatura e responsabilidade sobre as candidaturas – vinculadas a programas e a execução desses programas (assim como vinculados os mandatos aos partidos), ao menos na dicção da atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Apesar de recalcitrante, o argumento de que a adoção de listas fechadas representaria resgate de variante do *“mandato imperativo”* (historicamente ultrapassado), ou ainda, terreno fértil ao recrudescimento da oligarquização partidária, parece derivar muito mais de diagnóstico açodado quanto a comportamento adotado em contexto atual, consideradas as distorções – afastadas as virtudes – do sistema.

Indício disso, e ao mesmo tempo revelador de um pensamento que admite processo dialético evolutivo, foi a ressalva do Ministro

⁵ Art. 106 do Código Eleitoral.

Francisco Rezek quando do julgamento de mandado de segurança que justamente debatera, no âmbito de uma Suprema Corte de outrora, a questão da fidelidade partidária e titularidade do mandato. Nas palavras do então ministro:

Tenho a certeza de que as coisas não permanecerão como hoje se encontram. [...] Sei que o futuro renderá homenagem à generosa inspiração cívica da tese que norteou os votos dos eminentes Ministros Celso de Mello, Paulo Brossard, Carlos Madeira e Sydney Sanches. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 20.927/DF.)

Sem embargo, o modelo que congrega financiamento público com administração dos recursos centralizada e vinculação de representantes com programa partidário – não personalidades – oportuniza a um só tempo a definição do limite de gastos, a vinculação desses gastos ao propósito com parâmetros mais restritos (vez que exclusivamente pública a fonte) e a possibilidade de rejeição eleitoral baseada em desempenho de uma bancada, identificando de forma mais clara eventuais desvios de conduta ou méritos de desempenho a uma agremiação partidária específica, racionalizando, portanto, o controle popular do exercício do mandato.

Em artigo recente, o Ministro Gilmar Mendes, ao concluir que os mandatos pertencem aos partidos por imposição constitucional, mesmo registrando ressalva de que tal entendimento não implica a adoção de uma concepção de mandato imperativo ou de mandato vinculado, reconhece expressamente:

A presença dos partidos políticos num regime democrático modifica a própria concepção que se tem de democracia.

No regime de *democracia partidária*, os candidatos recebem os mandatos tanto dos eleitores como dos partidos políticos. A representação é ao mesmo tempo popular e partidária. E, como ensinou Duverger, “o mandato partidário tende a sobrelevar o mandato eleitoral”. Nesse contexto, o certo é que os candidatos, eles mesmos, não seriam detentores dos mandatos.

Os mandatos pertenceriam aos partidos políticos. As vagas conquistadas no sistema eleitoral proporcional pertencem às legendas. Esta é uma regra que decorre da própria lógica do

regime de democracia representativa e partidária vigente em nosso país.

[...]

A democracia partidária e o papel centralizador das candidaturas que detêm os partidos nesse regime são perfeitamente compatíveis com a ideia de mandato livre. Nos diversos modelos político-eleitorais, nunca se cogitou de que nos sistemas proporcionais o monopólio absoluto das candidaturas pertencente aos partidos políticos fosse inconciliável com a concepção genuína do mandato representativo.

Em Portugal, por exemplo, onde se adota, como de todos é sabido, um modelo de mandato representativo ou de mandato livre, temos notícia de que a regra é que os parlamentares que abandonem suas legendas podem continuar a exercer o mandato como independentes, se não se filiarem a qualquer outro partido; mas se isso ocorrer, ou seja, se a desfiliação for seguida de filiação a outra agremiação política, tem-se então hipótese de parlamentar trânsfuga, fato que gera a imediata perda do mandato (CRP, art. 160, c).

Na Espanha, onde também se adota a concepção de mandato livre, *el transfuguismo* é uma prática há muito condenada pela sociedade.

Nessa perspectiva, não parece fazer qualquer sentido, do prisma jurídico e político, que o eventual eleito possa, simplesmente, desvencilhar-se dos vínculos partidários originalmente estabelecidos, carregando o mandato obtido em um sistema no qual se destaca o voto atribuído à agremiação partidária a que estava filiado para outra legenda.

Essa interpretação decorre de própria realidade partidária observada no Brasil após a Constituição de 1988. É preceito básico da hermenêutica constitucional de que não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada. Interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública (Häberle, Peter. "Zeit und Verfassung". In: Probleme der Verfassungsinterpretation, org: Dreier, Ralf/Schwegmann, Friedrich, Nomos, Baden-Baden, 1976, p. 312-313).

Na realidade política atual, a mudança de legenda por aqueles que obtiveram o mandato no sistema proporcional constitui, sem sombra de dúvida, uma clara violação à vontade do eleitor e um falseamento grotesco do modelo de representação popular pela via da democracia de partidos (MENDES, 2007).

Realmente, interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública.

2.5 Evolução de um modelo

Evidentemente que a adoção de um novo modelo demanda o conseqüente e necessário processo de amadurecimento, sendo certo que os atuais mandatos de quatro anos ensejariam tentativas e erros por décadas. Mas também é certo que nenhum sistema político inspira perfeição, uma vez que é de natureza dinâmica (processo), restando-nos apenas a convicção atribuída a Churchill de que a democracia é o pior dos sistemas à exceção de todos os outros.

Em suma, considerado o Direito como “linguagem” que vincula o corpo social e visando ao “cometimento” – interação comunicativa ideal – do cidadão (destinatário último), à luz do “relato” que indica a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conclusão lógica é a de que atende à racionalidade do sistema um protagonismo dos partidos políticos na mediação entre governos e governados, representantes e representados, eleitos e eleitores. E o processo eleitoral, evidentemente, não pode ficar fora desse raciocínio.

Assim, é imperativo que se observe e concretize o significado pleno dos partidos políticos enquanto viabilizadores, fiadores, respaldo e garantidores do mandato conferido democraticamente para que ganhe concretude a afirmação da Suprema Corte, segundo a qual:

O Estado de direito, concebido e estruturado em bases democráticas, mais do que simples figura conceitual ou mera proposição doutrinária, reflete, em nosso sistema jurídico, uma realidade constitucional densa de significação e plena de potencialidade concretizadora dos direitos e das liberdades públicas. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 30.380-MC/DF.)

Outro não pode ser o “cometimento” quanto ao “relato” consubstanciado no que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, dentre outras oportunidades, no julgamento da fidelidade partidária (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 26.602/DF). Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes:

O Supremo Tribunal Federal reinterpreto a Constituição, em toda sua inteireza e não fundado em textos isolados, exercendo, dessa forma, sua função precípua de guardião da ordem constitucional. Como tenho afirmado em outros julgados na Corte, a evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição de perfil constitucional. A afirmação da *mudança constitucional* não implica o reconhecimento, por parte da Corte, de erro ou equívoco interpretativo do texto constitucional em julgados pretéritos. Ela reconhece e reafirma, ao contrário, a necessidade da contínua e paulatina adaptação dos sentidos possíveis da letra da Constituição à realidade que a circunda.

É preciso ter em mente que a fidelidade partidária condiciona o próprio funcionamento da democracia, ao impor normas de preservação dos vínculos políticos e ideológicos entre eleitores, eleitos e partidos, tal como definidos no momento do exercício do direito fundamental do sufrágio. Trata-se, portanto, de uma garantia fundamental da vontade do eleitor (MENDES, 2007).

Daí que os fundamentos justificadores de evolução hermenêutica que reconhece que a permanência do parlamentar no partido político pelo qual se elegeu é imprescindível para a manutenção da representatividade partidária do próprio mandato, a justificar a alteração da jurisprudência do Tribunal, a fim de que a fidelidade do parlamentar perdure após a posse no cargo eletivo, espriam-se para compreensão sistêmica que autoriza a convicção de que a adoção de listas fechadas confere racionalidade e contribui com o desiderato de fortalecimento dos partidos e identificação dos eleitores com um programa – não mais “personas”. Interpretar esse mecanismo como decorrência lógica da intenção em baratear o processo eleitoral e “despersonificar” a política nada mais é do que contextualizar o atual estágio de amadurecimento de nossa interpretação constitucional e integrá-la à realidade pública.

3 Conclusão

Ratificada a ressalva de que alteração no paradigma legal enseja, necessariamente, a conformação do juízo político – cujas conveniência e oportunidade não guardam relação com a racionalidade sistêmica que se procurou explorar no presente texto – fica o registro de que os óbices opostos à adoção das listas fechadas atendem muito mais a diagnóstico que considera o temor decorrente das imperfeições objetivas de nossa “fauna” política do que das possíveis (esperança) consequências benéficas que se coadunam com a evolução jurisprudencial que consagra o partido político enquanto ente fundamental do regime democrático e que, como tal, há de proporcionar ao povo – destinatário precípua e último do poder⁶ – meios de satisfação e controle mediante exercício de autoridade que abrangam todo o processo de participação popular: da escolha dos candidatos ao exercício pleno (coerente com o programa sufragado) do mandato.

Referências

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições clássicas*. Michelangelo Bovero (Org.). Tradução de Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 20.927/DF. Relator: Ministro Moreira Alves. *DJ*, 15 abr. 1999, p. 8.061.

_____. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 30.380/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. *DJ*, n. 64, 5 abr. 2011.

_____. Mandado de Segurança nº 26.602/DF. Relator: Ministro Eros Grau. *DJ*, n. 197, 17 out. 2008.

_____. Mandado de Segurança nº 26.603/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. *DJ*, n. 241, 19 dez. 2008.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Ordinário nº 11.978/MG, Acórdão de 29.7.1994. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. *RJTSE*, v. 6, t. 3, p. 244.

⁶ Art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República de 1988.

LEITE NETO, José Rollemberg. *A terceira casa do congresso: STF e fidelidade partidária*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10580/a-terceira-casa-do-congresso>>. Acesso em: 11 jun. 2012.

MENDES, Gilmar. *Fidelidade partidária na jurisprudência do STF*. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/80/55>>. Acesso em: 11 jun. 2012.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Lisboa: Coimbra Ed., 1994.

SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. *O estado espetáculo*. Rio de Janeiro: Difel, 1978.

A COGNIÇÃO E O EXAME DA PROVA EM SEDE DE RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DO DIPLOMA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO TSE

Luciano Tadau Yamaguti Sato¹

Resumo

O trabalho se propõe a analisar a cognição e o exame de prova no âmbito do recurso contra expedição do diploma (RCED) a partir de uma análise histórica da jurisprudência consolidada pelo Tribunal Superior Eleitoral desde 1988, demonstrando que as mudanças de entendimento objetivaram conferir maior utilidade ao RCED enquanto instrumento processual.

Palavras-chave: Direito Eleitoral. Recurso contra expedição do diploma. Prova pré-constituída. Cognição e exame de prova.

Abstract

Analyses the cognition and examination of evidence of "Appeal Against Degree Expedition" (RCED) from a historical analysis of the established case law by the Supreme Electoral Tribunal since 1988 showing that the changes were to give the most useful RCED as a procedural tool.

Keywords: Electoral Law. Recurso contra expedição do diploma. Proof. Cognition and examination.

I Introdução

Dentre os instrumentos processuais dispostos pelo Direito Eleitoral, sem dúvida alguma, o que provocou e ainda tem provocado maior discussão quanto aos seus contornos processuais é o recurso contra a expedição do diploma (RCED).

¹ Bacharel em Direito pela UFPR, especialista em Direito Eleitoral e Processual Eleitoral pela Unicuritiba, membro da Comissão de Direito Eleitoral da Seccional do Paraná, advogado atuante em Direito Eleitoral.

Tanto doutrina quanto jurisprudência, debruçou-se sobre a definição da natureza do RCED (se jurisdicional ou administrativa)², a necessidade de instrução do RCED com provas produzidas em ação de investigação judicial (AIJE), a ocorrência ou não do fenômeno jurídico da litispendência entre o RCED, a AIJE e a ação de impugnação de mandato eletivo (AIME), dentre outras questões, por exemplo.

Em que pese existirem questões interessantes e cientificamente relevantes envolvendo o RCED, o objetivo do presente trabalho é traçar uma análise, a partir da evolução da jurisprudência do TSE, da liberdade de cognição do magistrado e do exame da prova em âmbito do RCED, tendo como reflexo a incidência da autoridade de coisa julgada à decisão proferida nesse instrumento processual.

2 Análise histórica da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral

A partir da égide da Constituição Federal de 1988, encontramos um primeiro posicionamento do Tribunal Superior Eleitoral quanto à produção de provas no âmbito do recurso contra expedição do diploma. Tal posicionamento rechaçava a possibilidade de produção de prova em sede de RCED, na medida em que os §§ 1º e 2º do art. 222³ do Código

² Quanto a esse ponto, José Jairo Gomes (2011, p. 575) afirma que “Apesar de ter sido concebido como um recurso administrativo no Código Eleitoral, a hodierna doutrina eleitoralista nega-lhe natureza recursal, sustentando cuidar-se antes de ação”. E de fato, em âmbito doutrinário, prepondera (se não for unânime) o entendimento pela natureza de “ação” do RCED. Nesse sentido: COSTA, 2008; DECOMAIN e PRADE, 2004; PINTO, 2008; CERQUEIRA, T. e CERQUEIRA, C., 2008; RAMAYANA, 2008; CASTRO, 2008 e SANTANA, 2012.

³ “Art. 222. 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 vedados por lei.

§ 1º A prova far-se-á em processo apartado, que o Tribunal Superior regulará, observados os seguintes princípios:

I – é parte legítima para promovê-lo o Ministério Público ou o representante de partido que possa ser prejudicado;

II – a denúncia, instruída com justificação ou documentação idônea, será oferecida ao Tribunal ou juízo competente para diplomação, e poderá ser rejeitada *in limine* se manifestamente infundada;

III – feita a citação do partido acusado na pessoa do seu representante ou delegado, terá este 48 (quarenta e oito) horas para contestar a arguição, seguindo-se uma instrução sumária por 5 (cinco) dias, e as legações, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, com as quais se encerrará provisoriamente o processo incidente;

IV – antes da diplomação o Tribunal ou junta competente proferirá decisão sobre os processos, determinando as retificações consequentes às nulidades que pronunciar.

Eleitoral foram revogados pela Lei nº 4.961/1966. Os referidos parágrafos disciplinavam a instrução probatória junto ao TSE, especialmente no que diz respeito à legitimidade de requerer a prova, bem como no tocante aos prazos processuais.

Dentre os precedentes que compõem esse primeiro posicionamento do TSE, no tocante à instrução probatória no âmbito do RCED, é oportuno destacar trecho do voto proferido pelo Ministro Eduardo Alckmin, o qual afirma, categoricamente, a existência de precedentes de longa data naquela Corte Superior no sentido de ser impossível a produção de prova em sede de RCED:

[...] esta eg. Corte, em reiterados julgados, firmou o entendimento de que no recurso contra a expedição de diploma não é possível a produção de provas, devendo apenas ser considerados fatos anteriormente provados.

Esta Corte há muito vem se ocupando da questão. Anoto que em decisão de 1967, Acórdão nº 4.250, relator o eminente Ministro Henrique Andrada, já se rejeitava a possibilidade de que a prova fosse produzida nos próprios autos do recurso contra a diplomação.

Posteriormente, ao julgar o Recurso contra a Diplomação nº 357 – Acórdão nº 7.309, de 17.3.1983, da relatoria do ilustre Ministro José Guilherme Villela – a Corte mais uma vez reafirmou sua posição, ao sustentar ser o recurso contra a diplomação “momento derradeiro de todo o procedimento eleitoral, que, por isso mesmo, deve considerar somente os fatos anteriormente provados”.

Os julgados nesse sentido são muitos, valendo citar, entre outros, os Acórdãos nºs 8.690, de 24.3.1987, 11.061, de 13.3.1990, 11.946, de 1º.12.1994, 518, de 22.6.1995 e 490, 2.6.1998.

(BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AI nº 1.500/MG.)

E mais: no referido precedente, ficou assentado que não só não se admitia a instrução probatória nos autos de RCED, como também que a prova pré-constituída apta a configurar o abuso (enquanto uma das

§ 2º “A sentença anulatória de votação poderá, conforme a intensidade do dolo, ou grau de culpa, denegar o diploma ao candidato responsável, independentemente dos resultados escoimados das nulidades” [sic].

causas de pedir do RCED) deveria advir de outro feito que já tivesse sido, inclusive, julgado:

No caso dos autos, a Corte Regional se baseou somente em exemplares do jornal, tendo concluído haver conteúdo político nos textos publicados, que, por tal circunstância, teriam funcionado como propaganda eleitoral do recorrente.

Verifica-se, assim, que a Corte *a quo* não se fundamentou em decisão proferida em outro feito, que emitindo juízo de valor sobre as provas, tenha verificado a existência do abuso.

Assim, não se podendo dizer que tenha havido prova pré-constituída, a decisão recorrida merece ser reformada.

Naquele momento, o TSE entendia que a prova pré-constituída a embasar o RCED seria não só aquela já produzida em sede de ação de investigação judicial eleitoral, mas também que, necessariamente, a investigação já tivesse transitado em julgado.⁴ Nota-se que não bastava o julgamento de mérito por qualquer instância jurisdicional (ex.: sentença de mérito sobre a qual pendesse julgamento de recurso), era necessário, ainda, que tal decisão tivesse transitado em julgado.

Dos precedentes mencionados que ilustram o primeiro posicionamento adotado pelo TSE, podemos retirar duas conclusões em relação à conduta das partes e à postura do magistrado em se tratando de recurso contra expedição do diploma: a) não havia qualquer possibilidade de as partes requererem – e muito menos produzirem – provas em sede de recurso contra expedição do diploma; e b) além de inexistir instrução probatória, somava-se a exigência do trânsito em julgado da ação de

⁴ Nesse sentido, transcrevemos a ementa de alguns precedentes: “RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. PRESSUPOSTO. REPRESENTAÇÃO POR ABUSO DE PODER ECONÔMICO. TRÂNSITO EM JULGADO. 1. Para a configuração da prova pré-constituída, a ensejar recurso contra expedição de diploma, não bastam provas sobre a suposta prática de abuso do poder econômico. É imprescindível a decisão judicial transitada em julgado, em que tenha sido reconhecido o ato abusivo. 2. Recurso especial provido.” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. REspe nº 15895/PE); “RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA CONTRA PREFEITO E VICE-PREFEITO – EXISTÊNCIA DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL JULGADA PROCEDENTE POR ABUSO DO PODER POLÍTICO. INEXISTÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO – NAO CONFIGURAÇÃO DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. Não se pode considerar como prova pré-constituída a decisão em investigação judicial não transitada em julgado no momento do ajuizamento do recurso contra a expedição do diploma. Precedente do TSE. Agravo não provido.” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AI nº 1280/RJ); dentre outros que poderiam ser citados (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RCED nº 572/SC e RCED nº 490/AM).

investigação judicial eleitoral, inferindo-se que o magistrado, quando da análise das provas pré-constituídas apresentadas pelas partes, não poderia emitir juízo de valor sobre elas, assumindo, dessa maneira, uma postura atipicamente passiva na instrução processual do RCED.

Depreende-se que os limites (contornos jurídicos) conferidos inicialmente pelo TSE ao RCED restringiam, ou melhor, praticamente excluía a possibilidade de o julgador proferir qualquer juízo apreciativo e ponderativo sobre a demanda encartada no RCED. Ao subordinar o juízo apreciativo e decisório que o magistrado poderia proferir, no julgamento do RCED, à decisão já proferida em ação de investigação judicial eleitoral, a função desempenhada pelo magistrado tinha mais conotação de uma atividade meramente burocrática (administrativa) do que efetivamente jurisdicional.

Por questões de ordem prática, estava claro que a exigência do trânsito em julgado da ação de investigação judicial eleitoral em tempo hábil para ensejar a propositura do RCED era pouco provável – o que tornava esse instrumento de impugnação do ato de diplomação de pouca (ou nenhuma) utilidade –, provocando, assim, a reformulação do primeiro entendimento pacificado pelo TSE.

Um segundo posicionamento aos poucos foi sendo sedimentado na jurisprudência do TSE no sentido da desnecessidade do trânsito em julgado da ação de investigação judicial eleitoral como elemento qualificador da prova pré-constituída, sobrepondo-se, desse modo, ao entendimento anteriormente adotado no âmbito daquele Tribunal.⁵

⁵ Nesse sentido, transcrevemos a ementa de alguns precedentes: “Recurso especial eleitoral. Recurso contra expedição de diploma. A hipótese do art. 262, IV, do Código Eleitoral, pressupõe prova pré-constituída em investigação judicial eleitoral (LC nº 64/1990, art. 22), independentemente de decisão transitada em julgado. Recurso conhecido pelo dissenso, mas improvido.” [sic] (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. REspe nº 19.518/GO); “RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÃO 2000. RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. ART. 262, IV, DO CÓDIGO ELEITORAL. DESNECESSIDADE DE DECISÃO JUDICIAL, EM AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL, PARA SE COLHER A PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. APELO PROVIDO. – No recurso contra expedição de diploma fundado no art. 262, IV, CE, é prescindível que a prova pré-constituída seja colhida em ação de investigação com decisão judicial.” [sic] (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. REspe nº 21.181/MG); “DIREITOS ELEITORAL E PROCESSUAL. AGRAVO PROVIDO. RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA FUNDADO NO ART. 262, IV, DO CÓDIGO ELEITORAL. PROVA COLHIDA EM AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL SEM TRÂNSITO EM JULGADO. CABIMENTO. PRECEDENTES DO TSE. RECURSO PROVIDO PARA QUE O TRE APRECIE A MATÉRIA. No recurso contra expedição de diploma é imprescindível a prova pré-constituída. Entretanto, segundo a

A partir desse segundo posicionamento do TSE, passou-se a admitir que, nos casos de não ter ocorrido o trânsito em julgado do processo originário do qual adveio a prova pré-constituída, seria possível a análise valorativa daquela prova apresentada agora em RCED e proferido juízo de julgamento sobre ela no próprio recurso. Nesse aspecto esclarecedor, a ementa do AI 3.095/PI (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral) de relatoria do Ministro Fernando Neves da Silva:

Recurso contra a diplomação – Abuso de poder – Prova pré-constituída – Ajuizamento anterior à decisão proferida na investigação judicial – Ausência de trânsito em julgado – Possibilidade.

Decisão regional que reconheceu o abuso – Conclusão que não pode ser infirmada sem reexame do quadro fático.

1. O recurso contra a expedição de diploma pode ser fundado em decisão transitada em julgado que tenha julgado procedente investigação judicial, declarando a existência de abuso de poder ou uso indevido dos meios de comunicação social. Nesse caso, a decisão traz juízo de valor definitivo emitido pela Justiça Eleitoral, devendo ser aceito sem que haja necessidade de se proceder a exame das provas contidas na representação.

2. O recurso contra a diplomação pode, também, vir instruído com prova pré-constituída, entendendo-se que essa é a já formada em outros autos, sem que haja obrigatoriedade de ter havido sobre ela pronunciamento judicial, ou seja, a prova não tem que ter sido previamente julgada. Ante a falta de juízo definitivo por parte da Justiça Eleitoral sobre as provas, essas podem ser analisadas nos autos do recurso contra a diplomação. Precedente: Acórdão nº 19.506.

Em outras palavras, premido pela necessidade de conferir alguma eficácia ao RCED, o TSE reviu seu posicionamento quanto à exigência do trânsito em julgado da AIJE como requisito necessário àquilo que se entendia por prova pré-constituída, posto que, por razões práticas, era

nova posição desta Corte, a prova pode ser colhida em ação de investigação judicial sem trânsito em julgado.” independentemente de decisão transitada em julgado. Recurso conhecido pelo dissenso, mas improvido.” [sic] (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AI nº 3.247/MG).

muito difícil a decisão proferida nos autos de investigação transitar em julgado em tempo hábil para a propositura do RCED.

Nessa linha evolutiva guiada pela necessidade de conferir maior eficácia e instrumentalidade ao RCED, um terceiro posicionamento veio a se firmar no TSE, sobrepondo-se aos anteriores para prescindir não só do julgamento da ação de investigação judicial eleitoral, mas também para permitir que em sede de RCED se possibilitasse às partes a produção de provas, desde que requeridas pelo recorrente na petição inicial ou pelo recorrido na primeira oportunidade de defesa.⁶

O posicionamento que resta pacificado até hoje toma como base o art. 270⁷ do Código Eleitoral, com a redação dada pela Lei n° 4.961/1965 – a mesma que respaldou o primeiro posicionamento pela impossibilidade de produção de provas em autos apartados em sede de RCED⁸ – para facultar tanto ao recorrente (autor), em sua petição inicial, quanto ao

⁶ Nesse sentido, transcrevemos a ementa de alguns julgados: “Recurso contra a diplomação – Prefeito candidato à reeleição – Abuso do poder – Distribuição de dinheiro a eleitores, na véspera da eleição, pessoalmente pelo prefeito, na sede da prefeitura – Apreensão da quantia remanescente pelo juiz eleitoral. Documentos – Juntada com a inicial – Provas não contestadas – Fatos incontroversos. Prova – Produção – Possibilidade – Arts. 222 e 270 do Código Eleitoral – Redação – Alteração – Lei n° 4.961/1966. 1. Possibilidade de se apurar fatos no recurso contra a diplomação, desde que o recorrente apresente prova suficiente ou indique as que pretende ver produzidas, nos termos do art. 270 do Código Eleitoral. 2. A Lei n° 4.961/1966 alterou os arts. 222 e 270 do Código Eleitoral, extinguindo a produção da prova e apuração de fatos em autos apartados, passando a permitir que isso se faça nos próprios autos do recurso.” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. REspe n° 19.592/PI); “RECURSO ESPECIAL. RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. PROVA JUDICIALIZADA. DESNECESSIDADE. PROVIDO. AGRAVO REGIMENTAL. DESPROVIDO. No recurso contra a diplomação, basta ao recorrente apresentar prova suficiente ou indicar, no momento da interposição do recurso, as que pretende ver produzidas, nos termos do art. 270 do Código Eleitoral. Não se exige a produção da prova e a apuração dos fatos em autos apartados. Agravo regimental desprovido.” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-REspe n° 25.301/PR).

⁷ “Art. 270. Se o recurso versar sobre coação, fraude, uso de meios de que trata o art. 237, ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedado por lei dependente de prova indicada pelas partes ao interpô-lo ou ao impugná-lo, o relator no Tribunal Regional deferi-la-á em vinte e quatro horas da conclusão, realizado-se ela no prazo improrrogável de cinco dias.” [sic].

⁸ “RECURSO DE DIPLOMACAO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. PROCLAMAÇÃO DOS ELEITOS. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. PROPAGANDA PROIBIDA. ELEIÇÕES ESTADUAIS NO AMAZONAS. O recurso contra a diplomação deve basear-se em prova pré-constituída, já que, desde a revogação dos parágrafos 1 e 2 do art. 222 do CE de 1965 pela Lei n° 4.961/1966, não mais se admite, no curso desse procedimento eleitoral, a produção de qualquer prova complementar perante o TSE...” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RCED n° 357/AM).

recorrido (réu), na primeira oportunidade de defesa que tiver, indicarem as provas a serem produzidas, abrindo assim instrução probatória nos próprios autos, alterando-se substancialmente tanto a conduta processual das partes quanto a postura do magistrado em relação à condução do processo.

3 Recurso contra expedição do diploma: ação de cognição limitada (plano horizontal) e exauriente (plano vertical)

Ao lado da reformulação dos limites e das possibilidades do recurso contra expedição do diploma pela jurisprudência do TSE, conferindo inegavelmente maior utilidade prática ao recurso, no plano científico (sobretudo no aspecto processual), tal reformulação denota uma evolução no sentido de permitir ao magistrado maior liberdade de análise e valoração das provas.

A própria atividade do magistrado na análise do RCED, que outrora estava subjugada à decisão transitada em julgado proferida noutro processo – dado à exigência daquilo que se entendia até então por prova constituída –, na linha evolutiva da jurisprudência do TSE, passou a efetivamente desempenhar o papel jurisdicional de, além de conduzir a instrução processual, apreciar as provas apresentadas e produzidas pelas partes e, sobretudo, proferir decisão fundada em seu próprio juízo de convicção. Sob outro enfoque, a figura do magistrado no RCED deixou de ter característica burocrática enquanto mero administrador responsável pela condução do processo, para passar a desempenhar atividade tipicamente jurisdicional.

Não obstante atualmente se permitir que o magistrado aprecie livremente as provas produzidas em sede de RCED, é necessário tecer alguns apontamentos no sentido de balizar cientificamente o referido instrumento processual.

A primeira consideração que se faz ao RCED é que não comporta toda causa de pedir, ou seja, não é a alegação de qualquer fato tido como ilícito eleitoral que enseja a sua propositura. Não se deve confundir a liberdade do magistrado em apreciar as provas produzidas com a liberdade de a parte autora deduzir todo fato como causa de pedir.

Nesse ponto, é impossível não trazermos a célebre classificação proposta por Watanabe (2000, p. 111-113), o qual, ao tratar da cognição empreendida pelo julgador de acordo com os limites objetivos da demanda, classificou-a em dois planos distintos: horizontal, referindo-se à amplitude (extensão) da matéria passível de ser discutida em uma determinada demanda; e vertical, para referir-se à profundidade ou ao grau de convencimento (certeza) que o juiz deve ter para proferir uma determinada decisão.

No plano horizontal, a cognição do julgador pode ser ampla ou limitada de acordo com os contornos objetivos da demanda. Estar-se-á diante de uma ação de cognição ampla quando ela permitir às partes arguirem toda matéria de fato ou de direito que entenderem pertinentes à defesa de seus interesses. Por outro lado, quando há limitação da matéria de fato ou de direito argüível pelas partes em dada demanda (seja tal restrição imposta por lei processual, seja por lei material), denomina-se tal instrumento processual como de cognição limitada, posto que o juiz não pode analisar situações de fato ou de direito senão aquelas taxativamente previstas em lei.

Já no plano vertical, analisa-se o grau de convencimento e certeza necessários para o magistrado proferir sua decisão. Quando o julgador não necessita decidir de maneira definitiva ou não está em condições de proferir um juízo de certeza, mas, sim, de possibilidade, verossimilhança ou probabilidade, diz-se que a cognição é sumária (WATANABE, 2000, p. 127). É o caso, por exemplo, das limares (cautelares ou antecipatórias) que, justamente pela razão de não terem sido proferidas num juízo de certeza, podem ser revistas a pedido das partes ou revogadas pelo próprio magistrado ou, ainda, rediscutidas noutro processo. Entretanto, nas situações em que o julgador pôde conhecer com profundidade a demanda, estando desse modo apto a proferir decisão com base num juízo de certeza (ou do que é verdadeiro), denomina-se tal demanda como sendo de cognição exauriente.

Nesse ponto, faz-se necessário abrir parênteses: diferentemente da cognição no plano horizontal, que delimita objetivamente a matéria argüível pelas partes e conhecível pelo magistrado de acordo com cada instrumento processual, a cognição no plano vertical trata da ideia de verdade e, portanto, envolve aspectos subjetivos inerentes ao próprio conhecimento humano.

Como lecionam os professores Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2005, p. 62-63), a ideia de que a relação de conhecimento se trava entre sujeito-objeto – que de acordo com Watanabe seria entre o juiz e a prova, por exemplo – resta superada pela Filosofia contemporânea, pois parte da premissa de que os objetos seriam dotados de essência própria, que apenas seria revelada pelo sujeito cognoscente (paradigma do objeto).

Atualmente, contudo, a relação de conhecimento se opera no próprio sujeito na medida em que *“os objetos somente existem porque o sujeito pode conhecê-los”* (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 63). Em outras palavras, se, para a Filosofia que preponderou no século XVIII, a essência do conhecimento residiria no próprio objeto, a influência das novas ideias trazidas pelo Iluminismo e pelo Racionalismo fez com que o conhecimento fosse realocado no sujeito, pois, como já dito, o conhecimento só existe se existir sujeito cognoscente (paradigma do sujeito).

Figurando, portanto, o sujeito na condição necessária à existência do próprio conhecimento, o ideal de verdade não é mais aquele que era, até então, algo simplesmente revelado (descoberto) pelo sujeito cognoscente a partir da análise que faz sobre um dado objeto, tampouco podem suas conclusões constituir uma verdade universal e absoluta. A ideia de verdade passa a ser aquela construída no íntimo de cada sujeito de maneira a existirem tantas verdades quanto forem os sujeitos. Diante dessa nova percepção e possibilidade de pluralidade de verdades, advém a necessidade da busca de um consenso entre os sujeitos cognoscentes acerca do que se pode presumir como verdade:

O sujeito não é mais visto como conquistador do objeto, tal como ocorria no paradigma do sujeito. Agora, o sujeito deve interagir com os demais sujeitos, a fim de atingir um consenso sobre o que possa significar conhecer e dominar o objeto, não é mais a subjetividade que importa, mas sim a *intersubjetividade*. (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 72.)

Essas breves ponderações servem para demonstrar que, no aspecto processual, a cognição exauriente ou sumária (verossimilhança) no plano vertical, de acordo com a classificação proposta por Watanabe, não deve levar em consideração a medida de certeza (convencimento) do magistrado, mas, sim, a relação travada entre todos os sujeitos

envolvidos no processo do qual o juiz é apenas um deles e que se soma às partes litigantes e, ainda, em alguns casos, ao Ministério Público, quando esse exerce a função de *custos legis*. Desse modo, cognição exauriente seria aquela decorrente de procedimento no qual tenha se facultado às partes a apresentação de argumentos e contra-argumentos, bem como o acesso aos meios de provas necessários e pertinentes à comprovação dos fatos arguidos, possibilitando a plena realização do contraditório pelos litigantes de maneira a conferir legitimidade à definitividade da decisão proferida (não olvidando, evidentemente, o dever de motivação e fundamentação da decisão judicial). Por sua vez, na cognição sumária, a decisão judicial assume caráter não definitivo na medida em que, no momento em que é proferida, as partes não puderam contraditar e debater plenamente, por meio do legítimo exercício do contraditório e da ampla defesa, os fatos controvertidos na demanda.

Adotando a classificação formulada por Watanabe – tecendo-se, apenas, alguns apontamentos quanto à cognição no plano vertical –, pode-se afirmar que, na atualidade, consoante evolução do entendimento jurisprudencial, o RCED é uma ação de cognição limitada e exauriente: limitada, em razão de a matéria arguível pela parte autora estar restrita àquelas expressas no art. 262 do Código Eleitoral; e exauriente, na medida em que é proferida em processo que permite ampla dilação probatória, possibilitando, de tal maneira, a incidência do instituto da coisa julgada sobre a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

4 Conclusão

Analisando-se a evolução histórica da jurisprudência do TSE no que diz respeito à delimitação dos contornos processuais do RCED, verifica-se que, gradativamente, a jurisprudência caminhou no sentido de conferir utilidade prática ao referido instrumento processual na medida em que progressivamente atribuiu maior autonomia ao magistrado na apreciação das provas e, por conseguinte, na análise e no julgamento do mérito discutido no recurso. Correlacionada a essa alforria do magistrado do mero exercício de uma função burocrática está a possibilidade de as partes litigantes requererem e produzirem provas na instrução do próprio RCED – o que, como já dito, era inicialmente vedado.

De outro modo, se num primeiro momento inexistia a possibilidade de avaliação e sopesamento das provas apresentadas em sede de RCED pelo julgador – dada a necessidade daquilo que inicialmente se concebia por prova pré-constituída –, com as gradativas mudanças de entendimento, o TSE, atualmente, consagra não só a possibilidade de apreciação e decisão sobre a causa de pedir deduzida no RCED, como também permite produção de provas, desde que requeridas na petição inicial pelo requerente ou na primeira oportunidade de defesa pelo requerido.

A mudança jurisprudencial, tanto no que importa à postura do magistrado quanto da faculdade disposta às partes em relação à produção de provas, veio enriquecer qualitativamente o procedimento do RCED e a sua instrumentalidade enquanto ferramenta de Direito Processual Eleitoral.

Nessa correlação entre a liberdade de cognição do magistrado e a possibilidade facultada às partes de produzirem provas em sede de RCED, é que, valendo-se das lições de Watanabe (op.cit.), o RCED pode ser classificado como instrumento processual de cognição restrita ou limitada no tocante à matéria arguível como causa de pedir (plano horizontal); e exauriente no tocante à definitividade da decisão final (plano vertical).

No entanto, aspecto teórico de grande importância prática é que a liberdade de cognição do magistrado na análise das provas, bem como a possibilidade de ampla instrução probatória pelas partes litigantes (desde que indicadas no primeiro momento), confere elementos necessários não só a corroborar com o entendimento quanto à natureza de ação do RCED, mas, sobretudo, corroborar que a decisão proferida é apta a produzir coisa julgada.

O importante é não só notar o traço evolutivo da interpretação do TSE, mas, sobretudo, a mudança de tratamento (regime) jurídico conferido ao RCED, do qual se extrai que, se outrora poder-se-ia conferir natureza de mero recurso administrativa ao RCED diante das limitações do regime a que se sujeitava (impossibilidade de dilação probatória e vinculação do julgamento ao trânsito em julgado da AIJE), atualmente, consoante entendimento do TSE, tais restrições foram superadas, de modo que não há como negar natureza jurisdicional àquele instrumento processual – indevidamente nominado de recurso – que conta agora com ampla instrução probatória (mesmo que deva ser requerida logo na fase inicial ou na fase de contestação) e livre apreciação das provas e do mérito por parte do magistrado.

Referências

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo de Instrumento nº 1.500/MG. Relator: Ministro Eduardo Alckmin. *DJ*, 23 abr. 1999, p. 66.

_____. Agravo de Instrumento nº 1.280/RJ. Relator: Ministro Eduardo Alckmin. *DJ*, 29 out. 1999, p. 67.

_____. Agravo de Instrumento nº 3.247/MG. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. *DJ*, 2 ago. 2002, v. 1, p. 226.

_____. Agravo de Instrumento nº 3.095/PI. Relator: Ministro Fernando Neves da Silva. *DJ*, 1º abr. 2002, v. 1, p. 113.

_____. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 25.301/PR. Relator: Ministro Gerardo Grossi. *DJ*, 7 abr. 2006, p. 166.

_____. Recurso Contra Expedição de Diploma nº 357/AM, Acórdão nº 7309. Relator: Ministro José Guilherme Villela. *Boletim Eleitoral*, v. 386, t. 1, p. 23.

_____. Recurso Contra Expedição de Diploma nº 490/AM. Relator: Ministro Eduardo Alckmin. *DJ*, 19 jun. 1999, p. 64.

_____. Recurso Contra Expedição de Diploma nº 572/SC. Relator: Ministro Nelson Jobim. *DJ*, 20 ago. 1999, p. 81.

_____. Recurso Especial Eleitoral nº 15.895/PE. Relator: Ministro Edson Vidigal. *DJ*, 4 fev. 2000, p. 30.

_____. Recurso Especial Eleitoral nº 19.518/GO. Relator: Ministro Luiz Carlos Madeira. *DJ*, 7 dez. 2001, v. 1, p. 8.

_____. Recurso Especial Eleitoral nº 19.592/PI. Relator: Ministro Fernando Neves da Silva. *DJ*, 20 set. 2002, v. 1, p. 208.

_____. Recurso Especial Eleitoral nº 21.181/MG. Relator: Ministro Peçanha Martins. *DJ*, 1º ago. 2003, p. 287.

CASTRO, Edson Resende. *Direito Eleitoral*. 4. ed. Belo Horizonte, MG: Mandamentos, 2008.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. *Tratado de Direito Eleitoral*. São Paulo: Premier Máxima, 2008. t. 4.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. *Direito Eleitoral e processo eleitoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DECOMAIN, Pedro Roberto; PRADE, Péricles. *Comentários ao Código Eleitoral*. São Paulo: Dialética, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2005. v. 5, t. 1.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

NIESS, Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos*. 2. ed. Bauru, SP: 2000.

PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Fábio Luix. *Direito Eleitoral: para compreender a dinâmica do poder político*. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2012.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1, t. 1.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas, SP: Bookseller, 2000.

INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS DOS PARÁGRAFOS 10 E 11 DO ART. 73 DA LEI Nº 9.504/1997

Edmilson da Costa Barreiros Júnior¹

Resumo

O foco da análise é a interpretação lógica, sistemática e teleológica das normas contidas nos §§ 10 e 11 do art. 73 da Lei nº 9.504/1997. Pretende-se demonstrar que as interpretações reducionistas fraudam a real intenção da lei e são lesivas ao espírito moralizador do instituto da conduta vedada. A pesquisa de técnicas hermenêuticas e de doutrinas sobre normas restritivas de direitos estruturarão a argumentação reveladora do real sentido e alcance das normas sob investigação. Conclui-se que a interpretação literal é insuficiente para revelar os escopos maiores das regras e que não há incompatibilidade entre a exegese moralizadora e as normas do art. 73.

Palavras-chave: Condutas vedadas. Entidades. Assistencialismo. Eleições.

Abstract

The focus of analysis is the logical interpretation, systematic and teleological standards contained in §§ 10 and 11 of Art. 73 of Law no. 9.504/1997. We intend to demonstrate that the reductionist interpretations defraud the real intent of the law and are detrimental to the moralizing spirit of the institute prohibited conduct. The search for techniques of hermeneutics and doctrines about restricting rights standards will structure the argument that reveals the real meaning and scope of the rules under investigation. It concludes that the literal interpretation is insufficient to reveal the larger scopes of rules and that there is no incompatibility between exegesis and the moralizing of the art standards in art. 73.

Keywords: Prohibited conducts. Entities. Assistentialism. Elections.

¹ Procurador da República desde 2006, ex-promotor de justiça do MP/AM de 2001 a 2006, pós-graduado (UFAM/IBCCRIM) em Direito Penal e Processo Penal e em Direito Eleitoral (UEA/EJE-TRE/AM), procurador regional eleitoral do Amazonas nos biênios 2009/2010 e 2011/2012.

I Introdução

A Lei nº 9.504/1997 (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral, 2012) veio para dar certa estabilidade ao Direito Eleitoral, pois foi engendrada para reger eleições futuras indefinidamente, além disso não tinha validade apenas para determinado pleito. Intentava, dentre outros objetivos, proteger o eleitorado do uso indevido da máquina pública. A então recém-aprovada Emenda Constitucional nº 16/1997, que autorizava a reeleição (sem desincompatibilização para o mesmo cargo) para mandatários do Poder Executivo, assim recomendava. No mesmo contexto, porém, as emendas constitucionais nºs 19 e 20/1998 traziam reformas administrativa e previdenciária. Supostas medidas modernizadoras traziam viés privatizador e as parcerias com entidades privadas eram bem vistas para dotar o Estado de maior eficiência e concentrar seus esforços em áreas em que sua atuação direta era inestimável. Assim, práticas assistencialistas e clientelistas que ocorriam anteriormente, apenas com o uso de bens do Erário, propriamente dito, são hodiernamente praticadas por meio de entidades fomentadas pelo poder público. É relevante, assim, analisar como a Lei Eleitoral foi atualizada para responder a tais reclamos sociais e demonstrar como há exegese plenamente compatível com a tutela da *probidade administrativa* e da *moralidade para o exercício do mandato*, valores caros ao constituinte pátrio.

2 As novéis condutas vedadas no contexto das reformas administrativas do Brasil: a interpretação declarativa das normas do art. 73, §§ 10 e 11 e a exegese correta do vocábulo “nominalmente” e da disjuntiva “ou” seguida de expressão “por esse mantida”

Essa nova releitura de um Estado liberal, sem esquecer os deveres do Estado social, dava novos contornos à República. O princípio da subsidiariedade implicava o respeito a direitos individuais (limitação à intervenção estatal), mas com fomento, coordenação e fiscalização da iniciativa privada. O Estado estaria incentivado a firmar parcerias públicas e privadas. Dos instrumentos jurídicos diversos, destacam-se a *delegação* da execução de serviços públicos a particulares por permissão ou concessão, o *fomento* por meio de convênio ou contrato de gestão, a *cooperação* por terceirização para atuação em atividades próprias da administração pública por intermédio de contratos de empreitada

de obras e serviços e a *desburocratização* por meio do agir gerencial e eficiente com os contratos de gestão (DI PIETRO, 1999, p. 25, 31-32).

A administração pública tornou-se pródiga em convênios para programas sociais. Nesse instituto, ao contrário do contrato administrativo, os interesses das partes não são antagônicos (lucro para o particular e prestação adequada do serviço para o Estado); são complementares e afins (ambos têm interesse no adequado atendimento à finalidade pública pretendida), pois se inserem entre os “*objetivos institucionais comuns*” (DI PIETRO, 1999, p. 178). Além disso, inserem-se na modalidade de *fomento* como *forma de incentivar a iniciativa privada de interesse público*. Tornaram-se comuns entidades privadas de apoio nas modalidades de assistência à saúde, à cultura, à pesquisa, à educação profissionalizante, ao esporte e ao lazer. Aponta-se, igualmente, uma regulação pífia do instituto *convênio* pelo art. 116 da Lei nº 8.666/1993 (BRASIL. Presidência da República, 2012), pois tal norma alude a *projetos* e não a *chamados serviços contínuos*; mas esses estão previstos na cláusula, *no que couber*. Somente se admite, em tese, a inobservância da aludida regra se não houver no convênio *repasso de bens ou valores* (DI PIETRO, 1999, p. 180-182), o que torna a parceria com o ente público desinteressante ao particular. Mas como recebem bens ou valores públicos, os conveniados sujeitam-se à prestação de contas (BRASIL. Constituição Federal, art. 70, parágrafo único) e ao regime jurídico publicístico.

Ao apontar riscos para o princípio da legalidade, decorrente da transposição pura e simples de institutos do Direito estrangeiro ao Brasil, a doutrina alerta que o Brasil não tem jurisdição administrativa própria, como a França e a Itália. Esse sistema de colaboração com a administração pública “*implica a outorga de prerrogativas e privilégios de que não dispõe o particular; por outro lado, impõe restrições a que o particular não se submete*” (DI PIETRO, 1999, p. 224-225). A tradição brasileira de desprezo à legalidade e ao acolhimento de nepotismo e, ainda, ao apadrinhamento levou à adoção dos ideais do Estado liberal e subsidiário, impondo uma irreal contraposição entre os princípios da legalidade e da eficiência administrativa.

Como os sistemas legais de controle (*verbi gratia*, licitação, concurso público) são essenciais para a democracia (e não mero formalismo), a opção para resguardá-la era mudar o direito positivo ou cumprir as normas legais vigentes no interesse da função administrativa

do Estado (DI PIETRO, 1999, p. 227-228). A suposta eficiência de tais práticas não é escusa aceitável para romper-se o princípio da legalidade. Isso é ainda mais premente em campanhas eleitorais, em que há evidente *desvirtuamento da finalidade pública a ser atingida* pelos convênios que executam programas sociais em ano eleitoral.

É nesse contexto de risco à legalidade que as normas eleitorais em comento devem ser compreendidas. Hão de ser analisadas as distintas interpretações possíveis para a norma jurídica do art. 73, §§ 10 e 11, da Lei nº 9.504/1997². Para tanto, é possível resultar em dois tipos de exegese:

1) *A mais rigorosa*: todos os parágrafos devem ser interpretados de acordo com o *caput*³. Como o instituto existe para prever vedações que preservam a isonomia, o desrespeito às condutas vedadas (mandamentos impositivos de obrigações de “não fazer”) é “tendente” a violar a igualdade. Ou seja, é *presumida* pela lei a lesividade das condutas proibidas pelos comandos do art. 73 da Lei nº 9.504/1997. As sanções dos §§ 4º, 5º e 8º⁴ do art. 73 da Lei nº 9.504/1997 são *abstratamente cumulativas* (exceto se desproporcionais à gravidade do ato típico, a ser verificada apenas no momento da aplicação da pena) e incidem sobre candidatos, *agentes públicos ou não*. Os programas sociais referidos no § 10 do art. 73 da Lei nº 9.504/1997 *também* o são no § 11; tais *programas sociais* são exceção à vedação do § 10. Ora, *todo programa social em ano de eleição*

² Lei nº 9.504/1997, art. 73. [...] § 10. No ano em que se realizar eleição, fica proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da administração pública, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de *programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa.* (Incluído pela Lei nº 11.300, de 2006.)

§ 11. *Nos anos eleitorais, os programas sociais de que trata o § 10 não poderão ser executados por entidade nominalmente vinculada a candidato ou por esse mantida.* (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009.)

³ Lei nº 9.504/1997: Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas *tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: [...]*

⁴ Lei nº 9.504/1997: Art. 73. [...] § 4º O descumprimento do disposto neste artigo acarretará a *suspensão imediata da conduta vedada, quando for o caso, e sujeitará os responsáveis a multa no valor de cinco a cem mil UFIR.*

⁵ 5º *Nos casos de descumprimento do disposto nos incisos do caput e no § 10, sem prejuízo do disposto no § 4º, o candidato beneficiado, agente público ou não, ficará sujeito à cassação do registro ou do diploma.* (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009) [...]

⁶ 8º *Aplicam-se as sanções do § 4º aos agentes públicos responsáveis pelas condutas vedadas e aos partidos, coligações e candidatos que delas se beneficiarem.*

é permitido apenas por exceção; de sorte que *restringir excessivamente* a expressão “nominalmente” viola a *ratio legis* da vedação imposta pela Lei nº 11.300/2006 (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral, 2012), que elegeu essa conduta como lesiva à isonomia entre os pretendentes ao cargo eletivo. Quando a Lei nº 12.034/2009 (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral, 2012) acresceu o § 11 do art. 73 da Lei nº 9.504/1997 ao rol de condutas vedadas, a *mens legis* era *aprimorar a vedação do § 10, que seria burlada com o uso de entes privados para a execução de atividades estatais*. Não há de se interpretar *isoladamente* o § 11; ademais, a expressão “nominalmente vinculados” há de ser interpretada *racional e teleologicamente* para que *qualquer vinculação nominal (nome, sobrenome, epíteto notório)* enseje a configuração da conduta vedada. Isso porque *não houve, com a nova lei, qualquer adjetivação ou outro termo que restringisse tal exegese*, que, aliás, é *plenamente compatível com a teleologia da norma*. A mesma solução deve ser dada à parte final do artigo: a expressão “ou por esse mantida” implica: a) *não é necessária a “vinculação nominal” para incidir a parte final do § 11 do art. 73 da Lei nº 9.504/1997*; b) a disjuntiva “ou” é prova disso; c) um candidato pode *manter* uma entidade por diversos modos (doação de bens, valores ou quaisquer outras utilidades, prestação de serviços próprios ou de terceiros, intermediar a celebração de contratos públicos ou privados, intermediação da liberação de verbas públicas); assim, *a norma não proíbe apenas a vinculação nominal* (objeto da parte primeira do § 11 do art. 73 da Lei nº 9.504/1997); e d) a lei não exige que o candidato seja o *principal mantenedor* para incidir a proibição. Quando é o caso, a lei é *expressa* (v.g., art. 1º, *caput*, parte final, e § 2º, ambos da Lei nº 4.717/1965 e art. 1º, *caput*, parte final, da Lei nº 8.429/1992).

2) *A mais liberal*: o § 11 do art. 73 da Lei nº 9.504/1997 seria interpretado *isoladamente do caput e do § 10 do art. 73*. A interpretação literal do advérbio “nominalmente” exclui a *ratio legis* da norma. Afirma-se ser a interpretação declarativa a correta, mas essa seria entendida como mero apego à literalidade do texto, sem uso de *todas as regras hermenêuticas para a aplicação*. Em outras palavras, cerceia-se a interpretação lógica e se aplica *apenas a mera exegese gramatical*. Por conseguinte, dos sentidos possíveis ao vocábulo “nominalmente”, interpreta-se com o único sentido possível de *lhe castrar qualquer eficácia social*; de outro lado, *a exegese ainda cria lacuna inexistente e ofende as regras de integração e aplicação do direito*. É uma interpretação pobre

de base hermenêutica e forçada, fruto de evidente voluntarismo de intérprete insatisfeito com a solução eleita pela lei.

Observe-se que *a interpretação mais severa é a correta e atende aos fins sociais da Lei Eleitoral. A mais liberal é artificial, cria lacuna onde não existe, mistura os elementos de distintas proibições do tipo eleitoral e aplica interpretação restritiva onde é incabível.*

3 Das lições da hermenêutica

É importante demonstrar qual a correta forma de aplicar os institutos da interpretação quanto aos resultados (declarativa, extensiva ou restritiva) e de apresentar os métodos lógico, racional e sistemático como necessários complementos ao sentido gramatical da norma.

A interpretação declarativa é descrita na doutrina (JESUS, 1997, p. 38-39):

A interpretação é meramente declarativa quando a eventual dúvida se resolve pela correspondência entre a letra e a vontade da lei, sem conferir à fórmula um sentido mais amplo ou mais estrito. Ex.: determina o art. 141, II, do nosso Código, que nos crimes contra a honra (calúnia, difamação e injúria) as penas são aumentadas de um terço se o fato é cometido "na presença de várias pessoas". Qual é o mínimo exigido: duas ou três?

Deve entender-se que o mínimo é superior a duas, porque sempre que a lei se contenta com duas pelos di-lo expressamente (arts. 150, § 1º; 226, I etc.). Assim, não há ampliação ou restrição da norma, uma vez que o texto se refere a 'várias pessoas'.

No mesmo sentido Francesco Ferrara (2002, p. 40-41):

Antes de mais nada, pode dar-se que o sentido da lei, tal como resulta da interpretação lógica, seja perfeitamente congruente com o que as palavras da lei exprimem, que haja perfeita correspondência entre as palavras e o pensamento da lei. Neste caso, a interpretação lógica não faz mais do que confirmar e valorizar a explicação literal.

Ou, então, o sentido das palavras é dúbio e equívoco, porque as expressões são demasiadamente gerais ou anfibalógicas; e em tal caso a interpretação lógica ajuda a fixar o sentido real da lei, escolhendo *um dos sentidos possíveis*, que resultam do simples contexto verbal. Assim, no código aparecem muitas vezes as palavras filhos, parentes, ausente, incapaz, alienar, coabitação etc., que têm uma acepção lata e uma acepção restrita, e que nas várias disposições legais revestem ora um ora outro significado. A interpretação lógica adotará, conforme as circunstâncias, o sentido que melhor se ajuste à vontade da lei.

Note-se que o sentido lógico, teleológico e sistemático indica o acerto da interpretação mais severa (e não a meramente literal). Afinal, não é *tão ambíguo* o vocábulo “nominalmente”, tampouco o da disjuntiva “ou” seguida da expressão “por esse mantida”. É errôneo dar tratamento de *norma geral* a uma expressão unívoca e de forma a ceifar *absolutamente* a eficácia do preceito do art. 73, § 11, especialmente a parte final. É importante lembrar que a interpretação não serve para o juiz alterar a norma a seu talante, porque não concorda com o comando; é importante lembrar as basilares lições (MAXIMILIANO, 1998, p. 40):

45 – Os norte-americanos preferem ao trabalho analítico, ao exame da lei isolada, à *interpretação* propriamente dita, o esforço sintético, a que apelidam *construção*. Para eles, o jurista reúne e sistematiza o conjunto de normas; e com o seu espírito ou conteúdo forma um complexo orgânico. Ao invés de criticar a lei, procura compreendê-la e nas suas palavras, confrontadas com outras do mesmo ou de diferente repositório, achar o direito positivo, lógico, aplicável à vida real. A interpretação atém-se ao texto, como a velha exegese: enquanto a construção vai além, examina as normas jurídicas em seu conjunto e em relação à ciência e do acordo geral deduz uma obra sistemática, um todo orgânico; uma estuda propriamente a lei, a outra conserva como principal objetivo descobrir e revelar o *Direito*; aquela presta atenção maior às palavras e ao sentido respectivo, esta ao alcance do texto; a primeira decompõe, a segunda recompõe, compreende, constrói.

Observe-se que o papel de “demolidores” não é o ideal a juristas, pois o abandono do processo exegético não é próprio desse grupo. A crítica da norma já foi tida por Maximiliano (1998, p. 41) como “*um*

trabalho preliminar, de análise; deveria seguir-se a síntese, a construção, a transformação de um texto morto em norma diretora de vida social". Mas não é correto aplicar no Direito posto a crítica que seria objeto do direito futuro, a reforma da lei. Prossegue Carlos Maximiliano com os seguintes desdobramentos (1998, nota 342, p. 277):

342 – É comum no foro, na imprensa e nas câmaras substituírem as razões, os fatos e os algarismos pelos adjetivos retumbantes em louvor de uma causa, ou em vitupério da oposta. [...] Exaltar, enaltecer com entusiasmo, ou maldizer, detratar com veemência, não é argumentar; será uma ilusão de apaixonado, ou indício de inópia de verdadeiras razões.

A ironia leva a palma ao vitupério. O que impressiona bem (saibam os novos, mais ardorosos e menos experientes) é a abundância e solidez dos argumentos aliados à perfeita cortesia, linguagem ponderada e modéstia habitual.

O fato é que a exegese liberal é *apaixonada* e não revela o real sentido e alcance do texto; não é correto que o mero descontentamento do intérprete com o conteúdo da norma acarrete *evidente equívoco exegético* ao elucidar a extensão da norma jurídica; por isso a crítica não observou os métodos hermenêuticos e *escondeu ao invés de expor* a real força normativa dos comandos do art. 73, *caput* e §§ 10 e 11, da Lei nº 9.504/1997. Por seu turno, as modalidades extensiva e restritiva são assim conceituadas (JESUS, 1997, p. 39):

Interpretação restritiva– Algumas vezes, a linguagem da lei diz mais que o pretendido pela sua vontade.

[...]

Diz mais do que desejava dizer. Surge, então, a interpretação restritiva, que restringe o alcance das palavras da lei até o seu sentido real. Ex.: diz o art. 28, I e II, que não excluem a imputabilidade penal a emoção, a paixão ou a embriaguez voluntária ou culposa. O dispositivo deve ser interpretado restritivamente, no sentido de serem considerados estes estados quando não patológicos, pois, de outra forma, haveria contradição com o art. 26, *caput*. Se o Estado for patológico, aplicar-se-á o art. 26 e não o art. 28.

Interpretação extensiva – Diz-se extensiva a interpretação quando o caso requer seja ampliado o alcance das palavras da

lei para que a letra corresponda à vontade do texto. Ocorre quando o texto legal não expressa a sua vontade em toda a extensão desejada. Diz menos do que pretendia dizer. [...]

(exemplos) O art. 235 incrimina a bigamia, abrangendo a poligamia. O crime de rapto (art. 219) abrange não só o meio executivo (remoção) como também a retenção da vítima, não obstante o núcleo do tipo (raptar) significar arrebatado, roubar. [...]

No mesmo sentido, escólio de Francesco Ferrara (2002, p. 43-44):

A interpretação restritiva tem lugar particularmente nos seguintes casos: 1) se o texto, entendido no modo tão geral como está redigido, viria a contradizer outro texto de lei; 2) se a lei contém em si uma contradição íntima (é o chamado argumento *ad absurdum*); 3) se o princípio, aplicado sem restrições, ultrapassa o fim para que foi ordenado. [...]

A interpretação extensiva, despojando o conceito das particularidades e circunstâncias especializantes em que se encontra excepcionalmente encerrado, eleva-o a um princípio que abarca toda a generalidade das relações, dando-lhe um âmbito e uma compreensão que, perante a simples formulação terminológica, parecia insuspeitada.

Falso é, pois, o brocardo: *ubi lex voluit dixit, ubi noluit, tacuit*. As omissões no texto legal, com efeito, nem sempre significam exclusão deliberada, mas pode tratar-se de silêncio involuntário, por imprecisão de linguagem⁵. [...] E como a interpretação extensiva não é mais do que *reintegração* pensamento legislativo, aplica-se a todas as normas, sejam embora de caráter excepcional ou penal. O princípio do art. 4º das disposições preliminares, que veda a extensão das leis penais ou restritivas além dos casos expressos, refere-se à aplicação por analogia. Portanto, não é verdade que as exceções tenham de interpretar-se estritamente, mas, pelo contrário, que as exceções não se podem ampliar por analogia.

⁵ É feito um adendo necessário à lição do saudoso mestre italiano: caso houvesse qualquer adjetivo ao advérbio “nominalmente”, talvez pudesse ser discutível a tese mais liberal. Mas não é o caso. O silêncio da norma é eloquente e não é preciso qualquer interpretação extensiva para que o vocábulo *seja interpretado sem o acréscimo de qualquer outra exigência; o tipo perfaz-se com qualquer parte do nome vinculando o candidato beneficiado à entidade privada que realiza o programa social.*

Ferrara (2002, p. 44) ainda leciona que a proibição dos atos *in fraudem legis* baseia-se na interpretação extensiva. Se a fraude é observar a lei na forma e não em seu espírito, o fraudador, por meios indiretos, burla a proibição contida na essência do texto ou atinge resultado equivalente. Logo, conclui que *“racionalmente interpretada, a proibição deve negar eficácia também àqueles outros meios que em outra forma tendem a conseguir aquele efeito”*.

Destarte, há de afastar a interpretação restritiva desse texto, porque os §§ 10 e 11 do art. 73 da Lei nº 9.504/1997, entendidos à luz do *caput*, não são contraditórios com outros textos de lei nem intimamente (não resultam em qualquer absurdo, pois as sanções são próprias dos outros tipos do art. 73 da Lei nº 9.504/1997) e não ultrapassam a teleologia da norma, isso é, não geraram a isonomia real entre os candidatos. *Portanto, a aplicação demasiado restritiva não é a melhor ao preceito*. Observa-se que a correta exegese não é propriamente extensiva; basta a verificação da teleologia e da análise sistemática da norma do art. 73 da Lei nº 9.504/1997. Igualmente, *a proibição dos atos de fraude à lei (letra e espírito) deve ser observada, sob pena de se autorizar justamente aquilo que a norma colima vedar*.

É interessante notar que a interpretação extensiva e a restritiva são o *resultado* dos métodos hermenêuticos (para além da literalidade) para descobrir o sentido e o alcance da norma jurídica, valendo até para as leis penais.

Observe-se que, das lições apresentadas, não é válida a assertiva de que só a afirmação literal é suficiente para esclarecer o real alcance e sentido da norma. No caso do art. 73, § 11, *in fine*, da Lei nº 9.504/1997, para bem explicitar o real alcance da expressão “ou por esse mantida”, basta comparar a redação com normas das leis de ação popular e de improbidade administrativa para se ter certeza se a descrição típica da Lei das Eleições *não envolve porcentagem, meação ou parte ideal da entidade e não é preciso que o candidato seja o seu maior mantenedor*; subsiste, assim, *diante da vontade da lei em ser mais rigorosa para fins eleitorais e de improbidade administrativa, a válida tipificação*.

Vide, por exemplo, que o art. 1º da Lei nº 4.717/1965 prevê aplicação da ação popular a instituições ou fundações *“cuja criação ou custeio o tesouro público concorra com menos de cinquenta por cento*

do patrimônio ou da receita anual” (art. 1º, *caput* e § 2º); ademais, o art. 1º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 8.429/1992 (BRASIL. Presidência da República, 2012) tutela contra atos ímprobos da entidade para “cuja criação ou custeio o tesouro público concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual”. A comparação entre essas normas é válida, uma vez que são normas legais que tutelam o patrimônio público; o art. 73 da Lei nº 9.504/1997 também é norma explicativa da lei de improbidade administrativa⁶, o que leva à subsunção de seus proibitivos aos mesmos rigores.

A exegese mais rigorosa é embasada em adágios hermenêuticos clássicos. A *Nova Consolidação das Leis Civis*, de Carlos de Carvalho (1899 *apud* FRANÇA, 1999, p.27-28), no art. 62, elencava regras interpretativas para o direito positivo:

§ 1º – No texto da lei se entende não haver frase ou palavra inútil, supérflua ou sem efeito. [...]

§ 3º – Deve-se evitar a supersticiosa observância da lei que, olhando só a letra dela, destrói a sua intenção.

§ 4º – O que é conforme ao espírito e letra da lei se compreende na sua disposição.

§ 5º – Os textos da mesma lei devem-se entender uns pelos outros; as palavras antecedentes e subsequentes declaram o seu espírito.

§ 6º – Devem concordar os textos das leis, de modo a torná-los conforme e não contraditórios, não sendo admissível a contradição ou incompatibilidade neles. [...]

§ 12. As leis conformes no seu fim devem ter idêntica execução e não podem ser entendidas de modo a produzir decisões diferentes sobre o mesmo objeto.

§ 13. Quando a lei não fez distinção o intérprete não deve fazê-la, cumprindo entender geralmente toda a lei geral.[...]

§ 15. Violentas interpretações constituem fraude da lei.

⁶ Art. 73. [...] “§ 7º As condutas enumeradas no *caput* caracterizam, ainda, atos de improbidade administrativa, a que se refere o art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e sujeitam-se às disposições daquele diploma legal, em especial às cominações do art. 12, inciso III.”.

Com a promulgação do Código Civil, estas regras, que constituíam direito vigente, passaram para o campo doutrinário, mas, ainda assim, é inegável seu grande valor, tanto são prenhes de bom-senso e sabedoria.

É inestimável criticar a interpretação liberal por violar tantas regras de doutrina e bom senso, assim torna o § 11 do art. 73 da Lei nº 9.504/1997 inútil e de baixíssima aplicação social. Exigir, por exemplo, que a entidade tenha *nome completo do candidato beneficiado é o mesmo que somente punir os réus confessos, com amplas formalidades e com outras provas corroborativas [...] exigir que somente se punam os réus que sejam os principais mantenedores é aplicar exceção onde a lei não distinguiu, bem como prever lacuna onde não existe*, já que isso não é o que comumente ocorre.

Além disso, viola a letra e o espírito da norma do art. 73 da Lei nº 9.504/1997, que, pelo sentido tradicionalmente dado pela doutrina e por pretórios ao *caput* e a demais infrações, *permitia interpretar racional e sistematicamente o § 11 do referido artigo; isso lhe daria o real sentido e alcance*. A exegese dá privilégio indevido a candidatos que cometam tal infração, comparados com os que incidem nos incisos anteriores; é uma verdadeira *violência ao direito da sociedade de ver punidos os candidatos que usufruem de benesses indevidas, com suas entidades; por fim, é evidente distinção indevida do intérprete onde a lei evidentemente não o fez*.

Alguns dos adágios citados merecem comentários; sobre o adágio *“onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir”* (MAXIMILIANO, 1998, nota 300, p. 247):

300 – quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente; não tente distinguir entre as circunstâncias da questão e as outras; cumpra a norma tal qual é, sem acrescentar condições novas, nem dispensar nenhuma das expressas.

A lição resta violada, evidentemente, quando uma exegese é engendrada para criar requisitos não existentes para a incidência do tipo legal. A exegese liberal sobre o art. 73, §§ 10 e 11, da Lei nº 9.504/1997 tem essa irremediável mácula.

Sobre a máxima *“restrinja-se o odioso; amplie-se o favorável”* (MAXIMILIANO, 1998, nota 301, p. 247):

301 – A hermenêutica moderna olha com desconfiança e desdém para a distinção, um tanto artificial, entre disposições que asseguram vantagens ou proteção, e as cominadoras de incapacidade ou decadência de direitos. Objetivamente considerada, nenhuma norma é favorável, nenhuma é odiosa; porque todas constituem afirmações de direitos, ou coletivos, ou individuais. Não é fácil atender ao contraste: a lei intervém quando há conflito entre dois interesses antagônicos; logo o que for odioso para uma das partes, será favorável à outra. Pode até a restrição ter o escopo de proteger, amparar, defender, como a que reduz a capacidade dos menores e interditos: embora envolva coerção desagradável, cerceamento de arbítrio pessoal, tem objetivo útil ao constrangido, favorece-o, de fato.

Como todas as proibições do art. 73 da Lei das Eleições limitam o agir dos candidatos e administradores públicos, uma análise mais descuidada recomendaria sempre a interpretação restritiva. Contudo ela não prevalece sempre. O fato é que a tutela da *isonomia entre os pretendentes a cargo público* impõe ao exegeta o dever de *elucidar o real alcance da proibição*, que não veio para limitar pura e simplesmente direitos políticos, mas existe para proteger a coletividade do abuso de poder político, de autoridade e para a defesa da isonomia. Aplicar cegamente sempre a exegese restritiva pode ser campo fértil para a fraude da *voluntas legis*. Esse vício não deve prevalecer quando da interpretação do art. 73, §§ 10 e 11.

Sobre a regra *“prefira-se a inteligência dos textos que torne viável o seu objetivo, ao invés da que os reduza à inutilidade”* e a correlata *“devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia”*, leciona Carlos Maximiliano (1998, notas 304 e 307, p. 251-253):

304 – Exemplos da aplicação da regra acima enunciada: na dúvida, atribui-se, de preferência, à lei um sentido de que resulte a validade, ao invés de nulidade de ato jurídico ou de autoridade, eleições, organizações de sociedade, ou de qualquer ato processual. [...]

307 – [...] Pode uma palavra ter mais de um sentido e ser apurado o adaptável à espécie, por meio do exame do

contexto ou por outro processo; porém a verdade é que sempre se deve atribuir a cada uma a sua razão de ser, o seu papel, o seu significado, a sua contribuição para precisar o alcance da regra positiva. [...]

Bem-avisados, os norte-americanos formulam a regra de hermenêutica nestes termos: 'deve-se atribuir, *quando for possível, algum* efeito a toda palavra, cláusula, ou sentença'. *Não se presume* a existência de expressões supérfluas; em regra, supõe-se que leis e contratos são redigidos com atenção e esmero; de sorte que traduzam o objetivo dos seus autores. Ainda é possível, e não muito raro, suceder o contrário; e na dúvida entre a letra e o espírito, prevalece o último.

Quando aplicada sobre o estudo das normas contidas no art. 73, §§ 10 e 11, as máximas são justificáveis para que a aplicação dos comandos tenha a maior eficácia social possível. Em um contexto histórico no qual tem sido desvirtuado o papel do terceiro setor, quando em parcerias com o Poder Público, não deve o hermeneuta ignorar a realidade para castrar a aplicabilidade dos referidos preceitos. Ao revés, é dever do aplicador expor que a isonomia pode ser tutelada eficazmente contra o abuso do poder de autoridade, travestido em ação do particular, que é financiada, fomentada e ensejada pela autoridade interessada em favorecer partido, coligação ou candidato.

Sobre o adágio "*a impropriedade da denominação nenhum prejuízo acarreta*", o vocábulo "*nominalmente*" não precisaria estar adjetivado (MAXIMILIANO, 1998, nota 313-A, p. 259):

A denominação falsa, imperfeita, ou errada, de objeto, ato ou fato, não influi no valor e aplicabilidade do preceito, cláusula ou conjunto de disposições; a realidade prima sobre as palavras: se ao legado chamam herança, ao legatário – herdeiro, à cessão ou concessão – doação, ou vice-versa; prevalece, neste particular, o ato jurídico respectivo; o juiz corrige o engano, dá eficiência ao que foi efetivamente resolvido e, em termos impróprios, designado.

Isso significa que a ausência de qualquer adjetivação ao vocábulo "*nominalmente*" é silêncio eloquente do legislador. Caso fosse de sua intenção não vedar prenomes, epítetos notórios ou nomes incompletos de candidatos, haveria referência no advérbio escolhido. Mas nada há na redação vigente.

Para versar e regular fatos comumente ocorrentes em campanhas eleitorais (vinculação nominal a candidatos, *ainda que sem nome completo*), adveio o § 11 com a Lei nº 12.034/2009, para ser acrescido ao art. 73 da Lei nº 9.504/1997 e incrementar a sanção e eficácia do § 10 (antes acrescido pela Lei nº 11.300/2006); tudo em consonância com a máxima a seguir (MAXIMILIANO, 1998, nota 313-E, p. 259-260):

313- E – *'os legisladores não têm em vista aquilo que só acontece raramente'*.

Presume-se que a lei, disposição, frase ou cláusula se refere *'ao que é vulgar, ao que mais comumente acontece'* [...] não a casos raros, excepcionais. [...]

Provado um fato comum, não pode o julgador deixar de decidir de acordo com ele pela circunstância de às vezes verificar-se outro, oriundo de causa diversa ou tendente a produzir efeito diferente. Só é lícito inclinar-se pela exceção quando evidenciado que se deu esta, e não o comum, o geral *'o que mais vulgarmente resulta ou acontece'* [...]

Ora, se o contexto histórico não apresentasse as violações ao princípio da legalidade, trazidas com os novos institutos criados a partir das emendas constitucionais nºs 19 e 20, com *prejuízo ao justo e isonômico processo eleitoral*, sequer as organizações sociais e demais entidades de apoio mereceriam a atenção do legislador. Como foi criada a restrição, ela deve ser interpretada adequadamente, para que a Justiça Eleitoral atente para a realidade e implemente as modificações desejadas pela lei federal.

Há de se destacar, dentre todas as lições, a aplicabilidade da máxima *"restringa-se o odioso; amplie-se o favorável"*. O debate merece aprofundamento, já que é um dos cruciais argumentos da *corrente liberal*. A interpretação dita *restritiva* não deve afrontar a *mens legis*.

Ademais, as regras *"prefira-se a inteligência dos textos que torne viável o seu objetivo, ao invés da que os reduza à inutilidade"* e *"devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia"* também prestigiam *não apenas a literalidade, mas o real sentido e alcance da norma jurídica*, galgado por meio dos métodos de hermenêutica (em especial lógico racional e sistemático). Por fim, a realidade prima sobre as palavras. Houve *silêncio eloquente do legislador*, quando o advérbio

"nominalmente" foi trazido sem quaisquer adjetivos, portanto, o *intérprete não deve distinguir novamente, pois a lei não o fez*. Não lhe cabe, assim, acrescentar requisitos não previstos na lei. Deve, o hermenauta dar-lhe o sentido usual e *consoante o que mais frequentemente acontece*, sob pena de frustrar os objetivos *moralizadores* da nova Lei nº 12.034/2009.

Em outra passagem, complementa-se o escólio com regras doutrinárias de Limongi França (1999, p. 30)⁷:

I – O ponto de partida da interpretação será sempre a exegese pura e simples da lei.

II – Num segundo momento, de posse do resultado dessa indagação, o intérprete deverá reconstruir o pensamento do legislador, servindo-se dos elementos lógico, histórico e sistemático.

III – Num terceiro momento, cumprir-lhe-á aquinhoar a coincidência entre a expressão da lei e a descoberta auferida, da intenção do legislador.

IV- Verificada a coincidência, estará concluído o trabalho interpretativo, passando-se desde logo à aplicação da lei.

V – Averiguada, porém, desconexão entre a letra da lei e a *mens legislatoris* devidamente comprovada, o intérprete aplicará esta e não aquela. [...]

É possível notar que a corrente liberal usa da exegese não como *ponto de partida*, mas como *modo de distorção da mens legis, veiculada pela Lei nº 12.034/2009*. Abdicou-se, assim, dos elementos lógico e sistemático; ignorou-se a vontade da lei; a desconexão de dita interpretação entre a letra da lei e o seu espírito *não foi objeto de devida correção hermenêutica, ao revés, ceifou a eficácia social do instituto*.

Nesse contexto, a historicidade da Lei nº 12.034/2009 veio quando o Direito Eleitoral compreendeu que *condutas vedadas passaram a ser praticadas não mais diretamente com uso de servidores e bens estatais, mas com empresas privadas financiadas pelo Erário para a realização*

⁷ Note-se que são adotadas tais lições, com apenas a ressalva de que é a *mens legis* e não a *mens legislatoris* o fim correto, leal e honesto visado pelo intérprete.

de programas sociais. Não é possível ao intérprete ignorar o momento histórico em que os direitos são criados (ALTAVILA, 1989, p. 11-12):

Os direitos sempre foram espelhos das épocas.

O Tigre e o Eufrates refletiram menos o povo mesopotâmico do que o baixo – relevo descoberto por Morgan, representando Shamash, o deus da justiça, entregando ao rei faustoso o código cuneiforme.[...]

Desta forma, a força acessual dos direitos nunca procedeu do individualismo, pois o homem sempre foi um fio do tecido social, ou uma lasca da linha de cumieira das civilizações. Os artífices dos direitos dos povos não fizeram outra coisa senão olhar argutamente a sua sociedade e pintá-la. Os retratos jurídicos apenas revelam os seus estilos, porém as fisionomias estampadas nos pergaminhos, nos tijolos, nas pedras e nas tábuas, eram as mesmas do seu ambiente.

4 Direito comparado: sobre a exegese restritiva em normas fiscais e penais

Para exemplificar a força de todos os argumentos científicos ora descritos, há de se ver o que está regulado nos direitos Tributário e Penal, que são evidentes continentes de regras punitivas e restritivas de direitos.

No Direito Tributário, com a exegese da regra do art. 111 do Código Tributário Nacional (CTN)⁸, defende-se a aplicação lógica em norma excepcional relativa a benesses fiscais (MACHADO, 2002, p. 103):

Interpretação literal significa interpretação segundo o significado gramatical, ou, melhor, etimológico, das palavras que integram o texto. Quer o Código que se atribua prevalência ao elemento gramatical das leis pertinentes à matéria tratada no art.111, que é matéria excepcional. [...]

O Direito excepcional deve ser interpretado literalmente, e este princípio de hermenêutica jurídica justifica a regra do art. 111 do CTN, impondo a interpretação literal. [...]

⁸ Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I – suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II – outorga de isenção;

III – dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

Ocorre que o elemento literal, como por nós já várias vezes afirmado, é absolutamente ineficiente. Assim, a regra do art. 111 do Código Tributário Nacional há de ser entendida no sentido de que as normas reguladoras das matérias ali mencionadas não comportam interpretação ampliativa nem integração por equidade. Sendo possível mais de uma interpretação, todas razoáveis, ajustadas aos elementos sistemático e teleológico, deve prevalecer aquela que mais se aproximar do elemento literal.

Machado (2003, p. 104) prossegue valorizando o elemento sistemático, como o principal na interpretação, e o teleológico, valioso para determinar o sentido e o alcance de normas jurídicas. Afirma, de outra forma, que se equivoca quem compreende a interpretação *literal* como *restritiva*, porquanto interpretar literalmente não é restringir nem ampliar, mas dizer o “exato alcance que a expressão literal da norma permite. Nem mais, nem menos”.

Isso porque a interpretação dita *restritiva* burla o significado gramatical do vocábulo “nominalmente” e ignora os elementos sistemático e teleológico dos §§ 10 e 11 do art. 73 da Lei nº 9.504/1997.

E há mais, ainda em normas excepcionais de Direito Fiscal, desta feita punitivas, extirpam-se falsos argumentos hermenêuticos, com a análise da regra do art. 112 do CTN⁹ e do adágio *in dubio pro reo* (MACHADO, 2002, p. 104): “*Em caso de dúvida, portanto, em matéria de infrações e de penalidades, a regra é a da interpretação benigna. Prevalece o princípio originário do Direito Penal de que, na dúvida, se deve interpretar a favor do réu. Mas o intérprete não pode alterar o sentido da lei. [...]*”

Ora, não houve dúvida fundada em nenhum aspecto dos §§ 10 e 11 do art. 73 da Lei nº 9.504/1997. A dúvida foi criada pela interpretação isolada, meramente gramatical. As lacunas apontadas na exegese liberal não existem, porque, sem os elementos sistemático e teleológico, foi

⁹ Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I – à capitulação legal do fato;

II – à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III – à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV – à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

encontrado significado manifestamente excludente de qualquer eficácia social para o vocábulo “nominalmente” e para a expressão “ou por esse mantida”.

O Direito Penal confirma essas lições de hermenêutica. A aplicação do mesmo adágio pode conter tanto a interpretação *restritiva* quanto a *extensiva* em matéria penal (JESUS, 1997, p. 40-41):

A rigor, ensina José Frederico Marques, toda a interpretação é declarativa. Se gramaticalmente o texto ora se estende ou se restringe em virtude da interpretação sistemática guiada pela teleologia da norma – do ponto de vista jurídico há sempre a delimitação exata dos imperativos cristalizados nas proposições formuladas pelo legislador. Daí ter dito Vicente Ráo o seguinte: o intérprete não altera o preceito para ampliá-lo, ou restringi-lo, além ou aquém de seu conteúdo real; apenas amplia ou restringe o seu significado aparente, que se revela insuficiente ou excessivo e relação ao pensamento fiel da disposição. Se é permitida a interpretação extensiva, constitui um erro a adoção da regra geral segundo a qual as normas penais incriminadoras devem ser interpretadas restritivamente, enquanto as permissivas se interpretam extensivamente: *favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda*. [...]

Damáσιο de Jesus (ob. cit., p. 41) noticiava que o sentido processual do adágio *in dubio pro reo* é verdadeiro apenas no campo da apreciação das provas. Mas não seriam os adágios “*normas gerais interpretativas*”, que servem para dissipar dúvida sobre a “real vontade da norma após o uso dos meios interpretativos”. Logo, leciona que se aplica restritivamente o adágio *in dubio pro reo* em matéria de interpretação (ob. cit., p. 42):

Mas, para isso, é de indeclinável necessidade a pesquisa prévia do juiz ou intérprete. Quando – preleciona Alípio Silveira – no caso concreto, abre-se a possibilidade de várias interpretações, deve seguir-se a que melhor se conforme à vontade da lei e ao sistema do CP, seja ou não a mais favorável ao réu. Somente quando, a despeito do esforço do intérprete, não aparece nítida a vontade da lei, é que se deverá aplicar o brocardo.

Das lições expostas, há de ser dito que o intérprete não pode “criar” uma interpretação restritiva na qual não cabe; em outras palavras, o benefício da dúvida só é aplicável em instruções processuais penais no

momento de decidir a demanda e, em caso de interpretação de norma jurídica substantiva, *se esgotados os recursos da hermenêutica, mormente os métodos sistemático e teleológico, na descoberta do sentido e alcance da regra. Todas essas lições, aplicáveis às normas restritivas de direito e punitivas dos direitos Tributário e Penal são válidas plenamente para as congêneres do Direito Eleitoral.*

O próprio TSE aplica tal entendimento, mesmo em normas restritivas de direito, *quando o sentido e alcance da norma são respeitados e prestigiados; isso ocorreu na decisão do RO n° 60.283, que versava sobre o sentido e alcance da alínea h¹⁰. Do voto do então presidente do TSE, Ricardo Lewandowski¹¹, extrai-se que o importante é que a inelegibilidade tenha por base uma decisão colegiada, seja da Justiça Comum ou da Justiça Eleitoral e “não se trata de uma interpretação extensiva de norma privativa de direitos”.*

Por todo o exposto, a despeito de as normas do art. 73 serem punitivas e representarem restrições de direitos, a interpretação mais severa é a correta, pois representa a real *mens legis*, aplicados os métodos hermenêuticos além da mera interpretação literal, sem aplicar indevidamente a interpretação restritiva nem falsear o real sentido e alcance dos comandos da Lei n° 9.504/1997.

5 Conclusão

É imperioso reconhecer que a Lei n° 9.504/1997, desde as reformas de 2006 e 2009, é plenamente capaz de tutelar a *probidade administrativa*

¹⁰ Art. 1º, I, [...] “h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes (LCP n° 64/1990, redação dada pela Lei Complementar n° 135, de 2010)”.

¹¹ O Tribunal, por unanimidade, não conheceu dos recursos do PSDB estadual e outros e, por maioria, proveu o recurso do Ministério Público Eleitoral, nos termos do voto do relator. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Marcelo Ribeiro. Votaram com o relator os Ministros Hamilton Carvalhido, Arnaldo Versiani, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski (presidente). Acórdão publicado em sessão. Composição: Ministros Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Marco Aurélio, Aldir Passarinho Junior, Hamilton Carvalhido, Marcelo Ribeiro e Arnaldo Versiani. *Decisão em 16.11.2010. Acórdão publicado em sessão (art. 8º da Resolução-TSE n° 23.172/2009).*

e a *moralidade para o exercício do mandato*, principalmente na vertente da *normalidade das eleições e repressão do abuso do poder econômico e do poder de autoridade*. Os instrumentos hermenêuticos, devidamente manejados, elucidam o real sentido e alcance dos §§ 10 e 11 do art. 73 da Lei das Eleições e são poderosos mecanismos dissuasórios de práticas eleitorais tão antigas quanto famigeradas. A lesividade de tais condutas, com o uso de entidades assistencialistas fomentadas com bens e valores públicos, é elevada. A isonomia entre os pretendentes aos cargos eletivos é afetada decisivamente, pois os carentes são atendidos em necessidades básicas e não apresentam o espírito crítico necessário para não terem o voto influenciado por tais práticas abusivas. Os programas sociais, deveres do Estado e direito de todos, nos termos do art. 6º da Constituição Federal, devem ser administrados consoante interesse público primário e não para atender a interesses escusos e politiqueiros.

Referências

ALTAVILA, Jayme de. *Origem do direito dos povos*. São Paulo: Ícone, 1989.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 fev. 2012.

BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 10 fev. 2012.

_____. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 10 fev. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/legislacao/pesquisa-a-legislacao-eleitoral>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

_____. *Lei nº 11.300, de 10 de maio de 2006*. Dispõe sobre propaganda, financiamento e prestação de contas das despesas com campanhas eleitorais,

alterando a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/legislacao/pesquisa-a-legislacao-eleitoral>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

_____. *Lei nº 12.034, de 30 de setembro de 2009*. Altera as leis nºs 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos), 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral). Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/legislacao/pesquisa-a-legislacao-eleitoral>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

_____. *Recurso Ordinário nº 60283/UF*. Decisão em 16.11.2010. Acórdão publicado em sessão. Recorrentes o Ministério Público Eleitoral e outros. Recorrido Marcelo de Carvalho Miranda. Relator: Ministro Aldir Guimarães Passarinho Junior. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/servicos-judiciais/acompanhamento-processual-push>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FERRARA, Francesco. *Como aplicar e interpretar as leis*. Tradução de Joaquim Campos de Miranda. Belo Horizonte, MG: Líder, 2002.

FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal: parte geral*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 18. ed. Rio: Forense, 1998.



Esta obra foi composta na fonte Frutiger LT Std 55 Roman,
corpo 11, entrelinhas de 14,5 pontos, em papel AP 75 g/m² (miolo)
e papel AP 240 g/m² (capa).