

ESTUDOS ELEITORAIS

VOLUME 14 – NÚMERO 2
MAIO/AGOSTO 2020

BRASÍLIA
TSE
2020



ESTUDOS ELEITORAIS

VOLUME 14 – NÚMERO 2
MAIO/AGOSTO 2020

BRASÍLIA
TSE
2020



© 2020 Tribunal Superior Eleitoral

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

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

Secretária-Geral da Presidência

Aline Rezende Peres Osorio

Diretor-Geral da Secretaria do Tribunal

Rui Moreira de Oliveira

Diretor da EJE

Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto

Unidade responsável pelo conteúdo

Escola Judiciária Eleitoral do TSE (EJE/TSE)

Secretário de Gestão da Informação

Cleber Schumann

Coordenador de Editoração e Publicações

Washington Luiz de Oliveira

Capa, projeto gráfico e diagramação

Verônica Estácio

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

Revisão

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

Revisão

Edileide Viana, Gabriela Santos, Harrison da Rocha, Manuela Costa, Marina Ribeiro, Paula Lins e Sérgio Félix
Seção de Preparação e Revisão de Conteúdos (Seprev/Cedip/SGI)

Impressão e acabamento

Seção de Serviços Gráficos (Segraf/Cedip/SGI)

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

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

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

Quadrimestral.

Interrompida: maio de 1998 a dez. 2005; set. 2006 a dez. 2007; maio de 2008 a dez. 2008; 2019.

Editor: Tribunal Superior Eleitoral: 2008-

Unidade responsável pelo conteúdo: Escola Judiciária Eleitoral do TSE, 2008-

Número especial: Vol. 4 (2009).

Edição especial: Vol. 14, n. 1 (jan./abr. 2020).

Disponível, também, na Internet (2009-):

<<https://www.tse.jus.br/o-tse/catalogo-de-publicacoes/lista-do-catalogo-de-publicacoes>>

ISSN 1414-5146

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

CDD 342.810 705
CDU 342.8(81)(05)

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Presidente

Ministro Luís Roberto Barroso

Vice-Presidente

Ministro Edson Fachin

Ministros

Ministro Alexandre de Moraes

Ministro Luís Felipe Salomão

Ministro Mauro Campbell Marques

Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto

Ministro Sérgio Banhos

Procurador-Geral Eleitoral

Augusto Aras

Conselho Editorial

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

Conselho Honorífico

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

Composição da EJE

Diretor

Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto

Vice-Diretora

Caroline Maria Vieira Lacerda

Assessora-Chefe

Renata Dallposso de Azevedo

Servidores

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

Colaboradores

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

Estagiário

Pedro Henrique Elias Guimarães

Sumário

Apresentação _____	8
18 anos da Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral _____	11
Uma breve história do Codeje e o relevante papel das Escolas Judiciárias Eleitorais na construção da cidadania brasileira WALDIR SEBASTIÃO DE NUEVO CAMPOS JUNIOR _____	16
Anteprojeto do Código Eleitoral CÂNDIDO MOTTA FILHO _____	23
Discurso de posse na Presidência do Tribunal Superior Eleitoral MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO _____	31
Estudos Eleitorais	
A autorização dos impulsionadores de conteúdo como propaganda eleitoral: uma violação ao princípio da igualdade de oportunidades nas campanhas eleitorais BRUNO FERREIRA DE OLIVEIRA _____	39
As contribuições da Análise de Discurso Crítica como recursos para ser e agir consciente na prática sociopolítica do Brasil F. CORDELIA OLIVEIRA DA SILVA RODRIGO DOS SANTOS CAMILO _____	55
Crimes Eleitorais e o Direito Penal do equilíbrio AMAURY SILVA GISELLE MORAIS ROCHA _____	79
Competência especial por prerrogativa de foro no processo penal eleitoral e a QO-AP nº 937 EDMILSON RUFINO DE LIMA JUNIOR'S _____	100
O abuso do poder religioso e a evolução do enfrentamento do tema na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral EILZON TEOTÔNIO ALMEIDA _____	123

Ações afirmativas: avanços civilizatórios e o papel da Justiça Eleitoral brasileira na consolidação dos valores democráticos e do sobreprincípio da dignidade da pessoa humana

INGRID NEVES REALE

LÍLIA MARIA DA CUNHA FERNANDES _____ 137

É possível ensinar a votar? Prelúdios sobre um modelo pedagógico do voto

VINÍCIUS QUINTINO

OTÁVIO LUBE DOS SANTOS _____ 157

Estudos Eleitorais na História

A Justiça Eleitoral e o processo de redemocratização

PEDRO GORDILHO _____ 173

Estudos Eleitorais no Mundo

Los contenidos mínimos del constitucionalismo clásico, un recorrido por el artículo 14 de la constitucion nacional

CARLOS D. LUQUE _____ 194

Apresentação

Dedicada à celebração dos 18 anos da Escola Judiciária Eleitoral (EJE) do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), esta edição histórica da revista *Estudos Eleitorais* é publicada em momento peculiar da nossa história, em que a população mundial enfrenta uma pandemia de proporções inéditas, com grandes impactos sociais, econômicos e políticos. Iniciamos, portanto, prestando nossa solidariedade a todos aqueles que estão sofrendo as consequências da Covid-19.

Diante da necessidade de distanciamento social imposta pela pandemia, a EJE/TSE tem buscado alternativas para manter a regularidade das ações de capacitação e educação para a cidadania. Igualmente, com os ajustes necessários, temos mantido a publicação da revista, contribuindo assim para a continuidade do debate acadêmico e democrático.

Este novo número tem uma configuração plural, abrangendo temáticas e reflexões bastante diversas em torno do debate político, considerando, em especial, o contexto de realização das eleições municipais de 2020. Além das já tradicionais seções que compõem a revista, contempla também variados textos em referência ao papel da EJE/TSE como agente de formação e de aprimoramento das práticas eleitorais ao longo desses 18 anos de existência. Assim, convidamos o leitor a imergir nas discussões sobre democracia – desafios e perspectivas – e a conhecer um pouco da história da nossa Escola.

Abre esta edição o texto *18 Anos da Escola Judiciária Eleitoral*, no qual são apresentados os avanços e as conquistas que permeiam a história da EJE desde sua fundação, em 2002.

Em seguida, o Desembargador Waldir Sebastião de Nuevo Campos Junior traz *Uma Breve História do Codeje e o Relevante Papel das Escolas Judiciárias Eleitorais na Construção da Cidadania Brasileira*.

Comemorando os 55 anos de sua entrada em vigor, apresenta-se também o *Anteprojeto do Código Eleitoral: Exposição de Motivos*, assinado por Cândido Motta Filho, Presidente do TSE entre 1963 e 1965.

Tem-se ainda o *Discurso de Posse do Presidente do Tribunal Superior Eleitoral*, feito em 2020, no qual o Ministro Luís Roberto Barroso delinea os objetivos centrais de sua gestão: ampliar a campanha pelo voto consciente; atrair jovens para a política e promover o empoderamento feminino.

Iniciando a seção *Artigos*, Bruno Ferreira de Oliveira faz uma reflexão sobre o controle da propaganda eleitoral e a relação com a isonomia entre os candidatos, propondo a revisão do dispositivo que altera a Lei das Eleições, no texto intitulado *A Autorização dos Impulsionadores de Conteúdo como Propaganda Eleitoral: Uma Violação ao Princípio da Igualdade de Oportunidades nas Campanhas Eleitorais*.

Em seguida, F. Cordelia Oliveira da Silva e Rodrigo dos Santos Camilo trazem a perspectiva da Análise de Discurso Crítica para evidenciar estratégias dos agentes políticos na construção de sua representação social em relação aos principais temas que compõem a vida do cidadão, no belo artigo *As Contribuições da Análise de Discurso Crítica como Recursos para Ser e Agir Consciente na Prática Sociopolítica do Brasil*.

No artigo *Crimes Eleitorais e o Direito Penal do Equilíbrio*, os autores Giselle Moraes Rocha e Amaury Silva defendem a atualização, revisão ou consolidação da legislação penal eleitoral brasileira diante de sua irrestrita obediência aos parâmetros de garantia da Constituição Federal de 1988.

Por sua vez, Edmilson Rufino de Lima Junior discute a decisão do STF sobre o foro de prerrogativa de função relativo aos parlamentares federais em *Competência Especial por Prerrogativa de Foro no Processo Penal Eleitoral e a QO-AP nº 937*.

No intitulado *O abuso do Poder Religioso e a Evolução do Enfrentamento do Tema na Jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral*, Eilson Teotônio Almeida realiza uma análise dos acórdãos do TSE até então existentes sobre a matéria, em conjunto com a legislação em vigor.

Do mesmo modo, Ingrid Neves Reale e Lília Maria da Cunha Fernandes esmiúçam os avanços verificados na legislação e na jurisprudência do TSE e do STF para delinear um panorama das conquistas no campo da cidadania em *Ações Afirmativas: Avanços Civilizatórios e o Papel da Justiça Eleitoral Brasileira na Consolidação dos Valores Democráticos e do Sobreprincípio da Dignidade da Pessoa Humana*.

Encerrando a seção *Artigos*, Vinícius Quintino e Otávio Lube dos Santos propõem uma nova forma de enxergar o problema da educação para cidadania em *É Possível Ensinar a Votar? Prelúdios Sobre um Modelo Pedagógico do Voto*.

A seção **Estudos Eleitorais na História** contempla a conferência *A Justiça Eleitoral e o Processo de Redemocratização*, proferida pelo ministro do

Tribunal Superior Eleitoral (1975-1982) Pedro Gordilho durante o I Congresso de Advogados do Estado da Bahia, a convite da Ordem dos Advogados do Brasil, em 28 de outubro de 1982.

Já a seção **Estudos Eleitorais no Mundo** apresenta *Los Contenidos Mínimos del Constitucionalismo Clásico, un Recorrido por el Artículo 14 de la Constitución Nacional*, de Carlos D. Luque, Professor da Universidade Nacional do Nordeste, que analisa, sobretudo, os direitos civis compreendidos na Constituição Nacional Argentina.

Esta edição da revista *Estudos Eleitorais*, ao retomar a trajetória dos 18 anos da EJE/TSE e ao discutir temáticas da atualidade político-eleitoral, coloca passado e presente em perspectiva como forma de iluminar futuros possíveis. Uma oportunidade de reflexão e aprendizado, em que a pesquisa e a produção científica em matéria eleitoral são instrumentos para avançarmos em projetos de aperfeiçoamento da nossa democracia. À equipe editorial e a todos os autores e todas as autoras, nosso agradecimento por esta publicação.

Com votos de saúde a todos, desejamos uma boa e proveitosa leitura.

Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto

Diretor da EJE/TSE

18 anos da Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral

No dia 13 de agosto de 2020, a Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral (EJE/TSE) alcança a sua maioridade. Para celebrar essa data, falaremos das conquistas e avanços que permeiam a história da escola. São 18 anos desde que o sonho do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira tornou-se real. Como precursor das escolas judiciais e de magistratura no Brasil, viu nascer, a partir de um projeto seu, na condição de corregedor-geral da Justiça Eleitoral, a instituição educacional que supriria a escassez de material doutrinário observável no Direito Eleitoral, advinda, por vezes, das constantes modificações da legislação eleitoral e das composições dos tribunais, dada as peculiaridades desse ramo do Direito e do Poder Judiciário. Assim, a escola surge com missão centrada na formação e especialização em Direito Eleitoral. O fato de a EJE/TSE ter sido concebida para promover a formação de todos aqueles juristas que militam na seara desse Direito Especializado, e não só dos magistrados, é a razão pela qual consta do nome das escolas eleitorais o termo “judiciária” e não “judicial”.

Em seus 18 anos, a escola teve 15 diretores, entre ministros da Corte Superior Eleitoral e professores de renomado saber jurídico. A partir da organização e estrutura da EJE/TSE, os 27 Tribunais Regionais Eleitorais (TREs) criaram, de 2002 a 2010, escolas judiciárias eleitorais próprias. Nas veredas trilhadas pela escola, o Sistema EJE, que é formado pela EJE/TSE e pelas EJEs regionais, foi, sem dúvida, uma dessas grandes conquistas, uma vez que esse complexo institucional tem por objetivo realizar atividades de pesquisa, formação profissional, publicação e divulgação de trabalhos relacionados ao Direito Eleitoral, com vistas ao fortalecimento da democracia brasileira e da educação para a cidadania.

Cada EJE regional tem autonomia e independência para atuar no seu estado, conforme as necessidades, condições e peculiaridades locais. A partir disso, a EJE/TSE tem por função sincronizar suas ações com os trabalhos desenvolvidos pelos TREs de todo o Brasil, de forma que haja coesão e uniformidade nas ações institucionais e educacionais das escolas. Além disso, a conscientização política dos cidadãos acontece por meio de diversos projetos e na trajetória da escola. Projetos e programas das EJEs regionais podem ser conhecidos por meio da página eletrônica das respectivas escolas. Em relação à atuação da EJE/TSE, considera-se a estrita ligação dos projetos ao corpo diretivo escolhido

pela Presidência do TSE. Assim, a cada gestão, têm-se as metas e diretrizes traçadas a partir das demandas que pede a conjuntura nacional.

A *capacitação*, a *cidadania* e o *aperfeiçoamento das práticas eleitorais* compõem os três eixos de atuação nos quais se baseiam o trabalho da escola. Estão, assim, distribuídos:

- capacitação – compreende a atualização e o aperfeiçoamento, em Direito Eleitoral, de magistrados, membros do Ministério Público Eleitoral (MPE), advogados e servidores da Justiça Eleitoral;
- cidadania – consiste no desenvolvimento de projetos e ações com vistas à promoção da educação para a cidadania política; e
- aperfeiçoamento das práticas eleitorais – abarca o estímulo ao estudo, à discussão, à pesquisa e à produção científica em matéria eleitoral.

Desde 26 de maio de 2020, a EJE/TSE encontra-se sob a direção do Ministro do TSE Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, no cargo pela segunda vez, e a vice-direção do Juiz Titular do TRE/MS Daniel Castro Gomes da Costa. Atualmente, a escola é regida pela Resolução-TSE nº 23.620, de 10 de junho de 2020, que reformulou sua estrutura e competências, reforçando sua vocação como propulsora de conhecimento sobre Direito Eleitoral e como promotora de valores cívicos. A referida resolução vincula a escola diretamente à Presidência do TSE.

Para esta gestão, foi elaborado um plano diretor com alicerces norteadores para o período de 2020 a 2022, com o objetivo de transformar a EJE/TSE em um centro de excelência em pesquisa do Direito Eleitoral e Político nos âmbitos nacional e internacional, por meio de acordos de cooperação técnica com instituições congêneres e universidades nacionais e estrangeiras, proporcionando às EJEs regionais e à sociedade um espaço fecundo para o debate das mais importantes temáticas relacionadas ao processo eleitoral.

Importa-nos lembrar que, em função da calamidade pública de natureza sanitária, advinda da emergência da pandemia de covid-19, foi preciso considerar, no planejamento desta gestão, contexto extraordinário em decorrência do isolamento social – que limitou ações educacionais presenciais, em razão dos impactos sociais, sanitários e econômicos, inclusive nas Eleições 2020.

Desse modo, o pensar no desenvolvimento dos projetos e programas teve de passar por uma ressignificação para além da preocupação já existente no

desdobramento dos trabalhos da escola, a fim de compreender o cenário e minimizar os problemas advindos da pandemia. Assim, o desafio do contexto atual nos reclama novos modelos de educação corporativa. Com isso, desde março do corrente ano, experiências vão se acumulando por meio desse repaginar, dada a quantidade de projetos que fluíram por meio das escolas regionais para alcançar os objetivos pretendidos em processo eleitoral. O estar juntos nessa experiência de construção desses projetos nos dá, muitas vezes, o chão para caminharmos, contando e reconstruindo a história da escola como uma jornada de sucesso.

Ao longo da trajetória da EJE/TSE, muitos foram os projetos que se destacaram. Entre eles, podemos citar o Eleitor do Futuro, que teve início com o nascimento da escola, idealizado também pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. O programa é uma estratégia de conscientização política concebida com o intuito de estimular a participação dos jovens e futuros eleitores no processo eleitoral. A partir desse impulso inicial, alguns TRES iniciaram os trabalhos para a implementação do programa em seus estados. É relevante dizer que o programa foi o primeiro empreendimento público de conscientização política da EJE/TSE, evoluindo junto com a Justiça Eleitoral.

Hoje, ele faz parte do calendário das EJE regionais: cada TRE pode eleger a forma de trabalhar, a faixa etária que deseja atingir e a atividade que julgue mais adequada à realidade do estado. Em função da diversidade cultural e da pluralidade que marcam o país, as ações atendem à perspectiva da realidade de cada estado. A riqueza temática que envolve o programa permitiu o desdobramento em várias ações e atividades, como pode ser visto nas escolas regionais. Uma primeira cartilha do projeto Eleitor do Futuro foi lançada em 2003. Em 2020, a EJE/TSE entregou três cartilhas interativas com os temas *Eleição, Voto e Desinformação*, em duas versões, uma para o aluno, outra para o professor.

Outro importante projeto que fez parte da trajetória da escola foi o Jogo do Eleitor, produzido e lançado pela EJE/TSE em 2009. Trata-se de uma ferramenta lúdica, voltada para crianças entre 10 e 12 anos, cujo objetivo é auxiliar no aprendizado sobre o processo eleitoral brasileiro, a cidadania e a democracia, além de despertar o interesse pela política e pela escolha consciente dos representantes. Pode ser jogado, simultaneamente, por até seis participantes. O jogo abrange diversos temas atinentes às eleições, relacionando-os com situações cotidianas no universo das crianças, e assim aprende-se valores

cívicos brincando. A versão inicial foi lançada como jogo de tabuleiro e, em 2010, foi lançada também a versão eletrônica.

Em 2011, a EJE/TSE promoveu o 1º Concurso de Monografias do TSE, com o tema “Direito Eleitoral e os Desafios de sua Concretização”. O objetivo do concurso foi estimular pesquisas relacionadas ao Direito Eleitoral e reflexões acerca da aplicação desse ramo do conhecimento e sobre a concretização da democracia no Brasil. O Concurso Nacional de Monografias será retomado e faz parte do plano diretor da atual gestão.

Cabe-nos destacar, ainda, entre tantos projetos consolidados e em andamento, a revista *Estudos Eleitorais*, idealizada pelo TSE como forma de proporcionar uma segura fonte de subsídios doutrinários, ancorada em sólido arcabouço teórico, para os estudiosos do Direito Eleitoral. O primeiro volume do periódico foi publicado em 1997. Na época, a edição da revista ficou a cargo do professor Walter Ramos Costa Porto, então ministro da classe dos juristas. Sua publicação foi interrompida em maio de 1998 e reiniciada em dezembro de 2005, sendo convidado novamente o professor Walter Ramos Costa Porto para cuidar da edição do periódico. Nova interrupção se deu no período de setembro de 2006 a dezembro de 2007.

Desde 2010, quando o professor André Ramos Tavares assumiu a direção da EJE/TSE, conjuntamente à assunção da responsabilidade pela edição do projeto por parte da escola em 2008, tem-se publicado regularmente a revista. Com isso, cumpre-se importante papel no desenvolvimento dos estudos eleitorais, bem como na divulgação de matéria eleitoral a todos que por ela se interessem. A EJE/TSE conta, ainda, com um informativo semanal intitulado “Acontece nas EJE”, editado desde 2017, que compila e divulga notícias enviadas pelas EJE regionais, promovendo, assim, a circulação de informações e o intercâmbio de experiências no Sistema EJE.

Outro projeto que tem se destacado e vem ganhando mais espaço desde o seu surgimento, ainda como Boletim Informativo da EJE (Bieje), é o Programa Momento Eleitoral. O referido programa é um produto semanal, desenvolvido em parceria da EJE com a Assessoria de Comunicação do TSE (Ascom/TSE), veiculado nas redes sociais, que visa contribuir com a promoção da cidadania. Com formato dinâmico, o programa alçou à grade regular da TV Justiça, sendo apresentado todas as semanas, sempre antes da sessão plenária do TSE, às terças-feiras, e repetido inúmeras vezes na programação televisiva da emissora, como interprograma. O Momento Eleitoral é compartilhado para 507 concessionárias de TV e 1.500 emissoras de rádio no Brasil.

Conclui-se que a trajetória da EJE/TSE ao longo desses 18 anos revela a maturidade, o compromisso e a potencialidade com que a escola desenvolve seus projetos e programas com vistas ao aprimoramento das práticas eleitorais, o que também se evidencia por meio de suas ações voltadas à capacitação e ao treinamento, mediante cursos e eventos, de servidores, magistrados e demais agentes do sistema de Justiça, e à divulgação da legislação, doutrina e jurisprudência de interesse do Direito Eleitoral, Partidário e Político para todos aqueles interessados em diálogos sobre democracia, justiça e cidadania.

**UMA BREVE HISTÓRIA DO CODEJE E O RELEVANTE
PAPEL DAS ESCOLAS JUDICIÁRIAS ELEITORAIS NA
CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA BRASILEIRA**

**A BRIEF HISTORY OF CODEJE AND THE RELEVANT
ROLE OF THE ELECTORAL JUDICIAL SCHOOLS IN
THE CONSTRUCTION OF BRAZILIAN CITIZENSHIP**

WALDIR SEBASTIÃO DE NUEVO CAMPOS JUNIOR¹

¹ Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, Presidente do Colégio de Dirigentes das Escolas Judiciárias Eleitorais e Diretor da Escola Judiciária Eleitoral de São Paulo.

RESUMO

O artigo apresenta brevemente a história do Colégio de Dirigentes das Escolas Judiciárias Eleitorais (Codeje), com a finalidade de possibilitar uma reflexão sobre a importância das atividades dessas escolas para a construção da cidadania brasileira.

Palavras-chave: Codeje. Escolas Judiciárias Eleitorais. Educação. Política. Cidadania.

ABSTRACT

The article presents a brief history of the College of Directors of the Electoral Judicial Schools, in order to allow considerations on the importance of the activities of such schools for the construction of Brazilian citizenship.

Keywords: Codeje. Electoral Judicial Schools. Education. Política. Cidadania.

1 Uma breve história do Codeje e o relevante papel das Escolas Judiciárias Eleitorais na construção da cidadania brasileira

Coube-me a gratificante honra de assumir a presidência do Colégio de Dirigentes das Escolas Judiciárias Eleitorais (Codeje) em 2020, num momento dramaticamente histórico para o mundo e, em particular, para o Brasil – de enfrentamento de uma grave pandemia –, só comparável à desoladora situação trazida pela gripe espanhola de 1918.

Nesse quadro de súbita resiliência de 2020, agigantou-se mais ainda a missão da Justiça Eleitoral brasileira de levar a bom termo os pleitos para os Poderes Executivo e Legislativo nos mais de 5.500 municípios existentes no território nacional, uma missão desafiadora, mas não inédita em sua história: em 1945, a Justiça Eleitoral renascia após sete anos de sua extinção decretada pela ditadura do Estado Novo para realizar, no curto espaço de seis meses, um completo processo eleitoral. Desde um alistamento multitudinário até a diplomação dos eleitos nas urnas de 2 de dezembro daquele ano, deu-se início, sem qualquer risco de retrocessos, à redemocratização que seria consagrada com o advento da Constituição Federal de 18 de setembro de 1946.

Aliás, é pontilhada de desafios e superações a linha cronológica desse ramo especializado do Poder Judiciário, nascido em 1932 para dar concretude ao regime democrático no Brasil.

Forjada para debelar as fraudes que vinham arraigadas nos pleitos da Velha República e fazer cumprir um corpo de normas que tornassem as disputas pelo voto mais equânimes, a Justiça Eleitoral buscou continuamente, da experiência advinda de sua práxis, o aperfeiçoamento dos instrumentais usados para a revelação, imune tanto quanto possível a deformações, da legítima vontade do eleitor. Assim, as urnas de metal e madeira, utilizadas nas votações dos anos 1930 e da segunda metade dos anos 1940, foram substituídas por urnas de lona com tampos metálicos de lacração mais segura. De modo igual se diga quanto à adoção progressiva, a partir de 1955, da chamada *cédula única de votação*, modelo padronizado fornecido pela Justiça Eleitoral em lugar das cédulas eleitorais providenciadas pelos próprios partidos políticos, costume que colocava as agremiações de melhor estrutura em nítida e injusta vantagem.

O *recadastramento eleitoral totalmente informatizado*, que ocorreu em 1986, possibilitando a formação de um único banco de dados do eleitorado de todo o país, representou um extraordinário avanço, que sedimentou

a marcha inexorável para a adoção do *voto eletrônico*, dez anos depois; hoje, a *identificação biométrica* veio aperfeiçoar ainda mais o processo de informatização do sufrágio. Vale lembrar que o uso de máquinas de votar já estava previsto no primeiro Código Eleitoral do Brasil, de 24 de fevereiro de 1932, o que se mostrou um vaticínio finalmente concretizado mais de seis décadas depois.

A série constante de medidas executivas a que a Justiça Eleitoral se obrigou, e ainda se obriga, a tomar para operacionalizar o processo eleitoral em sua inteireza lhe confere uma forte natureza híbrida, diferentemente de outros braços do Poder Judiciário, enfeixando-se nela as funções administrativa e jurisdicional. E é precisamente esse seu caráter *sui generis* que mais do que justifica o surgimento das *escolas judiciárias eleitorais* como natural e salutar efeito do desenvolvimento da weberiana *burocracia racional*.

A partir da criação da Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral (EJE/TSE), em 2002, esse tipo de órgão elaborador de ideias e divulgador de práticas espalhou-se pelas Cortes Regionais Eleitorais do país.

A expertise das Escolas Judiciárias Eleitorais logo se firmou no trinômio pesquisas e publicações – capacitação – cidadania como seu eixo de atuação.

A Resolução-TSE nº 23.482, de 21 de junho de 2016, que tratou de dar organicidade estrutural e padronização de atividades das EJEs, elencou, em seu art. 1º, as finalidades desses entes: a atualização e a especialização continuada ou eventual em Direito, notadamente o Eleitoral, para magistrados, membros do Ministério Público Eleitoral, advogados e servidores da Justiça Eleitoral, admitida a participação de outros interessados; o desenvolvimento de ações institucionais de responsabilidade social e de projetos de educação para a cidadania política; o desenvolvimento de ações de estímulo ao estudo, à discussão, à pesquisa e à produção científica em matéria eleitoral. Fica aí evidenciado o *papel acadêmico* e de *proselitismo da cidadania* pelas EJEs.

A idealização do Codeje emergiu, como proposta, da reunião de diretores e coordenadores das Escolas Judiciárias Eleitorais que aconteceu no âmbito do Congresso Internacional de Direito Eleitoral, realizado na cidade de São Paulo, em novembro de 2011. Contudo, sua criação efetiva só se deu durante o Encontro das Escolas Judiciárias Eleitorais (Eneje), em Recife, nos dias 4 e 5 de julho de 2013.

O Codeje, situando-se na lídima posição de representante das EJEs, estabeleceu como seus objetivos estatutários: a integração e o aperfeiçoamento

das EJE; o intercâmbio entre elas, com a permanente troca de experiências funcionais e administrativas; o desenvolvimento de ações com a finalidade de incentivar o interesse pelo estudo, pesquisa e produção científica de sua competência; a fixação de critérios e a uniformização de sua atuação, respeitando a autonomia e peculiaridades de cada região; a exposição de problemas e a proposição de soluções pertinentes às atribuições das EJE perante o TSE e demais órgãos competentes.

São órgãos do Codeje a Assembleia Geral e a Comissão Executiva, com deliberações tomadas pela maioria dos votos presentes. A Comissão Executiva é formada por um presidente, um vice-presidente, um secretário e seis membros, eleitos pela Assembleia Geral. Teve, em sua composição inaugural, os valiosos préstimos do Desembargador Eleitoral Luciano Guimarães Mata (TRE/AL) como presidente, do Juiz Eleitoral Manoel dos Reis Morais (TRE/MG) como vice-presidente, e do Juiz Eleitoral José Jorge Ribeiro da Luz (TRE/RO) como secretário-geral.

De imediato, constatou-se, pelo Codeje, a necessidade de realização de encontros semestrais para promover a integração dos dirigentes das EJE com o fito de aperfeiçoar o desempenho dessas células a partir do intercâmbio propiciador da difusão, entre elas, das boas práticas constatadas na área de atuação de cada Tribunal Regional Eleitoral.

Nos encontros promovidos em João Pessoa/PB, em 2015, e em Florianópolis/SC, em 2016, ficou patenteado o irrefreável processo de expansão das EJE e a primordialidade de se estabelecer balizas uniformizadas de estrutura e atuação para todas elas – a propósito, uma das grandes bandeiras estatutárias do Codeje, como já mencionado alhures.

Da sinergia desses congressos nasceu a minuta normativa transformada na Resolução-TSE nº 23.482/2016, que veio acolher todas as aspirações basilares do Codeje, conferindo uma massa estrutural mínima às EJE (Coordenação, Seção de Estudos Eleitorais, Seção de Programas Institucionais e Seção de Editoração e Publicações, com os respectivos cargos para dar cumprimento às tarefas de cada qual).

As finalidades institucionais das EJE, já lançadas linhas atrás, podem ser visualizadas de maneira mais explícita por meio de seus eixos de atuação: o *eixo cidadania*, voltado para o processo eleitoral, seus atores e o exercício do voto a crianças e adolescentes na faixa etária entre 7 e 17 anos que frequentam a rede escolar; o *eixo capacitação*, relacionado às atividades acadêmicas,

criação de materiais didáticos e iniciativas de qualificação e aperfeiçoamento, bem como fomento a parcerias institucionais relacionadas à disseminação de conhecimento; e o *eixo pesquisa*, ligado à produção científica materializada com a publicação de revistas e periódicos.

Não demorou que, num espaço relativamente curto de tempo, viessem a lume, pela incansável e criativa laboração das EJE e o olhar orientador do Codeje, inúmeros e proveitosos frutos como: Eleitor do Futuro, TRE vai à Escola, Semana do Jovem Eleitor, Parlamento Jovem e Parlamento Mirim, Patrulha Eleitoral, Câmara Mirim, Mesário Voluntário Universitário, Projeto Voto Consciente e Conheça a Justiça Eleitoral, entre outras iniciativas, quase sempre contando com parcerias de entidades públicas e privadas.

A realização de ações socioeducativas não só evidenciou o benfazejo acerto da aproximação da sociedade à Justiça Eleitoral como retemperou o imperativo da fomentação do debate sobre o processo eleitoral, de maneira neutra, mas incisiva, principalmente para adensar a percepção dos jovens em relação ao valor da democracia – levando-os, por conseguinte, a se tornarem eleitores inscritos não por imposição legal, mas por um chamamento da consciência cidadã de cada um, e até a integrarem voluntariamente as mesas receptoras das eleições. A tudo isso se aliam a recuperação, a preservação e a divulgação da memória político-eleitoral como instrumentos inafastáveis do aprimoramento do senso de cidadania.

Os sucessivos encontros institucionais foram alargando e aprofundando a discussão dos temas correlatos aos fins precípuos do Codeje e das EJE. No XI Encontro, em Recife, por exemplo, foram timbrados assuntos transversais como acessibilidade e diversidade, entre outros. No XII Encontro, realizado em Manaus, vislumbrou-se um projeto de formação de professores, nas células regionais, para atuarem como multiplicadores nas ações de cidadania, e foi levantada também uma possibilidade de parceria da Justiça Eleitoral com o Ministério da Educação.

A dinâmica altamente positiva desses congressos, a propósito, fez com que se deliberasse o aumento da periodicidade de sua ocorrência: além dos dois encontros semestrais capitaneados pelo Codeje, fixou-se a organização anual do Encontro Nacional das Escolas Judiciárias Eleitorais (Eneje).

De toda a análise retrospectiva, efetuada pelo Codeje, da múltipla atuação das EJE, surge uma constatação irretorquível: quanto mais se enraizar e se ampliar o papel das Escolas Judiciárias Eleitorais, maior será o grau de

confiabilidade da Justiça Eleitoral perante os mais variados segmentos da sociedade brasileira.

As Escolas Judiciárias Eleitorais, no processo civilizatório da democracia brasileira, elevam-se à dignificante condição de escolas de cidadania, cabendo ao Colégio de Dirigentes das Escolas Judiciárias Eleitorais o múnus de atuar como agente formulador e condutor da capilaridade das inúmeras e profícuas atividades dessas escolas. Tem-se aí uma constatação de clareza solar que já aparece no primeiro, *considerando* da resolução organizadora das EJE – que ressalta a importância das Escolas Judiciárias Eleitorais “para o fortalecimento da *democracia representativa e da cidadania*”.

Chegando à presente narrativa permeada de algumas reflexões, peço vênica para evocar alguns versos do poeta paulista Paulo Bomfim (1926-2019), fundador, em 1999, do Centro de Memória Eleitoral do TRE/SP: “Sempre o voto vaticínio / Vetando vulgar violência, / Sempre o coração da Pátria / Pulsando em urnas de luz”. Nada mais verdadeiro: a solução pacífica dos conflitos de uma sociedade civilizada passa pelo exercício consciente do voto, razão última da existência das EJE e do Codeje, e da própria Justiça Eleitoral do Brasil.

ANTEPROJETO DO CÓDIGO ELEITORAL (*)

* Dada a impossibilidade material da publicação, na íntegra, do projeto que ocuparia toda a Revista, publicamos um resumo que representa com exatidão as linhas gerais do trabalho, bem como a exposição de motivos apresentada pelo Ministro Cândido Mota, Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, que elaborou o projeto.

Exposição de motivos

Brasília, em 16 de dezembro de 1964

Excelentíssimo Senhor Presidente da República:

Tenho a honra de passar às mãos de Vossa Excelência os originais dos anteprojetos de Código Eleitoral e de Estatuto Nacional dos Partidos Políticos.

Com êles, desincumbiu-se o Tribunal Superior Eleitoral do compromisso que assumiu, perante a Nação, atendendo o honroso apêlo de Vossa Excelência de oferecer ao Governo da República os dois anteprojetos, tidos como necessários e basilares para o aperfeiçoamento e maior autenticidade do regime representativo no País.

Os trabalhos, que agora foram concluídos, resumem uma preocupação de ordem geral e decorrem da experiência desinteressada de magistrados eleitorais que, por motivo da alta e delicada missão que exercem, conhecem as dificuldades, as falhas, os males, as insuficiências das leis e dos processos eleitorais. Não são êles apenas juristas preocupados com os aspectos disciplinadores dos sistemas vigentes, mas são homens públicos, conhecedores das práticas eleitorais e que puseram na obra que realizaram o empenho de todos os brasileiros, de todos os partidos, de encontrar meios legais mais eficazes para que o voto, como

Dada a impossibilidade material da publicação, na íntegra, do projeto que ocuparia tôda a Revista, publicamos um resumo que representa com exatidão as linhas gerais do trabalho, bem como a exposição de motivos apresentada pelo Ministro Cândido Mota, Presidente do Tribunal Superior Eleitoral que elaborou o projeto.

expressão fundamental da legitimidade democrática, seja, através da colaboração partidária, o veículo da vontade popular.

Não se trata de obra individual. A comissão que designei, presidida pelo Eminentíssimo Ministro ANTÔNIO VILLAS BOAS, composta dos Eminentíssimos Ministros DÉCIO MIRANDA e COLOMBO DE SOUZA e Dr. GERALDO DA COSTA MANSO foi a supervisora de um trabalho em que tomaram parte, não só todos os membros do Tribunal Superior Eleitoral, como também os Presidentes

de quase todos os Tribunais Regionais, que se reuniram em Brasília, num memorável e fecundo colóquio.

Longe de nós o dizer que a obra concluída é definitiva, pois é, tão só, um ponto de partida, uma colocação de temas, uma sugestão amadurecida de roteiros, uma sistematização de rumos, aconselhados não só pela autoridade de mestres, como ainda de colaboradores desinteressados que fizeram chegar até à Comissão suas lembranças e seus pontos de vista.

E foi dêsse modo, num afanoso trabalho de alguns meses, que se procurou traduzir, da maneira melhor possível, aquilo que os ideais democráticos proclamam e que os fatos, a realidade da vida política brasileira, suas condições geopolíticas revelam, e suas diferenciações culturais dificultam.

Está certo o Tribunal de que Vossa Excelência, com-preendendo assim a intenção que ditou os anteprojetos, como início de um grande e fecundo debate, onde a Nação possa encontrar-se consigo mesma, oferecê-los-á a todos os que queiram colaborar numa das mais nobres e mais altas aspirações renovadoras do momento atual, antes de enviar ao Legislativo o anteprojeto que o Govêrno der como definitivo.

1. O que cumpre pôr em relêvo, para melhor compreensão da índole e das finalidades dos anteprojetos, é que os mesmos mais que obras inovadoras, são obras de aperfeiçoamento do existente, de adequação do já vivido às novas exigências da vida política e social do país, aos novos critérios necessários a fim de propiciar o desenvolvimento e atuação do eleitorado. Mantendo o mesmo sistema anterior quanto à divisão dos capítulos, aos títulos, subtítulos, e ainda grande número de seus dispositivos, acolheram aquilo que a jurisprudência pôde fixar, no Tribunal Superior, na explicável dinâmica da realidade eleitoral, o que lhes impuseram as decisões administrativas, as respostas às consultas feitas, as resoluções e avisos. E, por fim, se amoldaram ao que exigem as Emendas Constitucionais e ao que há de recomendável nas numerosas leis existentes sôbre matéria eleitoral.

Um Código Eleitoral, pela sua singularidade e suas características processuais, não só tem que ser assim, prudente e comedido, diante das fascinações das improvisações idealistas, como tem que se desdobrar de modo a propiciar aos eleitores e às eleições, fórmulas fáceis, claras e às vêzes minuciosas, para que se tornem eficazes seus intuitos, máxime num país como o Brasil, de formação desigual e de quadros sociais de interêsses diversos.

O que é nôvo é nôvo, porque a democracia é o regime que escuta tôdas as vozes, atende a todos os legítimos interêsses e assim precisa ter leis políticas capazes de abrir à vida do país as conquistas que o mundo moderno oferece para a liberdade humana e para a Justiça.

2. No Estatuto Nacional dos Partidos Políticos julgou o Tribunal que era justa a velha aspiração nacional de amparar a vida partidária nas linhas gerais e orgânicas de um Estatuto. E assim procedeu, porque reconheceu, como todos reconhecem, que os partidos políticos não são mais apenas veículos da disciplina eleitoral, como preludiava a Inglaterra no tempo de Carlos II, quando apareceram os *Whig* e os *Tories* e mesmo quando se iniciava, na velha Europa, o regime liberal (GEORGES BURDEAU: *Traité de Science Poli tique*, vol. V: - “*Une force sans conscience, une puissance sans emploi.*”

Nos dias atuais, com uma universalidade surpreendente, o quadro se mostrou inteiramente diverso:

a) os partidos, atingidos pela crise do Estado moderno, viram-se ameaçados pelos elementos antidemocráticos, pelo aparecimento da atividade organizada de interêsses, através de grupos e da intromissão ostensiva ou disfarçada dêsses grupos na vida partidária;

b) os partidos, como salvaguarda do ideal democrático, procuram revitalizar-se num contato maior e mais constante com o povo, tomando novas características associativas, vinculando seus membros com maior organicidade, tornando-se, afinal, um sistema de cultura política e uma fôrça organizada capaz de atuar nas conjunturas políticas e ser, tipicamente, um dos órgãos atuantes dos regimes livres.

O Estatuto aparece, pois, como uma constituição dos partidos, a tábua de lei em que êles, ameaçados de desfiguração, devem apoiar-se. Êle coloca os partidos, como pessoas de direito público interno, como organizações indispensáveis à edificação democrática, não só com a finalidade de arregimentar a vontade popular, através de seus fins programáticos, como de conduzi-la vigilante e atuante no diálogo entre governantes e governados.

Com essa preocupação de atualizar os partidos, de fazê-los cada vez mais atuantes, fiéis aos seus programas, proporciona-lhes o Estatuto uma estruturação democrática, evitando, o mais possível, a atuação ditatorial das cúpulas partidárias, pela organização e funcionamento das convenções.

Enfrenta, assim, as naturais dificuldades da estruturação partidária, sem perder de vista a tese de que a vontade partidária é, antes de tudo e acima de tudo, uma vontade democrática, um aspecto da vontade do povo, que se faz sentir na consagração do multipartidarismo. Essa consagração, porém, não busca incentivar, mesmo com a consagração do voto proporcional e de legenda, o excesso de partidos, mas o número de partidos verdadeiros, selecionados pelas competições eleitorais. O partido incapaz de representar e se fazer representar, desaparece por si mesmo, por força de sua própria incapacidade de condicionar-se às exigências das inclinações nacionais.

Para que um partido, na atualidade, possa acompanhar as exigências da vida política e se manter ligado às forças criadoras da sociedade, precisa não só dela receber suas aspirações e reclamos, como também proporcionar-lhe diretrizes culturais, através de cursos de alfabetização, de direitos e deveres cívicos, como ainda, conferências sobre os temas da vida nacional visualizados de acordo com os seus programas.

Deve incentivar o interesse pela causa pública, despertando nos jovens, nos estudantes, nas mulheres, nos trabalhadores, o gosto, o interesse pela luta democrática, como luta pela própria afirmação humana e pela liberdade.

Para que os partidos fiquem indenes aos fatores que procuram deturpá-los, pelo suborno e pela corrupção, o Estatuto, ainda, com a severidade possível e com as diligências recomendáveis, procura repelir as influências do poder econômico e do poder político.

É, sem dúvida, difícil enfrentá-los, porque eles procuram desmoralizar as medidas repressivas nesse sentido, buscando, ardilosamente, alcançar, por sua inesgotável capacidade inventiva, a submissão da vontade política ao jogo de seus interesses.

Para a defesa da autonomia partidária nesse sentido e para impedir o personalismo alimentado pelos grupos de interesse, adota o Estatuto o Fundo Partidário.

Com esse Fundo, os partidos livram-se das contingências financeiras, e não ficam ao sabor de interesses outros que não sejam os da representação política.

3. O Código Eleitoral existente é, sem dúvida, um marco em nossa vida política, como uma obra de segura visão do papel das eleições na vida representativa. Porém, com o correr dos anos, tornou-se insuficiente. As leis envelhecem depressa nos países novos, destituídos de padrões seguros de usos e costumes, e mais envelhecem ainda as leis eleitorais, porque, destinadas a regular a atividade política, nela encontram, naturalmente, habitual concentração de malícia.

Por isso, já o próprio Congresso Nacional vinha clamando contra a insuficiência do Código, incapaz de conter as fraudes e as simulações eleitorais, o crescimento dos processos da influência do dinheiro, a formação artificial, à custa de favores inumeráveis, da clientela eleitoral.

O critério adotado neste anteprojeto foi o de:

a) estabelecer as medidas que julgou indispensáveis para resguardar a liberdade do voto do eleitor e da verdade da apuração rápida, sem, no entanto, dificultar, por medidas burocráticas, protelatórias, o alistamento do eleitor;

b) robustecer a autoridade da Justiça Eleitoral de modo a facilitar sua atuação, dentro das diversidades regionais e do regime federativo.

O anteprojeto abriu as seguintes inovações:

I - eleição para a Câmara dos Deputados e Assembléia Legislativa por sistema baseado, em suas linhas gerais, no já utilizado na Alemanha Ocidental, tanto mais que êle se amolda, perfeitamente, às condições brasileiras;

II - criação de uma Corregedoria-Geral, com âmbito nacional;

III - o desaforamento de processos não decididos em prazo determinado;

IV - a apuração por um dos três sistemas:

a) pelas próprias juntas, como se faz atualmente, nos Estados em que o Tribunal Superior Eleitoral julgar inoportuna a contagem de votos pelas próprias mesas receptoras;

b) contagem prévia pelas mesas receptoras nos Estados em que êsse sistema fôr autorizado;

c) apuração, em conjunto, pelas mesas e juntas, num mesmo local;

V - registro de candidatos somente a partir de seis meses antes das eleições;

VI - período de campanha eleitoral, restrito aos meses anteriores à eleição;

VII - cédula oficial para todas as eleições, em todos os Estados;

VIII - meios para o combate à influência do poder econômico e abuso de autoridade;

IX - apenas previstas para o pichamento de fachadas, de muros, ou qualquer logradouro público, com agravamento da pena se as inscrições forem feitas em monumentos ou coisa tombada, o mesmo se aplicando quanto à colocação abusiva de cartazes;

X - valor probante para o boletim expedido pelas juntas;

XI - voto do eleitor, que reside no exterior, nas eleições para Presidente da República.

4. Para a realização da reforma eleitoral nos termos propostos no anteprojeto, evidencia-se a necessidade de três emendas constitucionais:

I - para permitir a lei das incompatibilidades eleitorais;

II - para determinar a coincidência das eleições em dois grupos;

III - para possibilitar o julgamento dos juízes eleitorais, nos crimes eleitorais, pelos Tribunais Regionais Eleitorais.

5. À medida que se avoluma em problemas e interesses a política internacional, anotam os estudiosos que, por toda parte, se nota uma crescente despolitização na área interna dos países. As novas gerações colocadas, pelos novos inventos, nas possibilidades de novas perspectivas, vão-se desinteressando dos temas peculiares de seus países.

O empenho que revela o anteprojeto é o de fazer, através de um Código e, principalmente, através do Estatuto Nacional dos Partidos, a aproximação cada vez maior, do interesse eleitoral de todas as camadas sociais da República.

Ouvimos, nesse passo, as palavras de RENÉ REMON:

“Tudo parece provar que a participação nas consultas eleitorais está ligada à integração social: – quanto mais o indivíduo é inserido nas coletividades, mais ele participa das eleições. Há como que uma espécie de solidariedade entre a prática social e a política” (*La Démocratie à Refaire*, pág. 23 - 1963).

De qualquer forma, espera o Tribunal Superior Eleitoral que o seu esforço não seja em vão, servindo para um amplo debate em torno do aperfeiçoamento

dos processos políticos a que o povo brasileiro tem direito, para que sua vontade não seja uma mistificação e a democracia apenas um sonho de homens livres.

Apresento a Vossa Excelência, nesta oportunidade, os protestos de meu mais alto aprêço.

CÂNDIDO MOTTA FILHO

Presidente do Tribunal Superior Eleitoral

Ao Excelentíssimo Senhor Marechal HUMBERTO DE

ALENCAR CASTELLO BRANCO,

Digníssimo Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil.

**DISCURSO DE POSSE NA PRESIDÊNCIA DO
TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL**

24 DE MAIO DE 2020

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

Nominata

Quis o destino que a minha posse como Presidente do Tribunal Superior Eleitoral se desse por meio virtual, durante uma pandemia que vem abalando o curso da humanidade. O impacto causado pela Covid-19 se produz em múltiplas dimensões da vida: sanitária, social, econômica, fiscal e política, entre outras. Minhas primeiras palavras no cargo são de solidariedade às pessoas que estão sofrendo pela perda de entes queridos, pela perda do emprego, da renda ou pelas dificuldades de suas empresas. E também para os profissionais de saúde de todo o país, especialmente do Sistema Único de Saúde, que, com abnegação e coragem, salvam vidas em meio a esta crise humanitária.

Desejo, do fundo do coração, que a provação pela qual estamos passando seja tão breve quanto possível e que o dia seguinte da crise encontre a humanidade e o nosso país mais conscientes dos seus problemas reais, mais solidários perante nossos irmãos e mais comprometidos com os valores que fazem a grandeza das nações: justiça, igualdade de oportunidades para todos e um sentimento verdadeiro de solidariedade e comunhão fraterna. Que a distância que hoje nos separa das pessoas queridas ajude-nos a redescobrir o poder revolucionário da afetividade e do bem querer.

Dirijo-me, em seguida, à minha antecessora, Ministra Rosa Weber, que, por um biênio, conduziu este Tribunal com as virtudes que se somam à sua personalidade adorável: integridade, competência, dedicação, firmeza e responsabilidade. A suave descrição da Ministra Rosa não deve inibir o reconhecimento que ela merece por ter conduzido, de forma impecável, ainda que sob ataques injustos, as polarizadas eleições de 2018. Gosto da frase que diz que a gente, na vida, ensina sendo. A atuação da Ministra Rosa à frente deste Tribunal foi uma lição cujo valor real e simbólico é muito maior do que eu poderia dizer em palavras. Minha querida Presidente, nossa rainha: missão cumprida com louvor. A nação agradecida a reverencia.

Dirijo-me, também, ao Ministro Luiz Edson Fachin, meu parceiro de vida acadêmica há quase 40 anos e colega de jurisdição nos últimos 5 anos. À nossa relação bem se aplica, desde o primeiro momento, a frase inspirada de Vinicius de Moraes: “A gente não faz amigos. A gente os reconhece”. Meu querido amigo, tem sido um privilégio viver as aventuras da vida institucional brasileira na sua companhia, beneficiando-me de sua fidalguia, honestidade intelectual e imensa vocação de bem servir à pátria que amamos. Atuaremos irmanados, em frutífera cogestão.

Cumprimento os queridos Ministros Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, Sérgio Banhos, Carlos Horbach, Carlos Velloso e, em breve, Mauro Campbell Marques. Meu pai sempre me ensinou que a gente deve andar em boa companhia. Acho que, se a vida tivesse me permitido escolher a dedo os meus parceiros nessa jornada, eu não queria nada diferente. Uma honra e um privilégio tê-los ao meu lado.

Feitas as saudações, que não são protocolares, mas ditadas pelo coração, dirijo-me agora à classe política, aqui representada pelo Presidente da República, Jair Bolsonaro; pelo Presidente do Senado Federal, Davi Alcolumbre; pelo Presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia; e pelos parlamentares que me dão a honra de acompanhar esta sessão. Agradeço, honrado, pela presença de todos, não como uma deferência pessoal a mim, mas como uma atenção institucional à Justiça Eleitoral, que muito me sensibiliza.

Numa democracia, política é gênero de primeira necessidade. Não há alternativa a ela. Considero que a vida pública vivida com integridade, idealismo e espírito público é uma das atividades mais nobres a que alguém pode se dedicar. Ajudar a traçar os rumos da nação, escolher os caminhos do desenvolvimento, da justiça social e do avanço civilizatório é a missão sublime que toca aos agentes públicos eleitos. Uma vida que pode ser vivida com extraordinária grandeza.

Por pensar assim, porque os ministros deste Tribunal também pensam assim, a valorização, o prestígio e o aprimoramento da vida política estão no topo da nossa agenda. Declino aqui, desde logo, três objetivos que irão mobilizar a nossa gestão relativamente à política. O primeiro deles é uma grande campanha pelo *voto consciente*. Precisamos despertar, em muitas faixas do eleitorado, a compreensão de que o voto não é um mero dever cívico que se cumpre resignadamente, mas uma oportunidade de moldar o país e mudar o mundo. É preciso se informar com antecedência acerca dos candidatos, verificar o que cada um já fez, o que promete e qual credibilidade merece. Votar consciente é guardar o nome do seu representante, acompanhar o seu desempenho e só renovar o seu mandato se ele continuar merecedor de confiança. Numa democracia verdadeira, não existe nós e eles. Eles são aqueles que nós colocamos lá.

Outro objetivo da nossa gestão será o de *atrair jovens para a política*, jovens patriotas e preocupados com o Brasil. Eu sou professor há quase 40 anos, numa das principais faculdades de Direito do país, na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, e, mais recentemente, também numa das principais

universidades da capital, o Centro Universitário de Brasília (e daqui mando um abraço a todos os meus colegas e amigos de vida acadêmica que trabalham anonimamente por um país melhor e maior). Tenho alunos espalhados por diferentes setores públicos: dezenas deles no Itamaraty, na magistratura, no Ministério Público, na Polícia Federal, na Defensoria Pública. Porém, conto nos dedos de uma só mão os que foram para a política. Não deveria ser assim. Precisamos de jovens que ajudem a escrever e a reescrever a nossa história, movidos pelo sentimento mais elevado que pode ter o ser humano: servir ao próximo e à causa da humanidade.

O terceiro objetivo da nossa gestão é o *empoderamento feminino*. Atrair mulheres para a política e para postos-chave na vida nacional. Foi longa a trajetória da condição feminina na história da humanidade e na vida do país. Conquistas que incluem direito à educação, liberdade sexual, direitos para a mulher não casada, igualdade no casamento e acesso ao mercado de trabalho, assim como lutas ainda inacabadas contra violência doméstica, violência sexual e atitudes preconceituosas e desrespeitosas, que vão do assédio à linguagem sexista. Fomos criados em uma cultura machista e sua superação é um aprendizado e uma vigilância constantes. Ainda assim, poucas transformações foram mais extraordinárias ao longo da minha vida adulta do que a ascensão feminina. E devo dizer que eu faço a minha parte: minha Secretária-Geral aqui no TSE é mulher e minhas chefes de gabinete, tanto no STF quanto aqui, são igualmente mulheres. E quem manda na minha vida, há 26 anos, é minha mulher, Tereza, a quem dedico a bela declaração de amor de Jorge Luiz Borges: “Estar com você ou não estar com você é a medida do meu tempo”.

A esse propósito, e sem querer provocar nova ferida narcísica na condição masculina, observo que dois dos países que melhor se saíram no enfrentamento da pandemia foram a Nova Zelândia, liderada por Jacinda Ardern, e a Alemanha, liderada por Angela Merkel. Aliás, também se beneficiaram da firme liderança feminina a Dinamarca, a Finlândia e Taiwan. Atrair mulheres idealistas e competentes para a política é uma importante demanda do país. Mulheres são metade da população. E negras, pardas ou de origem indígena são metade das mulheres. Precisamos aumentar a diversidade na vida pública brasileira. Somos um país multiétnico, multirracial, multicultural. Precisamos ter a consciência de que isso é um ativo, uma virtude, um privilégio que a história nos deu (e aqui presto uma homenagem ao Frei David, do Educafro, um incansável batalhador pela inclusão social dos afro-brasileiros).

Dirijo algumas palavras a toda Justiça Eleitoral, reconhecidamente a mais ágil e eficiente do país. São 27 Tribunais Regionais Eleitorais, mais de 2.800 juízes e juízas e 15.400 servidores e servidoras. É inestimável o serviço que prestam à democracia brasileira, longe dos holofotes, administrando o processo eleitoral da quarta maior democracia de massas do mundo. Em nome do país, agradeço pelo trabalho de todos e de cada um, inclusive e especialmente dos cerca de um milhão e oitocentos mil mesários, muitos, voluntários, que servem ao Brasil silenciosamente e com espírito público. Tenho aprendido, como um observador atento da vida, que algumas das coisas mais importantes que são realizadas no mundo dependem de pessoas anônimas e desprezadas. O que gostaria de dizer a todos os que nos prestam sua valiosa colaboração, inclusive aos que jamais irei ver pessoalmente e olhar nos olhos, é que a virtude é a sua própria recompensa.

Uma das grandes preocupações da Justiça Eleitoral são as chamadas *fake news* ou, mais apropriadamente, as campanhas de desinformação, difamação e de ódio. Refiro-me às informações intencionalmente falsas e deliberadamente propagadas. A internet permitiu a conexão de bilhões de pessoas pelo mundo afora, em tempo real, dando lugar a fontes de informação independentes e aumentando o pluralismo de ideias em circulação. Porém, na medida em que as redes sociais adquiriram protagonismo no processo eleitoral, passaram a sofrer a atuação pervertida de milícias digitais, que disseminam o ódio e a radicalização. São terroristas virtuais que utilizam como tática a violência moral, em lugar de participarem do debate de ideias de maneira limpa e construtiva.

A Justiça Eleitoral deve enfrentar esses desvios, mas é preciso reconhecer que sua atuação é limitada por fatores diversos. Por isso mesmo, os principais atores no enfrentamento às *fake news* não de ser as mídias sociais, a imprensa profissional e a própria sociedade. As plataformas digitais – como Google, Facebook, Instagram, Twitter e WhatsApp – podem se valer da própria tecnologia e de suas políticas de uso para neutralizar a atuação de robôs e de comportamentos inusuais. É necessário o esforço comum de todas elas para impedirem o uso abusivo que importa em degradação da democracia.

E, mais que nunca, nós precisaremos de imprensa profissional, que se move pelos princípios éticos do jornalismo responsável, capaz de separar fato de opinião e de filtrar a enorme quantidade de resíduos que circula pelas redes sociais. Também as empresas de verificação de fatos passaram a ter papel decisivo na qualidade do debate público, em busca da verdade possível, ainda

que plural. A Justiça Eleitoral, por sua vez, terá grande empenho no sentido de informar e conscientizar as pessoas, alertando-as a não crer acriticamente em todas as informações que recebem e, sobretudo, a não repassá-las irresponsavelmente.

Nesse particular, vamos precisar de um resgate da boa-fé, da regra de ouro: não fazer aos outros o que não gostaria que fizessem consigo. Assim, não dá para repassar a notícia inverídica sobre o candidato rival e depois se indignar quando fazem o mesmo com o candidato da própria preferência. Também aqui precisamos de avanço civilizatório e de evolução espiritual.

Há muitas outras questões a serem tratadas, que não caberiam no tempo razoável de um discurso de posse. Destaco, entre elas, o debate sobre uma reforma do sistema eleitoral capaz de realizar três objetivos: *baratear o custo das eleições, aumentar a representatividade parlamentar e facilitar a governabilidade*. O Senado Federal já aprovou um bom projeto de voto distrital misto e, com algumas sugestões do grupo de trabalho do TSE, ele está em tramitação na Câmara dos Deputados, onde poderá ainda ser aperfeiçoado. A liderança do Presidente Rodrigo Maia será decisiva para esse importante avanço institucional, como já foi para a introdução da cláusula de barreira e o fim das coligações em eleições proporcionais. Sei que é difícil. Mas aqui bem se aplica a reflexão atribuída a Michelangelo, que atravessou os séculos: “O maior perigo para a maioria de nós/ não é que o alvo seja muito alto/ E não se consiga alcançá-lo./ É que ele seja muito baixo/ E a gente consiga”.

Relativamente às eleições municipais previstas para este ano, o TSE estará em interlocução direta com o Congresso Nacional. Em conversas preliminares com os Ministros da Casa, com o Presidente do Senado e com o Presidente da Câmara, constatei que todos estamos alinhados em torno de algumas premissas básicas: as eleições somente devem ser adiadas se não for possível realizá-las sem risco para a saúde pública; em caso de adiamento, ele deverá ser pelo prazo mínimo inevitável; a prorrogação de mandatos, mesmo que por prazo exíguo, deve ser evitada até o limite; o cancelamento das eleições municipais, para fazê-las coincidir com as eleições nacionais em 2022, não é uma hipótese sequer cogitada.

A Constituição de 1988 completa 31 anos no dia 5 de outubro próximo. Com ela, fizemos a travessia bem-sucedida de um regime autoritário, intolerante e, muitas vezes, violento para um Estado democrático de direito, com eleições periódicas e alternância no poder. Essa foi a grande conquista da nossa geração. Um país sem presos políticos, sem exilados, sem violência contra os

adversários. Democracia não é o regime político do consenso, mas aquele em que o dissenso é legítimo, civilizado e absorvido institucionalmente. Quem pensa diferente de mim não é meu inimigo, mas meu parceiro na construção de um mundo plural. A democracia tem lugar para conservadores, liberais e progressistas. Nela só não há lugar para a intolerância, a desonestidade e a violência.

Temos três décadas de estabilidade institucional, que resistiu a chuvas, vendavais e tempestades. Não há volta nesse caminho. Só quem não soube a sombra não reconhece a luz que é viver em um Estado democrático de direito, com todas as suas circunstâncias. Nós já percorremos e derrotamos os ciclos do atraso. Hoje, vivemos sob o reinado da Constituição, cujo intérprete final é o Supremo Tribunal Federal. Como qualquer instituição em uma democracia, o Supremo está sujeito à crítica pública e deve estar aberto ao sentimento da sociedade. Cabe lembrar, porém, que o ataque destrutivo às instituições, a pretexto de salvá-las, depurá-las ou expurgá-las, já nos trouxe duas longas ditaduras na República. São feridas profundas na nossa história, que ninguém há de querer reabrir. Precisamos de denominadores comuns e patrióticos. Pontes, e não muros. Diálogo, em vez de confronto. Razão pública, no lugar das paixões extremadas.

Antes de encerrar, presto homenagem a três professores extraordinários que iluminaram o meu caminho: meu pai, Roberto Bernardes Barroso; José Carlos Barbosa Moreira; e Jacob Dolinger. E faço isso não apenas por motivação afetiva, mas para lembrar a importância da educação e como ela muda e eleva a vida das pessoas. É a deficiência na educação, sobretudo na educação básica, que nos atrasou na história. A falta de educação produz vidas menos iluminadas, trabalhadores menos produtivos e um número limitado de pessoas capazes de pensar criativamente um país melhor e maior. A educação, mais que tudo, não pode ser capturada pela mediocridade, pela grosseria e por visões pré-iluministas do mundo. Precisamos armar o povo com educação, cultura e ciência.

É boa hora de concluir. Em algum lugar do futuro, a pandemia vai passar, vamos retomar nossas vidas e teremos de cuidar do nosso país. Os economistas cuidarão da economia, os sanitaristas da saúde e os políticos da política. A nós, juízes constitucionais e eleitorais, nos toca preocuparmo-nos com a defesa e o aperfeiçoamento das instituições. Destaco, assim, três itens que devem permear qualquer agenda nacional pós-crise:

1 - *integridade*, que é a premissa de tudo. Ela vem antes da ideologia, das escolhas políticas. Integridade não é virtude, é premissa básica da vida civilizada. Ela só precisa de duas regras: no espaço público, não desviar dinheiro; no espaço privado, não passar os outros para trás. Não há como nos tornarmos verdadeiramente desenvolvidos sem a elevação dos padrões de ética pública e de ética privada no Brasil;

2 - *derrotar a pobreza extrema*. A pandemia colocou um facho de luz sobre as condições desumanas em que vivem milhões de brasileiros. Cuidar deles deve envolver um grande projeto de redistribuição de renda, habitação popular, urbanização, saneamento básico e arborização, entre outros. E, num país onde a pobreza tem cor, isso significará, também, enfrentar o racismo estrutural da sociedade brasileira;

3 - *competência*. Precisamos deixar de ser o país do nepotismo, do compadrio, das ações entre amigos com dinheiro público. Precisamos derrotar as opções preferenciais pelos medíocres, pelos espertos e pelos adutores. É hora de dar espaço aos bons.

Tem-se falado que, depois da crise, haverá um novo normal. E se não voltássemos ao normal? E se fizéssemos diferente?

**A AUTORIZAÇÃO DOS IMPULSIONADORES DE
CONTEÚDO COMO PROPAGANDA ELEITORAL:
UMA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE DE
OPORTUNIDADES NAS CAMPANHAS ELEITORAIS¹**

**THE AUTHORIZATION OF SPONSORED LINKS
AS ELECTORAL PROPAGANDA: A VIOLATION
OF THE PRINCIPLE OF EQUAL OPPORTUNITIES
IN THE ELECTORAL CAMPAIGNS**

BRUNO FERREIRA DE OLIVEIRA²

¹ Artigo recebido em 12.11.2018 e aprovado para publicação em 27.9.2019.

² Graduado em Letras e graduando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Pós-Graduado em Direito Eleitoral pelo Centro Universitário Claretiano. Professor de Língua Portuguesa e de Direito Eleitoral para concursos públicos.

RESUMO

A Lei nº 13.488/2017, atualizando a Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições) a tempo do pleito de 2018, permitiu, no art. 57-C, o impulsionamento de conteúdo na internet, desde que identificado de forma inequívoca como tal e contratado exclusivamente por partidos, coligações, candidatos e seus representantes. Isso possibilitou uma brecha para a propaganda eleitoral paga – que até o momento era vedada no ordenamento –, violando hermeticamente os princípios da igualdade de oportunidades nas campanhas eleitorais e da máxima igualdade entre os candidatos nas eleições. Defende-se, portanto, neste trabalho, a limitação do dispositivo supracitado, que permite o impulsionamento de conteúdo, uma vez que a Constituição estabelece, como norma estruturante do Direito Eleitoral, a igualdade nas eleições entre todos os atores participantes. Alicerça-se na reflexão do princípio republicano e na ideia de igualdade construída na Constituição Federal de 1988, que impõem regulação das campanhas eleitorais, alcançando o controle da propaganda eleitoral, a neutralidade dos poderes públicos, a vedação ao abuso de poder econômico e a imparcialidade dos meios de comunicação.

Palavras-chave: Impulsionadores de conteúdo. Internet. Limitação.

ABSTRACT

The Law nº 13.488 of 2017, updating the Law nº. 9.504/1997 (Elections Law) for the 2018 elections, allowed in article 57-C the sponsored links on the internet, since unequivocally identified as such and contracted exclusively by parties, coalitions and candidates and their representatives, giving rise to the electoral propaganda paid – which up to the present moment was forbidden in the order – violating hermetically the principles of equal opportunities in electoral campaigns and maximum equality among the candidates in the elections. It is defended, in this work, a limitation of the aforementioned device that allows content to be pushed, since the Constitution establishes as a structuring norm of Electoral Law, equality in the elections among all participating actors. It is based on the reflection of the republican principle and the idea of equality constructed in the Federal Constitution of 1988 that impose a regulation of the electoral campaigns, reaching the control of the electoral propaganda, the neutrality of the public powers, the prohibition of the abuse of economic power and the impartiality of the media.

Keywords: Sponsored links. Internet. Limitation.

1 Introdução

A legislação eleitoral brasileira, especialmente a Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições), veda a propaganda eleitoral paga na internet, permitindo somente as hipóteses estabelecidas no art. 57-B: I – em sítio do candidato, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de internet estabelecido no país; II – em sítio do partido ou da coligação, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de internet estabelecido no país; III – por meio de mensagem eletrônica para endereços cadastrados gratuitamente pelo candidato, partido ou coligação; e IV – por meio de *blogs*, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e assemelhados, cujo conteúdo seja gerado ou editado por candidatos, partidos ou coligações ou por iniciativa de qualquer pessoa natural.

A questão de foco deste trabalho se baseará na análise do inciso IV do art. 57-B concernente à permissividade de propaganda eleitoral nas redes sociais. A legislação ao permitir a propaganda eleitoral nas redes sociais, como Facebook, veda a propaganda paga, mas autoriza que seja feita utilizando-se impulsionadores de conteúdo, por exemplo, *links* patrocinados no Facebook. Em regra, os candidatos, aqueles escolhidos em convenção partidária no período de 20 de julho a 5 de agosto, não poderão realizar qualquer tipo de propaganda paga na internet, salvo a utilização de impulsionadores de conteúdo, conforme estabelecido no art. 57-C da Lei das Eleições, redação dada pela Lei nº 13.488/2017.

Art. 57-C. É vedada a veiculação de qualquer tipo de propaganda eleitoral paga na internet, excetuado o impulsionamento de conteúdos, desde que identificado de forma inequívoca como tal e contratado exclusivamente por partidos, coligações e candidatos e seus representantes.

A partir do momento que é liberada a propaganda eleitoral paga na internet, as leis eleitorais colocam os candidatos em dois grupos bem delimitados: de um lado, aqueles que têm aporte financeiro para impulsionar as propagandas, uma vez que o custo desse tipo de serviço não é razoável; de outro, candidatos que não terão a mesma igualdade de apoio financeiro, causando, desse modo, desequilíbrio na competição. Viola-se aqui o princípio-mor do Direito Eleitoral: *free and fair elections*, o que prejudica a igualdade de oportunidades na concorrência por mandato eletivo. Uma eleição livre e justa é aquela que garante aos candidatos regras equânimes para a divulgação de candidaturas

a partir das diversas modalidades de propaganda eleitoral e não permite que haja ainda mais discrepância na paridade das armas.

As redes sociais, especialmente o Facebook, que é objeto de estudo deste trabalho, possibilitam, por si só, a amplificação da visibilidade, o aumento das conexões sociais, da reputação, da popularidade e da autoridade de quem está conectado (Recuero, 2009). A partir do momento em que há uma sobrecarga incentivadora nos anúncios dessas redes sociais, impõem-se também elevação de proporções geométricas da visibilidade desses atores sociais.

É notória a vedação de propaganda eleitoral paga na internet aos candidatos, salvo a de impulsionamento de conteúdo. Logo, essa permissão se dá para os *links* patrocinados nas redes sociais, especialmente o Facebook. No entanto, com a liberação desses *links*, observa-se a discrepância e a desigualdade de forças nas eleições de um candidato para outro, o que vai contra o princípio *free and fair elections* ou princípio da igualdade de oportunidades.

2 Propaganda eleitoral na internet

2.1 Propaganda eleitoral na internet: tendência de mitigação da propaganda eleitoral paga no cenário atual eleitoral

A Lei nº 12.034/2009, com as devidas alterações promovidas pela Lei nº 12.891/2013, acrescentou à Lei das Eleições os arts. 57-A a 57-I, inovando o ordenamento jurídico na permissão e liberação de propaganda eleitoral na internet. Surge como campo extremamente vasto, com inúmeras possibilidades de facilitar o contato entre candidato e eleitores, ou seja, entre política e sociedade. A ideia inicial é que esse contato pudesse ser útil para aproximação maior entre os cidadãos e as decisões da vida política, uma vez que são os cidadãos os principais – mas não únicos – responsáveis pela mudança político-social.

O legislador, visando esse objetivo, permitiu a propaganda eleitoral na internet nas seguintes modalidades: (i) em sítio do candidato, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de internet estabelecido no país; (ii) em sítio do partido ou da coligação, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de internet estabelecido no país; (iii) por meio de mensagem eletrônica para endereços cadastrados gratuitamente pelo candidato, partido ou coligação; e (iv) por

meio de *blogs*, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e assemelhados, cujo conteúdo seja gerado ou editado por candidatos, partidos ou coligações ou por iniciativa de qualquer pessoa natural.

A ideia do legislador era tornar o ambiente virtual um local igualitário, facilitador e congruente, por isso, algumas vedações foram introduzidas com o fito de alcançar essa ideia. O art. 57-C vedava claramente qualquer modalidade de propaganda paga na internet, de modo que o descumprimento das proibições nele estabelecidas sujeita o responsável pela divulgação da propaganda e, quando provado seu prévio conhecimento, o beneficiário à multa no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) a R\$30.000,00 (trinta mil reais). Além disso, foi considerada vedada, ainda que gratuitamente, a veiculação de propaganda eleitoral na internet, em sítios de pessoas jurídicas, com ou sem fins lucrativos, e oficiais ou hospedados por órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Observa-se a tentativa do legislador de expurgar o abuso do poder econômico no âmbito da internet, impossibilitando que os detentores de poder econômico pudessem, de forma injusta e desigual, destacar-se durante a corrida eleitoral em uma relação indevida de armas eleitorais comparados a outros *players* participantes do pleito. Para Marcelo Roseno de Oliveira,

[...] um dos eixos em que opera a governança eleitoral, assim entendida como o conjunto de atividades que criam e mantêm a estrutura institucional, exige o estabelecimento de um marco regulatório rigoroso para impor limites à atuação dos competidores, buscando garantir que as disputas ocorram num campo de jogo nivelado, no qual prevaleça o equilíbrio.

Segundo Lenine Póvoas de Abreu (2018, p. 21), “para a configuração da propaganda eleitoral paga o ato deve ter ocorrido durante o período eleitoral, isto é, que a propaganda paga tenha ocorrido entre a data do registro de candidatura e o dia da eleição”. Assim, antes desse período, qualquer propaganda eleitoral paga não se encaixaria nesse artigo, e sim no art. 36-A da Lei das Eleições, que retrata o instituto da propaganda eleitoral antecipada.

Não é segredo algum que a internet tem se tornado a cada eleição um veículo extremamente relevante para a divulgação de candidatos, partidos e campanhas e, com o crescimento das mídias sociais, tornou-se também um divisor de águas na definição de quem ganha ou quem perde uma eleição. O problema é que, até setembro de 2017, a legislação eleitoral vigente na época não permitia o uso pago da internet como promulgador das campanhas

eleitorais e, com o julgamento da ADI nº 4.650, que vedou as doações de pessoas jurídicas a candidatos e partidos políticos, os candidatos se depararam com grande impasse a resolver: sem recursos das empresas, era necessário criar mecanismo de aproximação do eleitor de forma que fosse barato e ágil. A solução seria, então, a liberação da propaganda eleitoral na internet na modalidade paga.

A partir dessa necessidade, mitigou-se o então art. 57-C da Lei das Eleições, trazendo o seguinte texto:

Art. 57-C. É vedada a veiculação de qualquer tipo de propaganda eleitoral paga na internet, excetuado o impulsionamento de conteúdos, desde que identificado de forma inequívoca como tal e contratado exclusivamente por partidos, coligações e candidatos e seus representantes.

Apesar de o legislador não ter conceituado “impulsionamento de conteúdo” e não ter especificado os limites dessa nova modalidade de propaganda na internet, trata-se de, na linguagem do *marketing* digital, ferramenta cujo texto simples pode alcançar tanto o maior número de pessoas quanto o incentivo financeiro que for aplicado. Ou seja, quanto mais recursos financeiros são investidos na formatação desses impulsionadores, maior será o retorno e a abrangência de pessoas alcançadas. Dessa maneira, são anúncios pagos que objetivam gerar maior número de conversões, trabalhando estratégias relevantes para o usuário da ferramenta com o intuito de chamar a atenção dos possíveis eleitores.

O candidato que partir para essa forma de propaganda pode escolher o público que deseja alcançar, com características bem detalhadas e peculiares, quanto deseja alcançar e qual o período de tempo que essa ferramenta ficará disponível. Na realidade, funciona da seguinte forma: quanto maior o investimento na ferramenta, maior será o resultado orgânico.

Ao vedar a propaganda eleitoral paga e permitir o impulsionamento de conteúdo na internet, abre-se brecha para criar abismo ainda maior entre os candidatos, fomentando o desequilíbrio entre aqueles que possuem capacidade financeira maior que a dos considerados “anões” das campanhas políticas. Contribui-se para expurgar de vez do processo eleitoral os candidatos que não têm condições financeiras suficientes para apresentar suas ideias, impossibilitando, assim, a oxigenação da política e contribuindo ainda mais para a desigualdade nas eleições. Fere-se, sem dúvida alguma, o princípio da igualdade de oportunidades nas competições eleitorais, fomentado pelo autor espanhol Óscar Sánchez Muñoz (2007) e debatido pela autora Eneida Desiree Salgado (2015) como princípio da máxima igualdade entre os candidatos.

2.2 A propaganda eleitoral paga e as violações principiológicas

O legislador, ao permitir que as campanhas eleitorais na internet passem para um cenário de “quem paga mais, tem mais”, fomenta guerra por espaço na mídia virtual em que não os mais fortes sobreviverão, e sim os mais afortunados. O espaço virtual, que em tese seria aberto para todos, não cumprirá o seu papel de nascimento. Somente os candidatos que possuem maior arcabouço financeiro conseguirão alcançar o maior número de eleitores e, com isso, aqueles que não conseguirem realizar o mesmo investimento estariam ainda mais à margem do jogo eleitoral.

Dahl (2001, p. 49-50) considera obrigatório para a existência de um processo democrático seis instituições políticas-chave: (1) funcionários eleitos; (2) eleições livres, justas e frequentes; (3) liberdade de expressão; (4) fontes de informação diversificadas; (5) autonomia para as associações; e (6) cidadania inclusiva. Neste trabalho, dar-se-á enfoque para eleições livres, justas e frequentes (*free and fair elections*) e a liberdade de expressão. A inconstitucionalidade da norma permissiva aos impulsionadores de conteúdo viola a justiça das eleições, pois somente aqueles indivíduos que tiverem o aporte financeiro para pagar pelo conteúdo a ser disponibilizado teriam acesso a um maior número de eleitores.

A paridade das armas deve ser marca para uma democracia que pretende se modernizar perante os desafios atuais. A Justiça marcada pela igualdade, ou melhor, Justiça como equidade, teoria formulada por John Rawls, ao apontar qual seria a concepção política de justiça mais apropriada para uma sociedade bem-ordenada, toma por base um contexto social no qual os cidadãos são vistos como livres e iguais, para o que considera um regime de liberdades básicas, dentre as quais insere as liberdades políticas, que capacitariam o cidadão a participar da vida pública (2002, p. 143).

Rawls idealiza um sistema político denominado democracia de cidadãos-proprietários (*property-owning democracy*), vigorando nesse conceito a ideia de que todos os cidadãos têm oportunidades para exercer os atos da vida política, seja para afetar o resultado das eleições, seja para ter acesso aos cargos públicos. A teoria de Rawls entra em consonância com o *princípio da igualdade de oportunidades nas competições eleitorais*, alicerçado pelo jurista espanhol Óscar Sánchez Muñoz (Madrid, 2007). Objetiva, com esse princípio, afastar do processo eleitoral democrático qualquer tentativa de desigualar os protagonistas (eleitores e candidatos).

O princípio da igualdade de oportunidades relaciona-se fundamentalmente ao princípio da isonomia, presente de forma explícita na Constituição Federal de 1988. O *caput* do art. 5º da Carta Magna considera que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Perceba que a igualdade é inviolável no Estado democrático de direito, assim, tal disposto vai contra a permissão do legislador, autorizando que determinado grupo de candidatos, partidos ou coligações possa pagar pela propaganda eleitoral na internet e, com isso, destoar das minorias participantes no processo de disputa. O simples fato de o legislador liberar a propaganda eleitoral paga por meio de impulsionadores de conteúdos não garante a isonomia, pelo contrário: permite de forma dissimulada que um pequeno grupo possa aproveitar dessa liberação para avançar ainda mais aqueles que não possuem privilégios.

Conforme afirma Roberto Moreira de Almeida, deve-se assegurar isonomia de tratamento para os diversos atores do processo eleitoral no que tange à propaganda político-eleitoral. A partir da isonomia, a Constituição Federal de 1988 aboliu todos os privilégios de classe ao acolher o princípio republicano consagrado no art. 1º, *caput*. Este afasta qualquer concessão de privilégios injustificados a determinada pessoa, categoria ou classe social, como afirma Gomes (2014, p. 59).

Para Óscar Sanchez Muñoz (2007, p. 12), o princípio da igualdade de oportunidades se destrincha em duas visões: (i) princípio da não discriminação, segundo o qual, no conflito, os indivíduos devem depender de seu próprio esforço e de suas próprias decisões, sem que possam influir no resultado outros atributos; e (ii) ação pública de compensação, a qual as instituições públicas devem atuar para equilibrar a competição entre pessoas que, em virtude de suas origens ou atributos pessoais, estejam em desequilíbrio.

Quando o legislador autoriza a propaganda paga por meio de impulsionadores de conteúdo, ele recalitra o princípio da igualdade em todas as suas dimensões, discriminando os indivíduos, pois dá crédito àqueles que possuem capacidade econômico-financeira e não consagra o Estado como responsável por nivelar a disputa democrática. No caso brasileiro de liberação dos impulsionadores, o Estado, que deveria ser responsável por garantir a máxima igualdade entre os candidatos, provoca, com tal liberação, discrepância ainda maior entre aqueles que disputam o processo eleitoral.

Para Muñoz (2007),

[...] é, portanto, necessário compensar de alguma forma a situação de inferioridade de alguns dos competidores eleitorais e permitir que as opiniões políticas representadas por tais concorrentes tenham a mesma oportunidade de serem visíveis ao eleitorado, de tal forma que a decisão dos eleitores pode, assim, ser autenticamente livre e não condicionada pelos poderes políticos, econômicos ou da mídia.

O fato de ter candidatos autorizados a impulsionar conteúdos criaria em tese dois problemas: (i) liberação da propaganda eleitoral paga ferindo a isonomia entre os candidatos, especialmente o princípio da igualdade de oportunidades; e (ii) a criação de bolhas de conteúdo, fadando ao fracasso a possibilidade da ampla discussão prometida originalmente pela internet, uma vez que, com os impulsionadores, é possível segmentar os grupos que terão acesso à determinada informação.

Tanto o primeiro quanto o segundo problema podem ser conjugados em um só. A autorização incoerente e inconsequente dos *links* patrocinados na internet fará com que esta seja para poucos – aqueles que detêm a qualidade de posse no *ranking* social, prejudicando as minorias dentre os candidatos que não têm o patrocínio dos partidos políticos e das coligações.

A terminologia “igualdade de oportunidades” surge a partir da introdução feita por Rawls (2001) na concepção de uma literatura de justiça social. Baseada em uma sociedade justa, tal princípio deriva de outros dois: o primeiro, denominado princípio da não discriminação; e o segundo, focado em instituições políticas com o papel de equilibrar a competição eleitoral.

Para Muñoz (2007, p. 13), o princípio da igualdade de oportunidades sugere jogo limpo, igualdade de armas, regras objetivas aplicáveis a todos por igual e propõe ainda que pode considerá-lo como o núcleo do conceito abstrato do princípio de igualdade de oportunidades.

Dentre tantas evoluções da democracia, Muñoz (2007) considera que vivemos o chamado modelo concorrencial de democracia, em que o pluralismo político convive com o princípio majoritário. Como afirma Schumpeter (1950, p. 242), trata-se de modelo concorrencial de democracia. Apesar da igualdade formal ao acesso a cargo político, apesar de nem todos o almejam, pois, o próprio modelo democrático cria barreiras, sejam elas legais, sejam elas sociais. Como afirma Muñoz, o conceito de competição eleitoral se aproxima de forma natural de competição econômica.

O problema é que, quanto mais a democracia se aproxima de um modelo concorrencial econômico, mais afloram as desigualdades entre as partes. Quanto mais as competições eleitorais envolvem dinheiro, menos acesso ao poder para as minorias. De fato, o cumprimento do princípio da igualdade constitui o elemento-chave para a saúde e a estabilidade dos sistemas democráticos. O maior desafio das democracias modernas é possibilitar que todos tenham a “oportunidade de ter oportunidades”, evitando normas que criem entraves ao acesso ao poder de forma desmedida e discriminatória.

Defende-se, aqui, o que Muñoz (2007, p. 84) nomeia de *opinião pública livre*, uma vez que a simples pluralidade dos meios midiáticos e o reconhecimento da liberdade de criação desses meios não garantem o direito de os cidadãos receberem informações de forma plural, pois o que em determinadas circunstâncias deveria ser um *livre mercado de ideias*, transformar-se-ia em um *oligopólio de ideias*. É importante traçar aqui alguns pontos: de fato, a internet é um meio aberto, que possibilita a todos levarem suas ideias a um grupo exponencial de pessoas, as quais acatam e compartilham aquilo com o qual concordam e pensam de determinado grupo. O que não agrada é deixado de lado. Pense agora em um cenário em que o produtor de ideias durante o período eleitoral possa pagar pelo compartilhamento de determinado conteúdo: mesmo não agradando, ele continuará repercutindo, pois ele foi impulsionado/pago. O conteúdo atingirá o maior número de cidadãos e, com isso, repercutirá espantosamente.

Por essa razão, quando a Lei nº 13.488/2017 permite descaradamente o impulsionamento de conteúdo e abre brecha à propaganda eleitoral paga, ela viola, com todas as forças, o princípio da igualdade de oportunidades, uma vez que aqueles que detêm aporte financeiro passam a usufruir dos benefícios proporcionados pelo efeito da bolha das redes sociais. Mesmo a legislação impondo limites de gastos de campanha, é notório que, pela força e pelo crescimento da internet, os maiores gastos serão derivados dela. A questão agora é a seguinte: como aqueles cidadãos que não possuem capacidade financeira nem apadrinhamento pelos partidos conseguirão disputar em igualdade de armas com os barões concorrenciais?

2.3 Os impulsionadores de conteúdo e a ofensa à plena igualdade entre os candidatos

Não é segredo algum que, para uma campanha eleitoral alcançar sucesso, a plena liberdade de propaganda deve ser respeitada, pois trata-se do corolário

do ideal republicano e do princípio democrático, presentes na Constituição Federal de 1988. A liberdade de propaganda tem derivação da liberdade de expressão, e daí decorre sua proteção. A regulação – estabelecimento de regras e limites – é fundamental para que a liberdade não seja atributo apenas de alguns, como ocorre no caso brasileiro, ao liberar a propaganda eleitoral paga, sem estabelecer limites claros e regras suficientes para garantir a possível participação de todos os envolvidos no processo eleitoral.

Como afirma Nogueira (1989, p. 34), “o tratamento da liberdade de propaganda deve garantir o funcionamento da competição democrática, em consonância com a igualdade”. Assim, ao liberar a propaganda eleitoral paga por meio de impulsionadores de conteúdo, o legislador peca ao não proteger a liberdade contra a atuação indevida das agências estatais e a igualdade em face das denominações sociais que possam de alguma maneira prejudicar e desnivelar o “livre diálogo democrático”.

Cândido (2004, p. 150) indica seis princípios regentes da propaganda política: (i) princípio da legalidade (lei federal regulando a propaganda); (ii) princípio da liberdade (livre direito à propaganda, na forma da lei); (iii) princípio da responsabilidade (dos partidos e coligações, com solidariedade dos candidatos pelos abusos); (iv) princípio igualitário (igual acesso à propaganda paga ou gratuita); (v) princípio da disponibilidade (livre disposição dos meios lícitos de propaganda); e (vi) princípio do controle judicial da propaganda.

A este trabalho focaliza o princípio igualitário na propaganda eleitoral. O legislador, até então, enumerou uma série de critérios e requisitos para legitimar a propaganda eleitoral no rádio e na televisão. No entanto, ao permitir a propaganda paga na internet, foi omissivo em diversos pontos:

- a) Qual o limite financeiro para essa modalidade de propaganda?
- b) Qual o período de contratação do serviço e encerramento?
- c) Como e quem fiscalizará os possíveis atos contrários à legislação eleitoral?

Cumprido ressaltar que é reflexo do princípio da igualdade entre os candidatos a proibição de propaganda paga na televisão e no rádio, meios de comunicação de massa, segundo orienta o art. 36³, § 2º, da Lei das Eleições. A utilização

³ Constituição Federal de 1988 – Art. 36. A propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 15 de agosto do ano da eleição. § 2º, Não será permitido qualquer tipo de propaganda política paga no rádio e na televisão.

desses meios para a divulgação das candidaturas deve dar-se sob requisitos equitativos de distribuição do tempo do horário eleitoral gratuito. A ausência desses requisitos de forma clara e objetiva criaria discriminação indevida na disputa eleitoral. Nesse sentido, Aline Osorio, em sua obra *O Princípio da Liberdade de Expressão no Direito Eleitoral*, determina que “a garantia da democracia constitui um dos mais importantes objetivos da liberdade de expressão, sendo imprescindível garantir plena liberdade para que todos os grupos e indivíduos possam expor e ter acesso a opiniões e pontos de vista sobre temas de interesse público”.

Desiree Salgado (2015, p. 189) consagra que a Constituição estabelece como norma estruturante do Direito Eleitoral o princípio da máxima igualdade entre os candidatos. Alicerça-se esse argumento refletido no princípio republicano e na ideia de igualdade construída na Constituição Federal de 1988 que impõem regulação das campanhas eleitorais, alcançando o controle da propaganda eleitoral, a neutralidade dos poderes públicos, a vedação ao abuso de poder econômico e a imparcialidade dos meios de comunicação. Carlos Santiago Nino (1984, p. 227-228) afirma que a democracia não se fortalece em campanhas eleitorais de cunho comercial; ao contrário, enfraquece-se pelo apoio à irracionalidade e pelos altos custos, usualmente suportados por interesses privados, que afastam do debate os candidatos sem recursos e seus argumentos.

Ressalte-se que o princípio da máxima igualdade entre os candidatos nas campanhas eleitorais aproxima-se de um valor central de um regime democrático que é a liberdade de expressão. Condicionar a manifestação do pensamento e das ideias nas campanhas eleitorais a pagamento destinado às empresas responsáveis pelas redes sociais é uma afronta a esse direito fundamental, pois mesmo que o ato de impulsionar conteúdo seja de livre escolha de candidato ou partido, nem todos terão condições de se igualar no ato de se manifestar, tornando à mostra somente os candidatos que possuem aporte financeiro suficiente para patrocinar os anúncios.

Há uma tendência de afastamento de qualquer possibilidade de ligação das campanhas eleitorais com pessoas jurídicas no ordenamento jurídico brasileiro. Autorizar que as campanhas eleitorais na internet possam ser subsidiadas por impulsionadores de conteúdo traduz incoerência do legislador com as recentes transformações do processo eleitoral. Quando o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da ADI nº 4.650, declara a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas

às campanhas eleitorais, o objetivo era afastar a imoralidade e o abuso do poder econômico. Agora, quando o legislador permite que haja contribuições de pessoas físicas tendo como intermediárias pessoas jurídicas, dá margem a abusos tão rechaçados pelas normativas eleitorais.

A tentativa de o legislador brasileiro autorizar a propaganda paga, mesmo que seja somente como critério de exceção, permite que se abram portas para condutas violadoras da igualdade, da legitimidade, da moralidade e da probidade do processo eleitoral. Faz-se necessário afugentar qualquer possibilidade de ligação entre poder econômico e eleições. O poder econômico cria desequilíbrios na disputa eleitoral, reproduzindo a desigualdade econômica na esfera política, com a conseqüente sobrerrepresentação política de setores dominantes na economia. Candidatos mais abastados, ou melhor, relacionados com grupos econômicos fortes, tendem a ter maior cobertura financeira, o que influencia diretamente as chances de sucesso no pleito.

3 Considerações finais

A democracia é entendida com a ideia de eleições livres e justas, tendo igualdade do voto como pressuposto legitimador. A máxima “*one man, one vote*” simboliza o pensamento acerca da justiça perseguida no âmbito político para garantir a todos o direito à igual participação. Interessa-nos observar a construção do princípio ao longo da história para ter clara a evolução do pensamento e a maneira como se compreende hoje o termo “igualdade” presente em nossa Constituição.

Observa-se que a atual legislação eleitoral permite que haja séria violação à igualdade quando oferece aos indivíduos maior ou menor representação política em razão de sua condição econômica. O princípio da igualdade entre os candidatos é violado quando a lei permite que, em um campo aberto como a internet, destaque-se aquele que embutir mais dinheiro em suas publicações.

A Constituição brasileira de 1988, em seu art. 1º, estabelece que a República Federativa do Brasil se constitui “Estado democrático de direito”, em que todo poder emana do povo, que o exerce por meio dos seus representantes ou por mecanismos de democracia direta (parágrafo único). Mais adiante, o art. 14 de nossa Carta diz que todos aqueles aptos ao voto o exercerão sem qualquer distinção de classe, gênero ou condição econômica, manifestando a contrariedade de nossa ordem constitucional à desigualdade na participação política. Nesse sentido, é também o art. 14, § 9º, que deixa clara a defesa do

princípio democrático na importância dada pelo legislador originário à busca por impedir que o dinheiro seja um fator influente na política.

No entanto, olhando para a legislação eleitoral brasileira, fica evidente o descompasso com a Constituição. A lei eleitoral é demasiadamente permissiva em relação ao ingresso de dinheiro nas campanhas eleitorais, fator criador de desigualdades tendentes a nos aproximar do que seria não uma democracia, mas sim uma plutocracia, em que o poder é exercido pelo grupo que possui maior arcabouço financeiro, acompanhando em profunda desigualdade de renda e baixo grau de mobilidade social.

No plano da disputa entre candidatos, vemos que fica violado também o “princípio da igualdade de chances” entre candidatos. Aqueles que têm maior proximidade com os interesses dos partidos políticos partem de uma posição de vantagem em relação aos demais por contarem com pesados investimentos, diferentemente do que ocorre com os “novatos” da política. Dessa forma, a política se torna mais ou menos acessível em razão da cobertura financeira que tem sido dada aos candidatos.

O que ocorre durante as campanhas eleitorais é que os candidatos que já possuem histórico de reeleições são os mais queridos pelos partidos políticos. De fato, há certa preferência na hora de repassar valores para as campanhas eleitorais desses candidatos, deixando os novatos na política carentes de recursos. Isso afasta a tão sonhada oxigenação, contribuindo ainda mais para um processo político extremamente desigual.

Defende-se, aqui, repensar esse permissivo legal, refletindo os seguintes pontos:

1. a liberação dos impulsionadores de conteúdo como exceção ao que antes era vedado na legislação brasileira abrirá espaço para mais possibilidades de liberação de propaganda paga no ordenamento jurídico eleitoral nacional;

2. a propaganda eleitoral gratuita, seja na internet, seja em outras mídias (rádio e TV), com as devidas regulamentações, garante igualdade mínima existencial no processo eleitoral brasileiro;

3. a propaganda eleitoral paga afasta o eleitor de uma diversidade de ideias (com base no pluralismo como fundamento da Constituição Federal), impossibilitando o contato com uma gama de projetos e programas, uma vez que ficará restrito somente ao que surge na tela devido ao impulsionamento;

4. a permissão de pagar por incentivar determinado conteúdo na internet contribui para a formação de “guetos, bolhas”, ou, como nomeio, “panelinhas eleitorais”. Nesses grupos, fechados por uma camada invisível, o contato com o mundo exterior (ideias contrárias e diversas daquilo que está sendo publicado) torna-se a regra e não a exceção;

5. apesar de a sociedade já ter contato massivo com as redes sociais, o uso delas como meio de propaganda e *marketing* eleitoral ainda é uma incógnita para muitos candidatos, por isso, sugere-se que os órgãos partidários desenvolvam esses aplicativos por meio de cursos de formação que seriam destinados aos candidatos filiados. Assim, todos, sem exceção, conheceriam a ferramenta, os benefícios, as regras e suas devidas aplicações;

6. o art. 39, § 5º, IV, da Lei das Eleições, considera que será crime eleitoral punível com detenção de seis meses a um ano, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade, a publicação de novos conteúdos ou o impulsionamento de conteúdos nas aplicações de internet de que trata o art. 57-B desta lei, podendo ser mantidas em funcionamento as aplicações e os conteúdos publicados anteriormente. Todavia, autorizar que se contrate impulsionamento de conteúdo antes da eleição e permitir que seus efeitos ainda perdurem durante as eleições é ludibriar a própria vedação de propaganda no dia da eleição. É óbvio que o efeito dos impulsionamentos de conteúdo ainda permanecerá durante o dia da eleição e criará efeitos ainda maiores de desigualdade no pleito. O dia da eleição precisa ser marcado pela isonomia e pela ausência de mecanismos de promoção pessoal nas redes sociais por meio das propagandas eleitorais.

Assim, liberar o impulsionamento de conteúdo para as eleições abre espaço para outras modalidades de propaganda paga. O legislador, antes de realizar essa permissão, deveria ter refletido sobre a repercussão na demarcação do processo eleitoral. Os pontos citados acima precisam ser debatidos para que, mesmo com a liberação, primemos pela garantia da isonomia entre os candidatos.

É cediço que o exercício da política democrática está diretamente ligado ao livre convencimento e à pluralidade de ideias, por isso, em um Estado democrático de direito, deverá constar de *front* o princípio da liberdade da propaganda em que a disputa eleitoral seja realizada com ampla divulgação de ideologias e propostas.

Referências

- ABREU, Lenine Póvoas de. Os limites da liberdade de expressão em matéria eleitoral. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura. (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (org.). *Propaganda eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Curso de Direito Eleitoral*, 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIUM, 2017.
- DAHL, R. *Sobre a democracia*. Brasília: UnB, 2006.
- MUÑOZ, Ó. S. *La igualdad de oportunidades em las competiciones electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007.
- NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires, 1984.
- NOGUEIRA, José da Cunha. *Manual práctico de Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- OLIVEIRA, Marcelo Roseno. Igualitarismo eleitoral: por uma força de efeito ótima ao princípio da igualdade de oportunidades nas competições eleitorais. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). *Direito Constitucional Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 355-376. (Tratado de Direito Eleitoral, v. 1.)
- OSORIO, Aline. O princípio da liberdade de expressão no Direito Eleitoral. In: Fux, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). *Direito Constitucional Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 377-401. (Tratado de Direito Eleitoral, v. 1.)
- RAWLS, J. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- SALGADO, E. D. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- SHUMPETER, J. *Capitalism, socialism and democracy*. 3. ed., Londres: George Allen & Unwin, 1950.

**AS CONTRIBUIÇÕES DA ANÁLISE DE DISCURSO CRÍTICA
COMO RECURSOS PARA SER E AGIR CONSCIENTE
NA PRÁTICA SOCIOPOLÍTICA DO BRASIL**

**THE CONTRIBUTIONS OF CRITICAL DISCOURSE ANALYSIS
AS RESOURCES TO BEING CONSCIOUS AND ACTING
CONSCIOUSLY IN SOCIO-POLITICAL PRACTICES IN BRAZIL**

F. CORDELIA OLIVEIRA DA SILVA¹
RODRIGO DOS SANTOS CAMILO²

¹ Doutora e mestre em Linguística pelo Programa de Pós-Graduação em Linguística da Universidade de Brasília (UnB); licenciada em Letras; e professora adjunta IV da UnB. Desenvolve pesquisas em Análise de Discurso Crítica na graduação e na pós-graduação e coordena o Grupo de Pesquisa “Língua, Discurso e Representação (Gedis)”, registrado no Diretório de Pesquisa do CNPq. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7957-520X>.

² Doutorando em Linguística e mestre em Linguística na área de Linguagem e Sociedade pela Universidade de Brasília (UnB); especialista em Revisão de Texto; e graduado em Letras – Licenciatura em Língua Portuguesa e Língua Inglesa. Pesquisa discursos, representações sociais, ideologias, identidades sociais e brasilidades. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7646-9743>.

RESUMO

Neste trabalho, consideramos que os discursos políticos do Brasil, fruto do Estado democrático de direito, desempenham função vital na estruturação, na organização e na manutenção da vida social. Nosso propósito é apresentar a perspectiva da Análise de Discurso Crítica (ADC) como instrumento de investigação linguístico-social que oferece recursos que possibilitam aos membros da sociedade brasileira entender, refletir e reagir, de forma consciente, aos discursos produzidos pela prática que tem a função de instituir, de manter e de modificar as relações sociais de poder e as entidades coletivas. Conjugamos, neste artigo, a ADC a trabalhos teóricos outros, para apresentar modos como os discursos podem ser manipulados, a fim de pensar estratégias para que os sujeitos sociais possam (re)posicionar-se criticamente e, assim, agir em prol da mudança e da melhoria social.

Palavras-chave: Discurso político. Análise de Discurso Crítica (ADC). Política brasileira.

ABSTRACT

In this study, we consider that political discourse in Brazil, as the fruit of the democratic rule of law state, plays a vital role in structuring, organizing and maintaining a social life. With this, our purpose is to present the perspective of Critical Discourse Analysis (CDA) as an instrument of linguistic and social investigation that offers resources that enable members of Brazilian society to understand, reflect and react, in a conscious way, to the discourses produced by practice, whose function is to institute, maintain and modify social relations, power and corporate bodies. In this study, we combined CDA with theoretical works to present ways in which discourses can be manipulated, in order to think strategies. In this way, the subjects can critically (re) position themselves and, thus, act in favor of social change and improvement.

Keywords: Political discourse. Critical Discourse Analysis (CDA). Brazilian politics.

1 Introdução

O estudo, aqui apresentado, possui suas bases na dissertação de mestrado de Rodrigo dos Santos Camilo, *Análise Discursiva Crítica da Representação Social de Resistência da Presidenta da República do Brasil em Tempos de Crise*, realizada no âmbito do Programa de Pós-graduação em Linguística (PPGL) da Universidade de Brasília (UnB) sob a orientação da professora doutora Francisca Cordelia Oliveira da Silva. Ela se alinha ao projeto de pesquisa Discursos, Ideologias, Identidades e Representações: Práticas Discursivas e Sociais de Exclusão, desenvolvido pelo Grupo de Estudos e Pesquisas Língua Discurso e Representação - Gedis (CNPq). A pesquisa de mestrado objetivou investigar como a atuação do principal agente político brasileiro, presidente da República (responsável pelas funções de chefe de Estado e de governo), constrói sua representação social em relação aos temas que compõem a vida dos cidadãos(ãs) brasileiros(as), ao analisar temas como educação, saúde, economia, segurança e cultura, quando inseridos em um contexto de crise. No recorte aqui apresentado, o foco é discorrer sobre a intersecção entre discurso e política, tomando autores da Análise de Discurso, como Norman Fairclough e Patrick Charaudeau.

Diante desse panorama, empreendemos este trabalho de modo a desenvolver reflexões pautadas em perspectiva linguística crítica, tendo o balizamento teórico fundado em estudos da Análise de Discurso Crítica (ADC). Nesse escopo, temos como principal meta analisar práticas sociais materializadas em eventos nos quais são produzidos discursos (estes nossos reais objetos de análise). Alinhamos este estudo a tantos outros que têm sido desenvolvidos com o fito de, ao estudar discursos, buscar formas de compreender a realidade que nos cerca, as representações com que convivemos, as identidades propostas/impostas e as ideologias em pauta.

2 Breviário da política brasileira: formação e consolidação

Pode-se compreender a *política*³, a partir de um ponto de vista lato, como: a) a ciência do governo das nações; b) a arte de regular, de organizar, de administrar as relações entre Estados e seus negócios; c) o conjunto de medidas que visam à obtenção de determinado fim; d) a arte de direcionar ou de influenciar a forma de governo pela organização de um partido, pela interferência da opinião pública e pela aliciação de eleitores; e) a habilidade

³ Com base em Houaiss (2007) e Aurélio (2016).

no relacionar-se com outros indivíduos com objetivo de alcançar resultados desejados.

De acordo com Carvalho (2007, p. 19), a principal dificuldade da política do Brasil é constituir-se em um país que promova a combinação de liberdade, de participação e de justiça social. O pesquisador aponta que temos liberdade, uma parcela de participação e muita desigualdade. Para sobreviverem, a liberdade e a participação necessitam produzir igualdade. Nesse sentido, Carvalho (2007) destaca que a política brasileira é marcada por dois importantes períodos. No primeiro, compreendido de 1500 a 1930, encontram-se duas características ligadas à natureza da colonização portuguesa que influenciaram a formação da política do Brasil. De um lado, a coroa portuguesa patrocinou as ocupações e a colonização da terra conquistada, além de exercer a administração da colônia até seu final, por meio da nomeação de vice-reis, de capitães-gerais, de magistrados, de padres e de bispos. Por outro lado, devido à insuficiência de recursos humanos de Portugal, a metrópole não possuía gente suficiente para colonizar a nova terra, nem detinha pessoal qualificado para administrá-la. Por isso, a Coroa, para manter a ordem e o gerenciamento, recorreu à cooperação de potentados rurais, os quais eram responsáveis pela segurança e pelo monitoramento da cobrança de impostos (*ibidem*, p. 24).

Essas duas características, consoante Carvalho (2007), parecem conflitantes, uma vez que expressam um governo, ao mesmo tempo, forte e desprovido de recursos. Todavia, elas propiciaram a construção de um aspecto central da política brasileira: a mistura, o conluio entre o poder estatal e o privado. Tal mistura é denominada de *patrimonialismo*, porque denota que o Estado reparte seu patrimônio entre particulares em troca de colaboração e de lealdade. Nesse tipo de sistema, não há cidadãos, mas súditos inseridos num processo de trocas com o Estado, o qual é regido por favorecimentos. O autor ressalta que o clientelismo e o nepotismo, ainda fortes até hoje, são resquícios do patrimonialismo.

Quando o país tornou-se independente em 1822, Carvalho (2007, p. 25) afiança que a elite política brasileira adotou uma monarquia representativa como forma de governo. Aderiu à monarquia para auxiliar a manutenção da unidade do país em volta da figura do imperador e para sustentar a ordem social; e escolheu ser representativa para atender à oposição aos governos absolutistas, que eram muito fortes desde a Revolução Francesa de 1789.

Esse modo de governança diferenciava-se em relação aos demais da época porque atribuía ao imperador grande poder sobre o ministério. Assim, o

imperador portava-se como chefe do governo e do Estado e selecionava os ministros entre os líderes dos partidos Liberal e Conservador. Os deputados gerais eram eleitos por quatro anos, e os senadores eram eleitos por toda a vida em listas tríplices (*ibidem*, p. 26). Nesse sentido, Carvalho (2007, p. 26) assinala que as modificações mais importantes iniciadas na República representam a introdução do presidencialismo, da eleição popular do presidente para mandato de quatro anos, e a dos governadores dos estados, conforme o sistema federal então introduzido.

Nesse caminho, a realidade da vida política era muito diferente quando comparada aos dispositivos legais. Carvalho (2007, p. 26) explica que a experiência representativa do Brasil limitava-se apenas às eleições municipais da época colonial, porém os votantes eram somente aqueles considerados “homens bons” (proprietários de terras). Mesmo oferecendo o direito ao voto, o sistema representativo era excludente: mulheres e escravos não votavam, a dependência social da população não permitia que os cidadãos exercessem o direito ao voto com autonomia, e o controle e a pressão das autoridades mascaravam as eleições e seus resultados. Com isso, não se podia falar que, no Brasil, havia democracia representativa nem mesmo após a proclamação da República, já que nela não havia participação popular efetiva.

Muitas mudanças começaram a instaurar modificações na dura realidade política do Brasil, ao ponto de o ano de 1930 se estabelecer como um divisor de águas. A partir desse período, houve grande aceleração nas mudanças, cujas principais causas foram externas: a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), a Revolução Comunista (1917) e a Crise de 1929. Internamente, a política dos estados não conseguia mais sustentar o controle sobre as oligarquias descontentes e sobre os setores que eram emergentes nas cidades; os militares revoltavam-se; e movimentos culturais, como a Semana de Arte Moderna de 1922, desafiavam a tradição (*ibidem*, p. 27).

Elucida Carvalho (2007, p. 28) que a entrada do povo na política não ocorreu de forma tranquila. Ela se deu, na década de 1940, por um processo chamado populismo. Além de votar, o povo começou a manifestar-se também por meio de organizações sindicais, nas greves operárias, nos comícios e nas campanhas nacionais. Essa participação sofreu interrupção em 1964 e foi dificultada durante os 21 anos de atuação da ditadura militar. Nesse panorama, o voto não foi suprimido, no entanto, foi eliminado o direito de expressão e de organização, fundamentais à participação política. Ao final do período ditatorial, a participação foi retomada e tomou novas e diversificadas formas.

Esse mesmo autor salienta que o saldo da participação popular contribui para consolidação do Estado democrático. Devido a isso, as instituições, como sindicatos, partidos e imprensa, têm praticado suas atividades livremente; os poderes constitucionais estão, no geral, atuando conforme a lei; e os rituais da democracia – eleições, debates e campanhas – não têm sido impedidos. Apesar de os resultados sociais do exercício da democracia política ainda não serem satisfatórios, é necessário considerar que a prática democrática é recente, marcada por idas, vindas e retrocessos, portanto precisa de tempo para aperfeiçoar-se (CARVALHO, 2007, p. 28-29).

Até aqui, apresentamos um brevírio da história política do Brasil, com alguns pontos marcantes de sua formação e das modificações sofridas durante seu percurso. Com isso, podemos compreender melhor as bases nas quais o atual sistema político brasileiro foi estruturado e o abordaremos na próxima seção.

2.1 Presidencialismo e atuação do ator social governante federal

Na contemporaneidade, Cintra (2007) afirma que as democracias não seguem um único caminho na organização de seus governos. Elas podem se configurar em sistemas diferenciados, de acordo com variações nos seus componentes e na forma como eles se combinam uns com os outros. Dessa forma, cada nação democrática tem sua organização política peculiar, construída a partir do enfrentamento dos desafios encontrados ao longo de sua história.

Sendo assim, sobretudo devido ao impulso da ação de democratização das décadas finais do século XX, a temática “sistemas de governos⁴” tem conquistado crescente atenção e notoriedade nos estudos das ciências sociais nos últimos anos. Com isso, os debates sobre os méritos e deméritos do parlamentarismo e do presidencialismo, por serem os sistemas de governo mais adotados entre as sociedades na atualidade, têm sido acirrados. Nesse sentido, por este estudo ser baseado na representação social de uma governante que é fruto do sistema presidencialista, o qual é o sistema de governo exercido no Brasil, conforme promulgado pela Constituição Federal de 1988, focalizaremos, doravante, na explanação desse modo de governo.

⁴ A terminologia “sistemas de governo” para designar presidencialismo, parlamentarismo e modelos híbridos segue a adotada pela Constituição Federal, no art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (CINTRA, 2007).

De acordo com Bandeira (2015), o regime presidencialista teve sua origem na Constituição norte-americana, de 1787, e foi adotado pelo Brasil desde a proclamação da República, em 1889. Nesse sistema, há separação de Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si. O Poder Executivo é desempenhado pelo presidente da República, que reúne as funções de chefe de Estado e de governo.

No contexto brasileiro, o presidente da República é eleito, simultaneamente com o vice-presidente, por meio do voto direto e secreto do eleitorado, de acordo com o princípio da maioria absoluta, em eleição que pode ser realizada em até dois turnos. Assim, o presidente eleito cumprirá mandato de quatro anos, podendo concorrer à reeleição ao fim do primeiro mandato (BANDEIRA, 2015, p. 32).

O art. 84 da Constituição Federal do Brasil esboça as atribuições do governante federal. Desse modo, como chefe de Estado, algumas de suas funções são: celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeito a referendo do Congresso Nacional; nomear ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) e dos Tribunais Superiores; nomear magistrados do Tribunal Regional Federal (TRF), Tribunal Regional do Trabalho (TRT) e Tribunal Regional Eleitoral (TRE); declarar guerra; e celebrar paz.

No que diz respeito ao papel de chefe de governo, algumas atribuições são: nomear e exonerar ministros de Estado; exercer, com ajuda dos ministros, a administração federal; sancionar e fazer publicar as leis, assim como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; vetar projetos de leis; decretar estado de defesa e de sítio; conceder indultos e substituir penas; exercer comando supremo das Forças Armadas e nomear comandantes e oficiais; enviar ao Congresso projeto de lei com as diretrizes e as propostas do orçamento; prestar as contas referentes ao exercício anterior ao Congresso Nacional; dentre outras.

Com essa exposição, procuramos elucidar as características que configuram o atual sistema político brasileiro e as funções de seu agente de liderança. A seguir, abordaremos o percurso feminino na política do Brasil.

2.2 Mulher na política: a luta pela participação e pela igualdade

Ao longo da história das sociedades, podemos ver que a vida política foi quase sempre produzida e regida por homens. Até os dias de hoje, no fim da segunda década do século XXI, a participação política das mulheres, em relação ao exercício de cargos de governo ou de autoridade, ainda é bem inferior se comparada ao mesmo tipo de participação que os homens exercem. Esse fato pode nos levar a evidenciar que, no contexto político, mulheres no Brasil são pouco representativas do desenho social em que são maioria numérica; são pouco representadas em relação a seus direitos e necessidades específicas como grupo social; e são, por isso, ainda alvo de baixa representatividade.

No Brasil, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e de Estatística (IBGE)⁵, as mulheres representam 51,95% do eleitorado, mas, no Congresso, o percentual é de 10%. A cartilha *+Mulher na Política: Mulher, Tome Partido*, desenvolvida pela Procuradoria Especial da Mulher, com apoio do Ministério Público Federal, relata que, num *ranking* sobre representação feminina, entre 188 países, o Brasil está na posição de número 156 e, quando comparado com outros 34 países das Américas, ele ocupa o 30º lugar (BRASIL, 2016).

Desse modo, direcionando o olhar para a realidade brasileira a partir da qual esta investigação se desenvolve, consideramos que é pertinente trazer a este estudo algumas considerações a respeito da figura feminina na elite política brasileira.

Ao tratar sobre esse tema, Avelar (2001) expõe que a participação das mulheres na vida política, a partir do início do século XX, está relacionada a mudanças sociais, culturais e políticas das sociedades. Dentre tais mudanças, pode-se apontar: o surgimento de novos tipos de famílias; a quebra dos padrões familiares patriarcais; os novos modos de produção no mundo do trabalho e os seus efeitos nas relações sociais; as conquistas das mulheres no decorrer do século XX; e o desenvolvimento de uma consciência feminista. Essas modificações abalaram fundamentos seculares sobre os quais se assentava a dominação masculina em todas as dimensões da vida pública e privada. Em relação ao Brasil, a autora destaca que as análises sobre as mulheres na política precisam, também, considerar as razões do demorado processo de mudanças políticas no país, especialmente no âmbito dos direitos de cidadania.

⁵ Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-03/participacao-das-mulheres-na-politica-ainda-e-desafio>>. Acesso em: set. 2016.

Afirma Avelar (2001, p. 20) que o direito de voto das mulheres veio somente por decreto do presidente Getulio Vargas, em 24 de fevereiro de 1932. Porém, a efetivação do voto feminino deu-se em 1946, e uma retomada do ativismo ocorreu nos anos 1970 e 1980, com movimentos sociais estruturados em torno de novos temas, principalmente graças à ascensão educacional das mulheres. Mesmo assim, a dificuldade maior ainda imperava: como formar coalizões em uma sociedade profundamente desigual?

Inúmeras líderes feministas despontaram das universidades, dos movimentos de base da Igreja Católica e de antigos partidos clandestinos. Durante o período de transição (1974-1985), os partidos mantinham o fechamento às representações das mulheres. Foi a construção de uma nova dimensão política, a esquerda, reproduzida pela “política da sociedade organizada”, que favoreceu o posicionamento ideológico das mulheres como grupo social (*ibidem*). De acordo com Avelar (2001), de alguma forma, as mulheres brasileiras seguiam orientações das organizações femininas mundiais. O feminismo foi sendo encarado como tema político, já que possuía diversificação ideológica, pregava reformas progressivas e emancipações, que conduziam à igualdade entre os sexos.

Todavia, segundo essa autora, o ativismo feminino internacional e nacional sofreu grande abalo, devido à crise econômica que se instalou nos países em desenvolvimento, o que trouxe modificações em várias instâncias sociais. Nos países latino-americanos, as desigualdades se agravaram no início do século XXI. Diante da complexidade desse panorama, o mundo das mulheres encontrava-se diverso, os direitos de cidadania comprometidos e as organizações femininas sofrendo refluxo (*ibidem*). Segundo Avelar (2001, p. 24, grifo nosso), há muito ainda para se alcançar em relação à representação e participação política das mulheres. Devido a isso, ela defende que

[...] a questão-chave não é eleger mais mulheres e sim eleger mulheres feministas. O feminismo, como uma ideologia política, é elemento crucial na construção de *identidades políticas femininas* porque é um conjunto estruturado de ideias que guia a ação política. É a consciência de que as mulheres são discriminadas e não usufruem das mesmas condições de igualdade que os homens; a convicção de que isso é resultante da situação de desigualdade estrutural das mulheres na sociedade, e do reconhecimento de que são necessárias soluções grupais, resultantes da ação coletiva, para a mudança em termos estruturais.

Em decorrência desse percurso, todo o período da República Federativa do Brasil foi marcado pela presença masculina ocupando e exercendo o mais alto e importante cargo político da nação. Esse cenário foi alterado pelo processo eleitoral de 31 de outubro de 2010 e pela consequente posse, em 1º de janeiro de 2011, de Dilma Rousseff, a qual, eleita por voto direto, tornou-se a primeira mulher a ocupar a presidência da República. Após o cumprimento de seu mandato, Dilma Rousseff disputou novamente as eleições presidenciais e, no dia 1º de janeiro de 2015, foi empossada para seu segundo mandato como presidenta.

A força e a significação desse evento desencadearam profunda mudança na realidade sociopolítica brasileira. Isso possibilitou rupturas com amarras do passado de uma sociedade machista e excludente em relação à presença e à participação da mulher na vida política; e contribuiu para a consolidação e a legitimação da identidade feminina no que diz respeito ao desempenho de funções e de cargos de liderança e de governança.

A chefe de Estado conseguiu reeleger-se em 2014, com 51,6% dos votos. Porém, em 12 de maio de 2016, Dilma foi afastada de seu cargo por 180 dias, depois de uma votação no Senado Federal. Com isso, foi aberto o processo de *impeachment*. Seu vice, Michel Temer, assumiu, interinamente, a presidência da República. O processo para o afastamento definitivo da presidenta durou nove meses. Nas últimas instâncias, ela chegou a comparecer ao Senado para fazer sua defesa pessoalmente. Entretanto, no dia 31 de agosto de 2016, Dilma Rousseff foi destituída do cargo da Presidência do Brasil por 61 votos dos senadores contra 20, mas o processo preservou seus direitos políticos, resguardando-lhe o direito de candidatar-se a cargos eletivos e exercer funções na esfera pública. Com isso, chega ao fim o governo da primeira presidenta da República do Brasil.

Esse esboço dos principais aspectos da participação feminina na política do Brasil (considerando a função presidente da República) encerra, aqui, nossa contextualização do cenário político no qual todos(as) os(as) cidadãos(ãs) estão inseridos(as) e são participantes. Sendo assim, adiante, traremos a exposição do instrumental teórico-metodológico que nos auxiliará na análise crítica dos discursos selecionados para ilustrar a prática política brasileira.

3 A Análise de Discurso Crítica: instrumento linguístico-social para promover a mudança

Nos anos 1970, emergiu um novo modo de analisar o discurso e o texto, o qual considerava o papel da linguagem na construção das relações de poder na sociedade. Desde 1985, Norman Fairclough, na Universidade de Lancaster, começou a utilizar o termo Análise de Discurso Crítica (ADC) para nomear essa nova abordagem. Dessa forma, ele vem atuando, juntamente com vários outros estudiosos, para o desenvolvimento de um rico construto teórico-metodológico, consolidado ao longo dos anos, que revela a importância de se promover pesquisa social em conexão com estudos linguísticos que consideram o discurso como forma de prática social (WODAK, 2004). Assevera Magalhães (2005) que a ADC proporciona debates de questões que circundam a vida social dos sujeitos, como racismo, discriminações, identidade nacional, controle e manipulação institucional e exclusão social.

Conforme Fairclough (2003), a ADC é ferramenta de pesquisa social crítica que examina as seguintes questões: como a forma com que as sociedades disponibilizam e satisfazem os sujeitos com possibilidades e recursos que dão sentido e completude às suas vidas; como as sociedades criam meios que submetem os indivíduos às desigualdades, à pobreza e à desestabilidade; e quais os percursos que podem produzir mudanças sociais que reduzam esses problemas e melhorem a qualidade de vida das pessoas.

Propõe Fairclough (2001, 2003) que o discurso é moldado por relações de poder e ideologias, desempenha papel formador sobre as identidades e as relações sociais e sobre os sistemas de conhecimento e de crença. Desse modo, a perspectiva do autor fundamenta-se no entendimento de que a língua é parte essencial da vida social, por estar ligada dialeticamente aos diversos elementos que constituem a vida em sociedade. Por esse motivo, a pesquisa de natureza social deve ser realizada por meio da linguagem, utilizando, para isso, um modo de análise de discurso.

Complementando esse posicionamento, Kress (*apud* PEDRO, 1998, p. 24-25) afirma que analistas de discurso têm por principal objetivo político examinar e discutir as formas textuais, desvelando, assim, as práticas discursivas e trazendo à luz o que antes poderia estar naturalizado ou imperceptível. A partir desse processo, é demonstrada a relação intrínseca que as práticas linguístico-discursivas possuem com as organizações sociopolíticas do poder e da dominação. Por meio do entendimento da atuação social dessas organizações

a serviço de grupos particulares, os analistas do discurso almejam gerar mudanças nas práticas discursivas e nas demais práticas e estruturas que as sustentam. Sendo assim, a ADC realiza análises que descrevem as categorias de produção discursiva e propicia o alcance de significações profundas que oferecem outras formas de entrada à organização sociocultural.

Nessa visão, Wodak (2004, p. 226) esboça que a ADC luta para não considerar a relação entre os textos e o ambiente social como algo simplório. Ao contrário, a autora propõe uma concepção complexa, pois compreende que cada discurso é fruto da dominação e é formado e interpretado historicamente, por isso ocupa lugar no tempo e no espaço; e, com isso, construções de dominação são legitimadas pelas ideologias dos grupos que possuem poder. Com essas bases, pode-se obter análise das pressões verticalizadas e das opções de resistência às desigualdades de poder, as quais se representam na forma de convenções sociais.

Pensando na ADC e em seu papel, van Dijk (2008, p. 113-114) afirma que ela consiste em investigação analítica que se pauta, principalmente, no estudo da forma como o abuso de poder, a dominação e a desigualdade são representadas, transmitidas e contestadas por intermédio de textos orais e escritos no contexto social. Devido a esse caráter, os analistas assumem posicionamento declarado, pois é necessário que tenham consciência de seu papel social. Com isso, eles visam compreender, desvelar e, num último ponto, colocar-se em oposição às desigualdades sociais.

Nesta seção, expomos um pouco da visão da ADC e de suas principais características que nos inserem numa nova realidade de pesquisa social crítica. Ressaltamos que nosso posicionamento se encaminha para uma prática de pesquisas e estudos em que cumpramos o papel de analistas críticos e que consigamos contribuir, de algum modo, para que práticas discursivas naturalizadas e reiteradas sejam trazidas à luz, não como meros fatos culturais, mas como fatos históricos e sociais fundamentados em discursos que nos são apresentados de modo a criar representações sociais que são pensadas e apresentadas como instrumentos de poder e de dominação.

Quando trazemos essas reflexões para o contexto de análise da inserção da mulher no ambiente político, podemos, balizados em análises, questionar, por exemplo, a quem interessa manter as mulheres longe das urnas – seja negando-lhe o direito ao voto, seja atribuindo-lhe características que as tornam pouco aptas a assumir funções sociais ditas masculinas. Partimos, aqui, da ideia de que masculino e feminino são representações sociais construídas e

que toda construção social serve a um intuito configurado por aqueles que, em cada conjuntura, têm o poder à sua disposição.

Continuando nesse trajeto, a seguir, aprofundaremos mais essa exposição ao trazermos entendimentos sobre o discurso político.

3.1 O discurso político: encenação para persuadir e seduzir

Sobre a natureza do discurso político, Charaudeau (2016, p. 2) nos situa e desperta em nós a necessidade de investigar e de compreender o discurso dos atores políticos sob a ótica social crítica, ao pontuar que

o discurso político é, por excelência, o lugar de um jogo de máscaras. Toda palavra pronunciada no campo político deve ser tomada ao mesmo tempo pelo que ela diz e não diz. Jamais deve ser tomada ao pé da letra, numa transparência ingênua, mas como resultado de uma estratégia cujo enunciador nem sempre é soberano.

Explica Charaudeau (2016, p. 17) que agir sobre o outro não implica apenas um constante fazer, dizer e pensar, mas se constitui pelo anseio de ver a intenção acompanhada de efeito. Nesse processo, ocorre a obrigação do outro de se submeter ao sujeito que fala. Para esse efeito, há existência de ameaça ou de probabilidade de recompensa. A sucessão dessa ação imputa autoridade ao sujeito que fala, desde que isso seja confirmado pelo outro parceiro da interação. Assim, o sujeito-alvo ocupa uma posição de dominado e o sujeito de autoridade uma colocação de dominante, o que os leva à relação de poder. Têm-se, com isso, relações de força estabelecidas entre os sujeitos por meio da linguagem, o que promove formação do vínculo social.

O discurso político não expressa a totalidade do conceito de política. No entanto, não existe política sem discurso, este é gerador daquela. A política depende da ação e se instaura nas relações de influência social. Por sua vez, a linguagem mobilizada na forma discursiva propicia a construção de dimensões de debates, de persuasão e de sedução, nos quais se desenvolvem o pensamento e a ação política. Assim, o discurso político e a ação política estão conectados, o que expressa o porquê de se estudar questões políticas por meio do discurso (*ibidem*, p. 39).

Há, no universo da linguagem, uma dimensão na qual o discurso político se realiza e, aí, encontram-se *opinião* e *verdade*. Com isso, é estabelecida relação dialética entre *formação de opinião*, a qual manifesta julgamento reflexivo, e *verdade*, a qual se instaura pela ação e pelo ato de decisão. É, nesse espaço, que se constroem inúmeros grupos de pensamento e de ação, marcados pela noção

de “em comum”, os quais suscitam uma forma padrão de pensar e de agir compartilhada entre os participantes do grupo. Por meio dessa forma padrão, tem-se a mediação social e obtêm-se valores que ratificam o julgamento e a ação. Esses são gerados e disseminados por discurso(s), constituindo seu cimento identitário (CHARAUDEAU, 2016, p. 45).

A política, como forma de prática social, é uma dimensão em que se confrontam relações de força simbólica para apropriação e gestão de um poder. Ela só pode ser desempenhada ao instaurar-se sobre legitimidade conquistada e atribuída. Todavia, isso não é o bastante. O sujeito político tem de persuadir grande número de indivíduos e, com isso, articular opiniões com objetivo de adquirir consenso. Baseado nisso, Charaudeau (2016) revela as estratégias do discurso político:

1. *a estratégia do parecer* – o político está em dupla posição: por um lado, tem de convencer todos da importância de seu projeto político e, por outro, deve angariar o maior número de adeptos aos seus valores. Ele deve constituir para si dupla identidade discursiva: uma diz respeito ao posicionamento ideológico do sujeito no discurso; a outra se refere à identidade do sujeito na ação comunicativa. Essa identidade discursiva é esboçada pela relação *eu – nós*, uma identidade do singular-coletivo. Assim, o político materializa a voz coletiva em sua voz, ao mesmo tempo em que interage com todos como sendo o porta-voz de um *terceiro*, proclamador de um ideal social. Essa relação converge para construção de um corpo social abstrato, o *nós*, que se porta como um guia;

2. *a persuasão entre emoção e razão* – ocorre quando se analisa, no discurso político, a relação entre convicção e persuasão, ou seja, razão e emoção. A *convicção* se expressa pelo raciocínio, como produto das faculdades intelectuais, e pelo comprometimento com a verdade. A persuasão está ligada aos sentimentos e ao afeto. Ela se origina a partir de mobilizações emocionais e está voltada para o auditório;

3. *as estratégias para orientações diversas* – as estratégias discursivas, para conquistar a simpatia do público, são configuradas com base na aferição dos seguintes fatores do político: sua identidade social, o modo como apreende a opinião pública e o caminho que faz para alcançá-la; o posicionamento dos outros atores políticos, enfim, daquilo que ele julgar relevante proteger ou atacar: pessoas, ideias ou ações;

4. *a construção da imagem de si* – é a construção do *ethos* com objetivo de alcançar sucesso, baseado em uma junção de fatores: notória *temperança* em conexão com a fala e o comportamento, *circunstâncias históricas* e discernimento para *saber criar* o acontecimento. O político encontra-se num cenário oriundo da dramaturgia, que o força a constituir, para si, uma personagem, uma figura que reproduz imagem de si, o que favorece o *ethos* a ter características particulares;

5. *a dramatização do discurso* – realiza-se quando emoções expressam representações sociais construídas pela união de julgamentos, de opiniões e de apreciações, as quais podem propiciar sensações ou comportamentos e, desse modo, serem instrumentos para seduzir, ameaçar, aterrorizar e/ou arrebatá-lo o interlocutor ou o público. É um desmembramento da persuasão, mas, agora, com recurso de dimensões do discurso cheias de afeto. Essa estratégia pode, ainda, ser subdividida em: (a) *desqualificação do adversário* – são usados diversos processos discursivos para promover desqualificação do adversário: desvalorizar ideias, mostrar consequências negativas, imprimir imagem negativa na instância adversária, manipular por meio da ironia, expor contradições; (b) *discurso subjetivo que mistura paixão e razão* – a persuasão manifestada no discurso está em conexão com a paixão, a razão e a imagem;

6. *a escolha de valores* – escolhas de valores dos políticos não são simples, elas vão ao encontro de determinados empecilhos. Além de suas próprias convicções, políticos devem abraçar outros valores que expressam o posicionamento da maioria da opinião pública;

7. *a apresentação de valores* – deve ser feita de modo que estabeleça sentido no âmbito político. Para isso, são mobilizadas condições: de *simplicidade*, como capacidade de adequar-se diante de público heterogêneo e desprovido de instrução; e de *argumentação*, quando discursos são produzidos com fundamento em raciocínios simples ou explorando a força de impacto dos argumentos;

8. *a mentira política* – todo político entende que lhe é impossível falar sobre tudo a todo o momento e expressar, com exatidão, o que ele pensa. Sua ação política se dá no tempo e no momento do discursar, de expressar suas promessas e seus compromissos. É, nesse momento, que entram o uso de estratégias discursivas que não podem parecer vagas ou desacreditadas, as quais auxiliam os políticos em suas ações. Sendo assim, instaura-se a mentira:

Um ato de linguagem que obedece três condições: (i) o sujeito falante diz, enquanto enunciador (identidade discursiva), o contrário daquilo que sabe ou julga como indivíduo pensante (identidade social); (ii) ele deve saber que aquilo que diz é contrário ao que pensa (não há, nessa perspectiva, mentira que não seja voluntária); (iii) ele deve dar a seu interlocutor signos que o façam crer que aquilo que ele enuncia é idêntico ao que ele pensa (CHARAUDEAU, 2016, p. 105).

Com isso, a mentira manifesta-se por: (a) *estratégia da imprecisão* – desenvolve-se por meio de declarações extremamente gerais, sutis e, até mesmo, ambíguas, para que, assim, seja difícil verificar algum erro do político ou coagi-lo por ter mentido conscientemente; (b) *estratégia de silêncio* – marcada pela ausência de pronunciamentos durante determinada situação que exigiria posicionamentos, nada é dito nem declarado. A ação é preservada em segredo. Aqui, é exercida uma estratégia que considera que anunciar o que é efetivamente realizado ocasionaria reações violentas e impediria a implantação do que é entendido como necessário para o bem da comunidade; (c) *estratégia da razão suprema* – a mentira é utilizada com intuito de disseminar a “razão do Estado”. Ela encontra apoio por promover a salvação daquilo que é identidade do povo, indo ao encontro da opinião pública e do anseio dos cidadãos; (d) *estratégia de denegação* – “é [...] quando o político, surpreendido em negócios que são objeto de uma ação na justiça, nega sua implicação ou a de um de seus colaboradores” (*ibidem*, p. 108). Dessa forma, negar equivale a mentir. No caso do político, representa ter algum tipo de envolvimento nesses negócios, ocasionando falso testemunho.

4 Uma dose homeopática de análise

A seguir, apresentamos um discurso da presidenta proferido durante a 3ª Conferência Nacional da Juventude⁶, em dezembro de 2015. Esse evento ocorria anualmente no Brasil, como parte de um processo de debate sobre o que a juventude desejava. Constitui-se como espaço para discutir, reivindicar e propor ações para os poderes públicos, mas, também, para estabelecer instrumentos de monitoramento e de ação entre as redes de organizações, com foco no controle social das políticas públicas de juventude.

Dessa forma, passemos à realização da análise linguístico-discursiva dos excertos mais significativos do discurso oficial da presidenta da República proferido naquele evento social direcionado à parcela jovem da sociedade.

⁶ Fonte: disponível em: www.juventude.gov.br/conferencia. Acesso em: 4 jun. 2016.

Eu quero começar dando um abraço a cada uma das delegadas aqui presentes. Cumprimentando as mulheres jovens e nós, mulheres não tão jovens, mas ainda jovens. E cumprimentando também os delegados.

Dilma inicia sua representação destacando e consolidando sua imagem e sua identidade pessoal de mulher experiente (“[...] Cumprimentando as mulheres jovens e nós, mulheres não tão jovens, mas ainda jovens [...]”). É interessante notar que, nesse contexto, a presidenta atribuiu posição secundária aos homens, que são mencionados apenas no final da saudação (“[...] E cumprimentando também os delegados”), como forma de luta contra-hegemônica.

No fragmento “[...] nós, mulheres não tão jovens, mas ainda jovens”, há um paradoxo: por um lado, Dilma anseia representar-se como mulher experiente, que possui bagagem de conhecimento; mas, por outro lado, destaca que, ainda, se sente jovem, principalmente, para pôr em prática seu plano de governo e de defesa. Ressalte-se que o discurso se dirige às mulheres em geral, sejam elas jovens ou não, mas todas consideradas partícipes do momento social em foco. Um discurso contra-hegemônico em uma sociedade que exalta a juventude e quer, a qualquer custo, apagar a velhice.

Essa ação se respalda no exposto por Charaudeau (2016, p. 42-43) a respeito do discurso político: “Ele é, ao mesmo tempo, lugar de engajamento do sujeito, de justificação de seu posicionamento e de influência do outro, cuja encenação varia segundo circunstâncias de comunicação [...]”.

Nós não vamos ter um Brasil justo, um Brasil justo, um Brasil desenvolvido, se a gente não tiver a inclusão da nossa juventude. Nós vamos ter de considerar que a juventude desse País é aquilo que o País tem de mais valioso, porque é seu presente e seu futuro.

Daí porque para nós, do governo, sempre é um momento especial as conferências. Nós sabemos que há muitas formas de mudar o Brasil. Nós podemos mudar o Brasil garantindo educação de qualidade para todos e criando oportunidades de trabalho decente para que todos os jovens deste País construam uma vida profissional digna.

A presidenta se insere no grupo formado pela população e, assim, juntas, elas devem conceber que a juventude, a qual é a força de trabalho jovem da sociedade e a maior parcela que compõe as manifestações populares, é o bem de maior valor (“[...] Nós vamos ter de considerar que a juventude desse país é aquilo que o país tem de mais valioso, porque é seu presente e seu futuro”). Vale, ainda, mencionar que essa construção ocorre de forma crescente: o eu da presidenta é apagado para dar lugar ao nós, que se relaciona diretamente

como sinônimo do *a gente* e que é retomado na construção *nós/governo*. Esse, aparentemente simples, jogo de palavras cria duas proximidades muito caras ao discurso político: proximidade entre autoridade e povo; e proximidade entre povo e governo. Por conhecer essa verdade, ela destaca outra face do “nós” (“[...] Daí porque para *nós, do governo*, sempre é um momento especial as conferências. *Nós sabemos* que há muitas formas de mudar o Brasil”). Agora, referindo-se à equipe de governo, a qual propiciará o que os jovens precisam: educação e trabalho. Sobre essa atitude, relembramos as palavras de Charaudeau (2016, p. 16):

A política é um campo de batalha em que se trava uma guerra simbólica para estabelecer relações de dominação ou pactos de convenção. Conseqüentemente, o discurso das ideias se constrói mediante o discurso do poder, o primeiro pertencendo a uma problemática da verdade (dizer o Verdadeiro) e o segundo a uma do verossímel (dizer ao mesmo tempo o Verdadeiro, o Falso e o Possível).

Mas *nós vamos mudar o Brasil* também implantando uma política de segurança que respeite os direitos dos cidadãos. [...] Portanto, que desenvolva uma sociedade a favor da diversidade e, *nesse mundo que nós vivemos*, com tanta intolerância, *nós temos de pregar a tolerância e a paz*.

No excerto “[...] Portanto, que desenvolva uma sociedade a favor da diversidade e, nesse mundo que nós vivemos, com tanta intolerância, *nós temos de pregar a tolerância e a paz*”, a representação de governante “humana” é evidenciada e legitimada, por meio da operação da persuasão que, de acordo com Charaudeau (2016), está ligada aos sentimentos, ao afeto, e se origina sobre mobilizações emocionais voltadas para o auditório. Nesse sentido, a mudança necessária é o respeito à diversidade, que trará tolerância e paz. Nesse ponto, cabe um destaque para mencionar o quanto a noção de diversidade tem sido explorada como bem a se conquistar (fato com que, obviamente, concordamos) e o quanto o termo diversidade tornou-se vago: quando a presidenta fala em diversidade, de que realmente está falando?

Nós vamos mudar o Brasil democratizando o acesso ao conhecimento e à informação. Reconhecendo nas redes sociais um espaço de liberdade. Defendendo também uma luta consistente por mais direitos, inclusive o direito de resposta.

As construções, elaboradas pela presidenta – “[...] *nós vamos mudar o Brasil* [...]”, “[...] *nós temos de pregar a tolerância e a paz*”, “[...] *Nós também não vamos mudar*”, “[...] *Não mudaremos o Brasil reduzindo*” e “[...] *Não mudaremos o Brasil*

ignorando” – são elucidadas no entendimento de Charaudeau (2016) sobre a questão da imagem do político. O autor afirma que o político está em dupla posição: de um lado, tem de convencer todos da importância de seu projeto de político e, por outro, deve angariar ou convencer o maior número de adeptos aos seus valores. O político deve constituir para si dupla identidade discursiva, a qual é esboçada pela relação *eu – nós*, uma identidade do singular-coletivo. Assim, ele materializa a voz de todos em sua voz, ao mesmo tempo em que interage com todos como sendo o porta-voz de um *terceiro* (junção do eu e do nós), proclamador de um ideal social. Essa relação converge para construção de um corpo social abstrato, o *nós*, portando-se como um guia.

Nós vamos mudar o Brasil ampliando a participação direta da juventude, e de suas entidades, na representação de seus interesses, [...]. *Nós vamos mudar* o Brasil fortalecendo a sua democracia, [...]. *Não mudaremos* o Brasil fechando escolas, isso é certo. [...] *Nós também não vamos mudar* o Brasil reprimindo movimentos pacíficos com forças policiais. [...] *Não mudaremos o Brasil ignorando* a epidemia de violência contra a juventude, em especial a juventude negra. [...] *Nós também não mudaremos o Brasil legislando* contra a diversidade das famílias [...]. *Não mudaremos o Brasil reduzindo* direitos conquistados pelas parcelas historicamente excluídas de nosso povo, [...]. Para mudar o Brasil *nós temos de garantir* o respeito ao voto popular direto e respeitar o resultado de eleições. [...]

Com propósito de persuadir e de convencer os cidadãos brasileiros sobre a importância de seu projeto e sua atuação política, nos excertos do discurso em exame, é notório que Dilma construiu um pensamento de oposição, uma representação com dupla face, por meio da repetição dos termos “*vamos mudar*” e “*não vamos mudar*”.

Assim, na primeira face, “*vamos mudar*”, como protagonista das ações de melhorias, suas palavras constroem um agente de mudança coletivo, um ator composto pela união de todos os brasileiros. Dessa forma, ela projeta esse ser para atuar diante das questões problemáticas daquele contexto. Na outra face, “*não vamos mudar*”, a representação realizada pela presidenta tem o propósito de ser agente regulador das ações da primeira, a de agente coletivo de mudança, e de atuar para moldar a identidade coletiva do povo, estabelecendo o que não se pode fazer. Esse processo pode ser visto por meio dos trechos: “[...] *Nós também não vamos mudar* o Brasil reprimindo...”, “[...] *Não mudaremos o Brasil reduzindo* direitos conquistados...” e “[...] *Não mudaremos o Brasil ignorando*”.

Eu falo de democracia aqui porque está em curso uma batalha, uma luta que ditará os rumos de nosso País por muito tempo. Em minha juventude eu vivi e lutei contra o pesadelo decorrente do desrespeito à democracia. Eu e muitos outros da minha geração, brasileiros e latino-americanos, [...] sabemos ao que leva os pequenos passos, que depois se transformam em grandes passos e depois, ainda, em pesadelos, quando a ditadura se instala. [...] lutarei contra a interrupção ilegítima de meu mandato. Por quê? E isso por dois motivos, pelo menos dois. Primeiro, porque eu acredito e prezo a democracia. E, segundo, porque eu tenho um compromisso de continuar mudando o Brasil.

A fim de fortalecer sua representação de líder política, Dilma demonstra ato de defesa em relação ao processo de seu possível afastamento. Assim, como Charaudeau (2016) exprime, há dramatização do discurso, com o qual emoções expressam representações sociais construídas pela união de julgamentos, de opiniões e de apreciações, as quais podem propiciar sensações ou comportamentos e, desse modo, serem instrumentos para seduzir, ameaçar, aterrorizar e, finalmente, arrebatar o interlocutor ou o público. É um desmembramento da persuasão, porém, agora, com recurso de dimensões do discurso que apela aos sentimentos e aos afetos.

Verificamos que o discurso de Dilma foi o meio pelo qual ela compôs a significação de seu eu, gerando para si uma representação de protagonista no cenário político, incorporando papel principal na cena da democracia, atribuindo atuação secundária e coadjuvante aos demais cidadãos brasileiros. A presidenta promove associação de fragmentos identitários em todos os níveis: pessoal ([...] Em minha juventude eu vivi e lutei [...]), social ([...] Eu e muitos outros da minha geração, brasileiros e latino-americanos, [...] sabemos ao que leva os pequenos passos [...]) e político ([...] Primeiro, porque eu acredito e prezo a democracia. E, segundo, porque eu tenho um compromisso de continuar mudando o Brasil).

Repito: os que buscam atalhos para o poder não querem derrubar apenas uma mulher, querem derrubar um projeto. [...] Por isso, sabem que têm de usar de artifícios, porque não conseguirão nada atacando minha biografia, que é conhecida. Sou uma mulher que lutou, amo meu país e eu sou honesta. [...] Na verdade, querem impedir a sobrevivência desse projeto de País que estamos construindo desde 2003. Afinal, as escolhas políticas que fizemos, ao longo de toda essa trajetória, nos permitiram sair do mapa da fome e superar a extrema pobreza.

De um lado, a atuação da presidenta prossegue utilizando a estratégia de representar-se como mulher (agente) sofredora, guerreira e honesta, com propósito de consolidar sua imagem de governante apta para o enfrentamento das crises ([...] Por isso, sabem que têm de usar de artifícios, porque não

conseguirão nada atacando *minha biografia*, que é conhecida. *Sou uma mulher que lutou, amo meu país e eu sou honesta*). Por outro lado, ela se representa como projeto de governo, incluindo a presença de seu antecessor, a fim de fortalecer sua representação presidencial, já que ela foi responsável por dar prosseguimento às ações que modificaram situações de desigualdade e de pobreza ([...] Na verdade, querem impedir a sobrevivência desse projeto de País que estamos construindo desde 2003. Afinal, as escolhas políticas *que fizemos*, ao longo de toda essa trajetória, *nos permitiram* sair do mapa da fome e superar a extrema pobreza.).

Essa representação atua persuadindo os cidadãos para compreenderem uma *razão suprema* pela qual a chefe de Estado não pode ser afastada, conforme Charaudeau (2016) expõe. Assim, tal formação encontra apoio por promover a salvação daquilo que é identidade do povo, indo ao encontro da opinião pública e do anseio dos cidadãos. A governante projeta sua identidade pessoal para construir a representação de seu papel político ([...] *sou uma mulher que lutou, amo meu país e eu sou honesta* [...]), pautada no entendimento de que, mesmo sendo mulher e sofrendo as implicações que isso causou num contexto sexista e ditatorial, ela foi e, ainda, está apta para continuar exercendo protagonismo no cenário sociopolítico brasileiro.

Eu sei o que há de um saudável idealismo na alma, na imaginação e na vida dos jovens do Brasil. Eu olho para vocês e lembro também da minha geração, que viveu em outras circunstâncias a sua juventude. E acredito que hoje a nossa democracia tem um valor imenso que nós devemos preservar [...].

O discurso político é marcado, notoriamente, pela persuasão e pela sedução, ações engendradas na representação social, assim como é demonstrada pela presidenta nessa passagem de seu discurso: “[...] *Eu sei o que há de um saudável idealismo na alma, na imaginação e na vida dos jovens do Brasil. Eu olho para vocês e lembro também da minha geração* [...]”.

Essa é uma possibilidade de análise do modo como a presidenta da República constituiu sua representação social baseada no discurso a respeito da 3ª Conferência Nacional da Juventude. Vimos que, novamente, ela se apropriou da força social e da presença dos participantes do evento para tratar e posicionar-se não apenas em relação à temática da conferência, mas, também, como vítima de um processo de afastamento, que já se desenvolvia à época do evento, e como guerreira e defensora do projeto de governo dos brasileiros.

5 Da teoria para a prática: do discurso para a ação

Com a produção deste artigo, objetivamos apresentar, ainda que brevemente, a Análise de Discurso Crítica como uma teoria linguística voltada para práticas sociais nas quais ocorrem eventos sociais que resultam em textos. Esse enquadre teórico tem sido amplamente utilizado por pesquisadores de diversas áreas de conhecimento como instrumental vantajoso para explicitar os meandros de práticas sociais, considerando que muitos eventos sociais são opacos e necessitam ser analisados com maior detalhamento e profundidade para que suas origens, acionamento e funcionamento sejam evidenciados. Buscamos, pois, explicitar lacunas que servem para, nas entrelinhas, nos falseamentos, nas denegações, construir identidades e reificar relações de poder.

No espectro político, não podemos subestimar uma de suas definições: política é a habilidade no relacionar-se com outros indivíduos *com objetivo de alcançar resultados desejados*. Como mostramos acima, no caso específico da atuação de mulheres na política, houve intenções e ações perpetradas no sentido de mantê-la à margem desse processo tão relevante para a construção de uma nação.

Quando, com outra lente, observamos quais os percursos podem produzir mudanças sociais que reduzam esses problemas e melhorem a qualidade de vida das pessoas, acreditamos que somente uma mudança nos discursos pode desencadear mudanças nas práticas sociais, em uma relação dialética de retroalimentação contínua, conforme propõe a ADC. Por fim, a análise empreendida pela ADC

estuda as estratégias e as estruturas de texto e de fala, a fim de descobrir os padrões de dominação e de manipulação. Esse enfoque detalha como as desigualdades são interpretadas, legitimadas e reproduzidas. Para isso, é premente entender o papel do discurso na interpretação e na reprodução da dominação social e da resistência (SILVA, 2009, p. 96).

Referências

AVELAR, Lúcia. *Mulheres na elite política brasileira*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer; Editora da Unesp, 2001.

AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio. *Sistema político brasileiro: uma introdução*. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2007.

BANDEIRA, Regina Maria Groba. *Sistemas de governo no Brasil, na França e nos Estados Unidos da América*. Consultoria Legislativa. 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema6/estudo-sistemas-de-governo-br-fr-e-eua>>. Acesso em: 21 out. 2016.

BRASIL. Senado Federal. +*Mulher na política: mulher, tome partido*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496489/livreto-mais-mulher-na-politica.pdf?sequence=1>>. Acesso em: set. 2016.

CAMILO, R. S. *Análise discursiva crítica da representação social de resistência da presidenta da república do Brasil em tempos de crise*. UnB, 2016. Dissertação (Mestrado em Linguística) - Universidade de Brasília, 2016.

CARVALHO, J. M. Fundamentos da política e da sociedade brasileiras. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio. *Sistema Político Brasileiro: uma introdução*. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2007.

CHARAUDEAU, P. *Discurso político*. São Paulo: Contexto, 2016.

CINTRA, A. O. O sistema de governo no Brasil. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio. *Sistema político brasileiro: uma introdução*. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2007.

_____. Presidencialismo e parlamentarismo: são simples as instituições? In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio. *Sistema político brasileiro: uma introdução*. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2007.

FAIRCLOUGH, N. *Analysing discourse: textual analysis for social research*. London, New York: Routledge, 2003.

_____. *Discurso e mudança social*. Izabel Magalhães Coord. da tradução. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

MAGALHÃES, Isabel. Introdução: a análise de discurso. *Documentação de Estudos em Linguística Teórica e Aplicada*, São Paulo, v. 21, Especial, 2005.

PEDRO, Emília R. (org.). Análise crítica do discurso: aspectos teóricos, metodológicos e analíticos. In: PEDRO, E. R. *Análise Crítica do Discurso*. Uma perspectiva funcional e analítica. Lisboa: Editora Caminho, 1998.

SILVA, F. Cordelia Oliveira da. *A construção social de identidades étnico-raciais: uma análise discursiva do racismo no Brasil*. Tese (Doutorado) - Universidade de Brasília, Brasília, 2009.

VAN DIJK, T. A. *Discurso e poder*. São Paulo: Contexto, 2008.

WODAK, R. Do que trata a ACD: um resumo de sua história, conceitos importantes e seus desenvolvimentos. *Revista Linguagem em (Dis) curso*, v. 4, Santa Catarina: Editora Unisul, 2004.

CRIMES ELEITORAIS E O DIREITO PENAL DO EQUILÍBRIO¹

ELECTORAL CRIMES AND CRIMINAL LAW OF BALANCE

AMAURY SILVA²

GISELLE MORAIS ROCHA³

¹ Artigo concluído em agosto de 2020 e aprovado para publicação em agosto de 2020.

² Juiz de Direito no Estado de Minas Gerais e Juiz Eleitoral. Especialista em Direito Penal e Processual Penal. Mestre em Estudos Territoriais (ênfase em Criminologia e Direitos Humanos). Doutorando em Ciências da Comunicação. Professor na graduação e pós-graduação (Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Eleitoral). Autor de diversas obras jurídicas.

³ Analista Judiciário do TRE/MG. Servidora do gabinete da Diretoria-Geral do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais (TRE/MG). Foi servidora do Ministério Público de Minas Gerais, atuando na Promotoria de Defesa da Saúde. Especialista em Direito Público pela Anamages. Mestranda em Democracia e Instituições Sociais pela Universidade Fundação Mineira de Educação e Cultura.

RESUMO

Este artigo aborda a legislação penal eleitoral brasileira em contexto de irrestrita obediência aos parâmetros garantistas da Constituição Federal (CF) de 1988. Defende a necessidade de sua revisão, pois o garantismo constitucional não transforma seu objeto em retenção. Utilizados os métodos dedutivo e indutivo de premissas jurídicas, aponta-se que o princípio da proteção deficiente deve ser entendido também como pertencente ao Direito Penal Eleitoral. A atualização deve abordar a exclusão de tipos penais não recepcionados pela Carta Política ou que melhor se enquadram em responsabilidade administrativa. Outras condutas devem ser objeto de deliberação típica para inclusão no ordenamento penal eleitoral. Em conclusão, articula-se que a atualização proposta deve ser realizada sob a orientação do paradigma do Direito Penal do equilíbrio.

Palavras-chave: Direito Penal Eleitoral. Atualização. Tipos. Supressão. Inclusão. Garantismo. Direito Penal do equilíbrio.

ABSTRACT

This article deals with the Brazilian electoral criminal law in a context of unrestricted compliance with the guaranteed parameters of the Federal Constitution of 1988. It defends the necessity of its revision, since the constitutional guarantee does not transform its object into retention. Using the deductive and inductive method of legal premises, it points out that the principle of deficient protection must also be understood as belonging to electoral criminal law. The update should address the exclusion of criminal offenses not covered by the Political Charter or that best fit administrative responsibility. Other conduct should be the subject of a typical deliberation for inclusion in the electoral criminal order. As a conclusion it is articulated that the proposed update must be carried out, under the guidance of the criminal law paradigm of balance.

Keywords: Electoral Criminal Law. Update. Types. Suppression. Inclusion. Guaranteeism. Criminal Law of balance.

1 Introdução

O presente artigo visa analisar, com base no Direito brasileiro, a fisionomia da legislação penal eleitoral, a qual exige incorporação de parâmetros efetivos para equalizar a legítima proteção dos bens jurídicos que devem ser tutelados.

Tendo em vista o histórico de fraudes, parte-se da premissa de que foram criados diversos crimes eleitorais, em época de autoritarismo, a fim de impedir e punir os desmandos até então cometidos nas eleições.

Com a finalidade de correção do Direito Penal Eleitoral, procuramos mapear os contornos na implementação do garantismo penal, defendendo não somente seu viés de proteção de direitos fundamentais individuais mas também o de proteção de outros direitos e de reconhecimento de deveres.

Para tanto, o primeiro passo na busca do equilíbrio penal começa com a necessidade de seleção de bens jurídicos mais relevantes, devido aos princípios da intervenção mínima, da adequação social e do princípio da lesividade.

Em seguida, procuramos ilustrar que, na delimitação da tendência contemporânea de expansão razoável do Direito Penal, devem ser mantidas garantias fundamentais na criminalização, afastando-se o rigor de determinadas regras de imputação e, a fim de não transformar o Direito Penal em instrumento ineficiente, defende-se que a repressão de condutas no âmbito administrativo seria uma alternativa para o melhor funcionamento do sistema penal.

Por fim, foram explicitadas figuras típicas no Direito Penal Eleitoral não foram recepcionadas pela nova ordem constitucional ou são incompatíveis com a realidade atual, concluindo-se pela imprescindibilidade de atualização, revisão ou consolidação da legislação eleitoral que implique a revogação de alguns dispositivos penais e pela necessidade de criação de figuras típicas ou instrumentos para maior proteção a bens jurídicos mais relevantes.

2 Desenvolvimento

Diferentemente de outros países, a Justiça Eleitoral no Brasil pertence ao Poder Judiciário e não apenas acumula as funções normativa e consultiva, como também a função de decidir conflitos jurisdicionais relacionados ao processo eleitoral, a de administrar, organizar e realizar as eleições e a de formar o cadastro de eleitores bem como a função normativa e consultiva.

Em diversos países, diante das peculiaridades de cada sociedade, as eleições não ficam a cargo do Poder Judiciário. O contencioso eleitoral pode estar atrelado ao Poder Legislativo ou ao Executivo, não havendo nenhuma especialização na área jurisdicional.

Essa discussão remete, historicamente, à Revolução de 1930 no Brasil, que tinha como um de seus princípios a moralização do sistema eleitoral, estribado num emaranhado de fraudes eleitorais advindo do “coronelismo” – motivo pelo qual houve a necessidade de controle das eleições no âmbito externo ao Poder Executivo e Legislativo. Um dos primeiros atos do governo provisório foi a criação de comissão de reforma da legislação eleitoral, cujo trabalho resultou no primeiro Código Eleitoral do Brasil (1932). Esse código foi embrionário da Justiça Eleitoral, que passou a ser responsável por todos os trabalhos dessa natureza – alistamento, organização das mesas de votação, apuração dos votos, reconhecimento e proclamação dos eleitos. Entretanto, foi sepultado com a Carta Constitucional de 1937, marcada pelo caráter autoritário.

Em meio a críticas ao atual posicionamento do Poder Judiciário (ativismo judicial), não se pode negar que tem ele exercido, no processo de redemocratização, o papel de interpretar e de aplicar direitos; invalidar leis e atos normativos (papel contramajoritário); atender demandas sociais e integrar a ordem jurídica em casos omissos (papel representativo); e promover avanços civilizatórios, proferindo decisões que são necessárias para a proteção de direitos fundamentais e para superação de discriminações e preconceitos.⁴

No Direito Penal, não é diferente: a concepção de Estado está ligada a um dado sistema punitivo e modelo político adotado. Atualmente, a leitura constitucional do Direito Penal deve ser feita em consonância com os postulados e os valores consagrados na CF/1988. No Estado democrático de direito, instituído no art. 1º da CF/1988, devem ser combatidos os crimes que fomentam a injustiça social.

Apesar da distinção doutrinária estabelecida entre política criminal, criminologia e Direito Penal, este não é outra coisa senão um fenômeno político, cuja existência decorre da necessidade política numa dada época e contexto social.

⁴ Ran Rirschl, no artigo *O Novo Constitucionalismo e a Judicialização da Política Pura no Mundo*, tece críticas e analisa o fenômeno sob o aspecto político mundial. Publicado originalmente como *The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*. In: *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, 2006. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano.

Sob essa ótica, o delito é socialmente construído, rotulado pelo Direito Penal (*labeling approach*)⁵, mediante seleção de condutas que, abstratamente, definirão o tipo penal, desenhando um modelo político normatizado.⁶ A tarefa do juiz, ao decidir o caso, diante de múltiplas possibilidades criativas, é de interpretar a lei, levando em conta a mudança do contexto sociocultural em constante transformação. A interpretação não se caracteriza como descrição de um significado previamente dado (muito menos apenas literal), mas de um ato que constitui uma decisão.

O caminho a seguir deve necessariamente ser coerente com o Estado de direito, a democracia e o respeito aos princípios constitucionais fundamentais. Nesse ponto, a teoria garantista, cujo marco histórico é a obra *Direito e Razão*, de Luigi Ferrajoli (2000)⁷, foi acolhida pelo sistema penal brasileiro (visando coibir atos autoritários previstos no sistema punitivo) e tem como fundamento a proteção de direitos individuais, devido ao momento histórico em que foi concebida (num contexto de legislação de emergência elaborada no Estado Italiano).

Entretanto, não era apenas essa a sua intenção: o garantismo penal (integral) possui, além do viés de proteção de direitos fundamentais individuais (chamado de garantismo hiperbólico monocular), o de proteção de outros direitos (coletivos) e de reconhecimento de deveres (tão esquecidos em nosso país)⁸. A compreensão do direito deve ser integral e sistêmica, de modo não só a evitar excessos mas também de evitar uma proteção deficiente.⁹ Ou seja, o garantismo não deve buscar o engessamento interpretativo ou o formalismo.

Desse modo, as normas determinantes de direitos sociais servem de paradigma na esfera jurídico-penal, pois legitimam a proteção de bens fundamentais de caráter social, e devem balizar a discussão acerca da

⁵ Labeling Approach Theory, ou Teoria do Etiquetamento Social, é uma teoria criminológica marcada pela ideia de que as noções de crime e criminoso são construídas socialmente a partir da definição legal e das ações de instâncias oficiais de controle social a respeito do comportamento de determinados indivíduos.

⁶ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Aflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 101-102.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.

⁸ Ao tratar dos deveres das pessoas, o Capítulo V do Pacto de São José da Costa Rica estabelece, no art. 32, itens 1 e 2, o seguinte: “1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade; 2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática.”

⁹ Nesse sentido, Douglas Fischer, em seu artigo *O que É Garantismo Penal (Integral)?*, critica decisões embasadas em doutrinas garantistas sem que se diga, científica e/ou dogmaticamente, qual a fundamentação coerente para a tomada de qual ou tal posição (disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/255489911/O-Que-e-Garantismo-Penal-Integral-Douglas-Fischer>>).

criminalização ou descriminalização de condutas. Isso se deve à mutação pela qual vem passando o conceito de bem jurídico-penal ao longo do tempo.

A importação mecanizada da doutrina garantista ocorre no Brasil sem a preocupação, por parte de juristas, de estudar a fundo a doutrina, e acaba por fomentar a proteção deficiente, o abuso no direito de defesa e a impunidade (garantismo negativo), pois é certo que há condutas que necessitam de maior penalização, hoje não adequadamente proibidas.

Nessa senda, é possível compreender o atual sistema penal brasileiro, no qual se inserem diversos institutos jurídicos que devem ser repensados, pois a criminalidade de hoje não é a mesma do passado. A discussão tem grande importância atual, devido ao avanço do capitalismo, mormente num momento histórico em que o Direito Penal começou a abarcar a macrodelinquência e criminosos de colarinho branco e não apenas a tradicional clientela do Direito Penal (pobres). Nesse contexto, não faltam estudiosos para levantar vozes na proteção do garantismo “à brasileira” – individualista, unilateral, que despreza a vítima e a sociedade – na crença de que copiam corretamente modelos estrangeiros.

Não se trata de defender qualquer Direito Penal do Inimigo, e sim de revisão do padrão e da necessidade de equilíbrio, imprescindível para garantir respostas adequadas aos avanços da criminalidade atual.

Analisando o sistema penal brasileiro, verifica-se que suas incoerências advêm, muitas vezes, da distância entre o mundo descrito nas normas e a realidade vivenciada pelas pessoas, bem como de um sistema processual demasiadamente demorado por diversos fatores, o que ocasiona visceral descrédito nas instituições e ineficácia das leis penais. Nesse contexto, deve-se ter o cuidado para não se instalar um Estado de prevenção extrema (com a criação exagerada de tipos penais preventivos) nem de deixar de reprimir a prática de condutas perniciosas de forma ponderada e eficiente.

A dificuldade no cumprimento das funções das penas, a “cifra negra”¹⁰, a seletividade e a estigmatização do sistema penal não podem levar à utopia do abolicionismo penal, uma vez que, embora a ciência do Direito Penal tenha evoluído com o passar do tempo, em sentido fundamentalmente oposto, a criminalidade aumentou vertiginosamente nas últimas décadas.

¹⁰ O termo “Cifra Negra” refere-se à porcentagem de crimes não solucionados ou punidos, desconhecidos oficialmente.

Diversos doutrinadores defendem, portanto, o chamado “Direito Penal do Equilíbrio”, situado entre a tese abolicionista e o Direito Penal Máximo (movimento de Lei e Ordem).¹¹ Seguindo esse parâmetro, o primeiro passo para a tipificação seria a proteção de bens jurídicos mais relevantes (princípio da intervenção mínima); o segundo seria a aplicação do princípio da adequação social (que deve nortear a criação e a revogação de tipos penais); já o terceiro seria o princípio da lesividade.

De outra parte, diversos doutrinadores citam que a oposição à modernização dos ideais garantistas cria o fenômeno da “síndrome de Alice” – no país das maravilhas –, também conhecido como “Direito Penal da Fantasia”, devido à necessidade de compreender e combater eficazmente a atual criminalidade.

Com relação a esta, Rogério Filipeto leciona que há quadro novo da criminalidade com duas características básicas: de um lado, crimes econômicos; de outro, crimes com violência desregrada, sendo que a estrutura estatal repressiva continuaria a mesma. Para o autor, não há estrutura investigativa hábil para dismantelar organizações criminosas ou desvendar delitos econômicos de maior complexidade, visto que os operadores do sistema ficaram alheios às transformações econômicas. Não compreendem, a contento, as novas e intrincadas relações decorrentes da evolução do capitalismo, levando, ao final, à constante prescrição e impunidade.¹²

Não se pode olvidar, com relação à antinomia entre Direito Penal clássico e moderno, da posição de Hassemer (2006)¹³ no que se refere à impossibilidade de expansão do Direito Penal, que ocorre na atual “sociedade de risco”. A fim de não transformar o Direito Penal em instrumento ineficiente, sua doutrina do *Direito de Intervenção* como uma “terceira via” entre o Direito Administrativo e o Penal seria uma alternativa para conter a expansão deste, para que não se apliquem suas pesadas sanções a determinadas condutas ilícitas, sobretudo as de privação da liberdade.

A citada doutrina se caracteriza como zona intermediária entre o Direito Penal e o Administrativo. Trata-se de passar a prever como infrações administrativas as condutas antes previstas como crimes (novas áreas de

¹¹ A fim de fundamentar a relação de causalidade entre desordem e criminalidade, as teorias mais citadas são “Teoria das Janelas Quebradas” e *Three Strikes and You Are Out* (Três falhas e está fora) adotadas nos Estados Unidos da América.

¹² “Nova feição do Direito Penal”. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/381/nova%20feicao%20direito%20penal_Filipeto.pdf?sequence=1>.

¹³ HASSEMER, Winfried; NAUCKE, Wolfgang; LÜDERSEN, Klaus. *Principales Problemas de la Prevención General*. Buenos Aires: B de F, 2006, p.56.

tutela), revestindo-se, no entanto, de garantias e de limitações próprias do Direito Penal, o que significa dizer que contêm qualidades de infração administrativa e penal. O acento primordial recai, no entanto, sobre a natureza administrativa, razão pela qual Miguel Reale denominaria este ramo de “Direito Administrativo Penal”.¹⁴

Citando Silva Sánchez, ele aduz que, na delimitação para uma expansão razoável do Direito Penal (uma tendência contemporânea), devem ser mantidas garantias fundamentais na criminalização, afastando-se o rigor de determinadas regras de imputação e propondo um Direito Penal diferente para crimes contra bens jurídicos supra-individuais. A proposta denomina-se “Direito Penal de duas velocidades”. A *segunda velocidade* estaria voltada para o tratamento desse Direito Penal contemporâneo, de modo que retiraria o rigor de regras investigatórias (ampliando as funções preventivas) e, em contrapartida, retira-se a possibilidade de pena privativa de liberdade.

Tal panorama tem estreita relação com o Direito Penal Eleitoral, pois sua produção normativa saiu de controle quando o legislador passou a prever diversas condutas de pouca ou nenhuma gravidade como crimes eleitorais, deixando de admitir que este não é o método mais adequado para a prevenção de certas condutas. De outra parte, há tipos penais eleitorais que descrevem condutas graves à democracia, porém apresentam penas desproporcionais à gravidade da conduta, chegando até mesmo a prever a suspensão condicional do processo e/ou transação penal. Não é por outra razão que a principal consequência, nesse campo, foi o advento de uma legislação penal eleitoral meramente simbólica, de pouco alcance.

O crime eleitoral tem a particularidade de proteção de bens e valores político-eleitorais, eminentemente públicos e necessários para a legítima ocupação dos cargos políticos. Entretanto, o Código Eleitoral, no qual se encontra a maioria dos crimes eleitorais, foi introduzido no ordenamento jurídico pela Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, de sorte que, como já explicitado, o contexto histórico e social daquela época era completamente diverso do atual, mormente após o Estado democrático de direito na CF/1988.

¹⁴ Miguel Reale Júnior defende a tese em seu artigo *Uma Terceira Via na Repressão às Infrações Econômicas*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1734,91041-Uma+terceira+via+na+repressao+as+infracoes+economicas>>.

Nesse diapasão, há tipos penais eleitorais que, embora formalmente previstos em lei, restam superados pela própria realidade fática atual ou pela própria desnecessidade da criminalização da conduta.

A estrutura da Justiça Eleitoral (servidores, auxiliares, juízes eleitorais, promotores eleitorais, Tribunais Regionais Eleitorais (TREs) e Tribunal Superior Eleitoral (TSE)) já é desenhada para desempenhar funções não apenas jurisdicionais, como também administrativas, normativas e consultivas. Assim, o controle de diversas condutas hoje previstas como crimes eleitorais pode ser flexibilizado com a criação da possibilidade de responsabilização na seara não criminal – com imposição, por exemplo, de multa pelo próprio Poder Judiciário, tal como já ocorre na regulação de diversas atividades na propaganda eleitoral e na própria organização do pleito eleitoral.

Adequado seria deixar, para o Direito Penal Eleitoral, o tratamento apenas de condutas mais graves, condizentes com a proteção de bens jurídicos caros à sociedade, sejam esses individuais ou coletivos.

Dentre diversos conceitos na evolução histórica da noção de delito, o conceito material de delito como ofensa desvaliosa a bens jurídicos relevantes protegidos pela lei penal concebe o Direito Penal como *ultima ratio* do controle social, derivado da necessidade de se impor limites ao direito de punir do Estado, advindo do vínculo entre Constituição e Direito Penal, que fundamenta a proteção fragmentária e subsidiária do Direito Penal.

Para além do aspecto formal de subsunção do fato à norma, crime é a realização do fato descrito na lei, atrelado à lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido.

Como já assinalado, a realidade atual demanda, para além do Direito Penal tradicional, a salvaguarda de bens jurídicos difusos, cujos direitos e interesses não atingem uma única pessoa, mas toda a coletividade, reivindicando métodos contemporâneos.

Embora polêmica, a antecipação da tutela penal com a finalidade de evitar a causalidade do dano (atuação prospectiva) na denominada “sociedade de risco” advém das constantes transformações sociais e tecnológicas notadas na sociedade nas últimas décadas, na qual as relações não se dão mais exclusivamente entre indivíduos identificáveis, mas entre grupos ou coletividades.

Nesse quadro, a lesão não é apenas aquela aferível no plano fático; é também aquela que advém de um perigo na conduta, seja ele concreto ou abstrato.

3 Crimes eleitorais em espécie

Segundo exposto na introdução, no Direito Penal Eleitoral existem figuras típicas que não foram recepcionadas pela nova ordem constitucional ou que são incompatíveis com a realidade atual.

Traçaremos, segundo a opinião dos autores deste artigo, as características e críticas a algumas dessas figuras típicas do CE/1965 e legislação extravagante.

3.1 Necessidade de descriminalização

3.1.1 Art. 303. Majorar os preços de utilidades e serviços necessários à realização de eleições, tais como transporte e alimentação de eleitores, impressão, publicidade e divulgação de matéria eleitoral. Pena – pagamento de 250 a 300 dias-multa.

Segundo entendemos, esse crime, previsto no CE/1965, não foi recepcionado pela CF/1988 por afronta aos arts. 5º, XXII, e 170, II e IV, parágrafo único, pois o preço de produtos é fixado pelo próprio mercado.

3.1.2 Art. 306. Não observar a ordem em que os eleitores devem ser chamados a votar: Pena – pagamento de 15 a 30 dias-multa.

Embora seja uma infração de menor potencial ofensivo, configura-se um exagero legislativo criminalizar a conduta de simplesmente não observar a ordem de chegada de eleitores na seção eleitoral. A legislação é, portanto, simbólica.

3.1.3 Art. 307. Fornecer ao eleitor cédula oficial já assinalada ou por qualquer forma marcada: Pena – reclusão até cinco anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa.

3.1.4 Art. 308. Rubricar e fornecer a cédula oficial em outra oportunidade que não a de entrega da mesma ao eleitor. Pena – reclusão até cinco anos e pagamento de 60 a 90 dias-multa.

Esses crimes se encontram praticamente extintos pela improvável ocorrência dessas condutas devido ao atual sistema eletrônico de votação.

3.1.5 Art. 309. Votar ou tentar votar mais de uma vez, ou em lugar de outrem: Pena – reclusão até três anos.

O presente tipo legal é de ação múltipla e, atualmente, com a votação eletrônica e com a identificação biométrica, tornou-se praticamente impossível a realização das condutas “votar mais de uma vez” e “tentar votar mais de uma vez”, subsistindo a possibilidade de ocorrência das condutas *de votar em lugar de outrem ou tentar votar em lugar de outrem*.

A prática dessa conduta pode ocorrer, por exemplo, no caso de membros da mesa receptora de votos, responsáveis por verificar as ausências na lista de eleitores, passarem a votar por eles, falsificando suas assinaturas naquela lista. Entretanto, apesar da gravidade da conduta fraudulenta, devido à influência que pode gerar no resultado fraudulento do pleito eleitoral, a pena mínima de 1 ano possibilita a suspensão condicional do processo.

3.1.6 Art. 311. Votar em seção eleitoral em que não está inscrito, salvo nos casos expressamente previstos, e permitir, o presidente da mesa receptora, que o voto seja admitido: Pena – detenção até um mês ou pagamento de 5 a 15 dias-multa para o eleitor e de 20 a 30 dias-multa para o presidente da mesa.

Também nesse caso verifica-se o desuso devido ao sistema eletrônico de votação.

3.1.7 Art. 313. Deixar o juiz e os membros da Junta de expedir o boletim de apuração imediatamente após a apuração de cada urna e antes de passar à subsequente, sob qualquer pretexto e ainda que dispensada a expedição pelos fiscais, delegados ou candidatos presentes: Pena – pagamento de 90 a 120 dias-multa.

Parágrafo único. Nas seções eleitorais em que a contagem for procedida pela mesa receptora, incorrerão na mesma pena o presidente e os mesários que não expedirem imediatamente o respectivo boletim.

Embora a expedição do Boletim de Urna (BU) tenha relevância, na atual sistemática a própria urna realiza a operação e emite o BU. Isso é válido até mesmo em hipótese de votação manual, pois nesses casos o procedimento de apuração é repassado para outra urna eletrônica (cada cédula é lida e seu conteúdo é digitado no equipamento, que também conclui a votação e emite o BU).

3.1.8 Art. 318. Efetuar a mesa receptora a contagem dos votos da urna quando qualquer eleitor houver votado sob impugnação (art. 190):
Pena – detenção até um mês ou pagamento de 30 a 60 dias-multa.

Não mais subsistem os pressupostos fáticos desse delito, pois não é a mesa receptora que efetua a contagem de votos, e sim o próprio sistema implantado na urna. O eleitor com identidade duvidosa só será admitido a votar se demonstrar sua identidade ao presidente da mesa ou se, persistindo a dúvida, assim decidir o juiz eleitoral.

3.1.9 Art. 319. Subscrever o eleitor mais de uma ficha de registro de um ou mais partidos: Pena – detenção até 1 mês ou pagamento de 10 a 30 dias-multa.

3.1.10 Art. 320. Inscrever-se o eleitor, simultaneamente, em dois ou mais partidos: Pena – pagamento de 10 a 20 dias-multa.

3.1.11 Art. 321. Colher a assinatura do eleitor em mais de uma ficha de registro de partido: Pena – detenção até dois meses ou pagamento de 20 a 40 dias-multa.

Deve-se ter o cuidado na aplicação dos crimes previstos nos arts. 319 e 321, pois, embora objetivem resguardar a veracidade no apoio mínimo de eleitores para a criação das agremiações, os tipos penais não se confundem com o art. 350 do CE/1965.

Na sistemática atual, a Resolução-TSE nº 23.571/2018 já regula o tema. De acordo com esse normativo, o representante legal, mediante senha entregue pela Justiça Eleitoral, deve realizar o cadastro prévio dos dados dos eleitores que manifestaram apoio à criação do partido político em formação, *por meio de sistema específico*, em relações individualizadas por zona eleitoral. Serão aceitos no momento do pré-cadastramento todos os dados informados pelo usuário do sistema, sendo que a crítica ao apoio que não estiver de acordo com a norma vigente será efetuada no momento do envio do apoio, ocasião em que o sistema fará automaticamente a primeira verificação de dados, possibilitando ao usuário emitir relatório com os motivos da invalidação. Ainda, segundo a citada resolução, o eleitor não filiado pode manifestar apoio à criação de mais de uma agremiação.

Os dados constantes nas listas ou nas fichas individuais devem ser publicados em cartório e no sítio do TSE no prazo de 3 (três) dias contados do seu recebimento e podem ser impugnados por qualquer interessado, em

petição fundamentada, no prazo de 5 (cinco) dias contados da publicação. Julgada procedente a impugnação, o juiz determinará a exclusão do nome do eleitor da respectiva lista de apoio.

Caso haja a conduta de inserir assinaturas falsas em lista de apoio, pode restar caracterizado o crime de falsidade ideológica eleitoral (art. 350 do CE/1965). Nesse sentido, *Habeas Corpus (HC)* n° 7994-57/RJ, rel. Min. Maria Thereza, *DJe* de 6.3.2015.

Quanto à pluralidade de filiação partidária, o delito do art. 320 do CE/1965 não mais se encontra vigente, pois o parágrafo único do art. 22 da Lei n° 9.096, de 19 de setembro de 1995, estabelece que, em caso de coexistência de filiações partidárias, prevalecerá a mais recente, devendo a Justiça Eleitoral determinar o cancelamento das demais (nesse sentido já decidiu o TRE no RE n° 6832008 – *DJMG* 15.5.2008, p. 109).

3.1.12 Art. 335. Fazer propaganda, qualquer que seja a sua forma, em língua estrangeira: Pena – detenção de três a seis meses e pagamento de 30 a 60 dias-multa.

Parágrafo único. Além da pena cominada, a infração ao presente artigo importa na apreensão e perda do material utilizado na propaganda.

3.1.13 Art. 337. Participar, o estrangeiro ou brasileiro que não estiver no gozo dos seus direitos políticos, de atividades partidárias inclusive comícios e atos de propaganda em recintos fechados ou abertos: Pena – detenção até seis meses e pagamento de 90 a 120 dias-multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorrerá o responsável pelas emissoras de rádio ou televisão que autorizar transmissões de que participem os mencionados neste artigo, bem como o diretor de jornal que lhes divulgar os pronunciamentos.

O art. 335 do CE/1965 afronta o direito fundamental à livre manifestação do pensamento, motivo pelo qual é defensável sua não recepção pela CF/1988. Além disso, embora o objetivo seja de preservar a soberania nacional e a língua portuguesa, atenta contra os princípios da subsidiariedade e fragmentariedade do Direito Penal, pois a simples previsão de irregularidade na propaganda eleitoral é suficiente para coibir a conduta, implicando a apreensão e suspensão da propaganda no âmbito do poder de polícia deferido à Justiça Eleitoral.

Na sequência, o crime previsto no art. 337 do CE/1965 (participação de atividade partidária de estrangeiro ou brasileiro que não estiver no gozo dos direitos políticos) também não estaria recepcionado pela CF/1988, por afrontar os arts. 14 e 15 da CF/1988 e as liberdades de manifestação de pensamento e de comunicação.¹⁵

RECURSO CRIMINAL - ART. 337 DO CÓDIGO ELEITORAL - DIREITOS POLÍTICOS COM STATUS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS (ART. 14, CF) - AUTO-APLICABILIDADE DOS ARTS. 14, 15 E 16 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - NÃO RECEPÇÃO DO ART. 337 DO CÓDIGO ELEITORAL PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 (LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO E DE COMUNICAÇÃO - ART. 5º, CF) - CONDUTA DELITUOSA NÃO MAIS CONSIDERADA COMO CRIME - RECURSO PROVIDO.

1. As normas constitucionais relativas aos direitos políticos (arts. 14, 15 e 16) são de eficácia plena. Portanto, produzem de imediato todos os efeitos relativos às situações que foram reguladas pelo constituinte originário.

2. O art. 337 do Código Eleitoral, ao punir como conduta delituosa a participação, em atividades partidárias, de cidadão que não esteja em pleno gozo de seus direitos políticos, conflita diretamente com os direitos e garantias fundamentais elencadas no art. 5º da Constituição Federal de 1988, motivo pelo qual deve ser declarada sua inconstitucionalidade.

À unanimidade de votos, a Corte conheceu do recurso e, no mérito, deu-lhe provimento para absolver o recorrente, nos termos do voto da Relatora.

A parte referente ao estrangeiro também teria sido revogada pelo art. 125, XI, c/c 107, III, ambos da Lei nº 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro).

O TSE, no REspe nº 773.568.867/GO, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 337 do CE/1965.

3.1.14 Art. 338. Não assegurar o funcionário postal a prioridade prevista no art. 239: Pena - Pagamento de 30 a 60 dias-multa.

A prioridade postal visa a realização de propaganda. Entretanto, conclui-se pela desnecessidade do tipo penal atualmente, pois com o avanço da tecnologia na comunicação foram introduzidas novas formas de propaganda, as quais independem da remessa física do material de propaganda.

¹⁵ Nesse sentido: Recurso em *Habeas Corpus* (RHC) nº 202 – Assai/PR. Acórdão nº 37.220, de 30.7.2009. Relatora Regina Helena Afonso de Oliveira Portes. Publicação: *Diário da Justiça (DJ)*, 6.8.2009 (acesso em: 23.4.2018).

3.1.15 *Art. 342. Não apresentar o órgão do Ministério Público, no prazo legal, denúncia ou deixar de promover a execução de sentença condenatória: Pena – detenção até dois meses ou pagamento de 60 a 90 dias-multa.*

3.1.16 *Art. 343. Não cumprir o juiz o disposto no § 3º do Art. 357: Pena – detenção até dois meses ou pagamento de 60 a 90 dias-multa.*

Embora no processo penal vigore o princípio da obrigatoriedade da ação penal e da indisponibilidade, se o órgão do Ministério Público não estiver convencido do delito e julgar pertinente pedir novos esclarecimentos, poderá retornar os autos do inquérito policial com requisição de novas diligências. Outrossim, permanecendo inerte o Ministério Público, o art. 5º, LIX, da CF/1988 autoriza o ajuizamento da ação privada nos crimes de ação pública. A conduta desidiosa deve merecer controle e repressão, assim, no âmbito administrativo.

Também não deve subsistir no atual sistema jurídico o delito do art. 343 do CE/1965, em virtude de sua incompatibilidade com o sistema acusatório, pois não cabe ao juiz tutelar o inquérito policial. A intervenção do Judiciário na fase pré-processual deve ocorrer apenas para resguardar a liberdade ou assegurar a eficácia de direito fundamental. Não é por outra razão que é defensável que a tramitação do inquérito deve ocorrer diretamente entre o Ministério Público e a polícia judiciária.

3.1.17 *Art. 344. Recusar ou abandonar o serviço eleitoral sem justa causa: Pena – detenção até dois meses ou pagamento de 90 a 120 dias-multa.*

Embora o bem tutelado pelo art. 344 do CE/1965 seja o regular funcionamento dos serviços eleitorais, não é necessária sua criminalização, tendo em vista a possibilidade de resolução do conflito, pela Justiça Eleitoral, mediante procedimento administrativo. Recusar significa que o agente foi nomeado para o exercício das funções e se recusa a aceitar ou deixa de comparecer ao local indicado.

Cabe esclarecer que é comum, por exemplo, essa conduta em casos de mesários faltosos que, embora nomeados, não comparecem ao local indicado no dia do pleito, o que gera transtornos ao funcionamento da seção. Contudo, o art. 124 do CE/1965 já regula o assunto de forma eficaz, prevendo prazo para justificativa e, caso não aceita, multa administrativa. No HC nº 638/SP, o TSE decidiu, acertadamente, pela atipicidade da conduta:

HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. CRIME PREVISTO NO ART. 344 DO CÓDIGO ELEITORAL. NÃO COMPARECIMENTO DO MESÁRIO CONVOCADO. MODALIDADE ESPECIAL DO CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. PREVISÃO DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA. ART. 124 DO CÓDIGO ELEITORAL. AUSÊNCIA DE RESSALVA DE CUMULAÇÃO COM SANÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, nos casos em que a decisão condenatória transitou em julgado, a excepcionalidade de manejo do habeas corpus, quando se busca o exame de nulidade ou de questão de direito, que independe da análise do conjunto fático-probatório. Precedentes.

2. O não comparecimento de mesário no dia da votação não configura o crime estabelecido no art. 344 do CE, pois prevista punição administrativa no art. 124 do referido diploma, o qual não contém ressalva quanto à possibilidade de cumulação com sanção de natureza penal.

3. Ordem concedida. (Relator Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA. Publicação: DJE – Diário da Justiça Eletrônico, Data 21/5/2009, Página 19RJTSE – Revista de jurisprudência do TSE, Volume 20, Tomo 3, Data 28.4.2009, Página 16).

- 3.1.18 Art. 345. Não cumprir a autoridade judiciária, ou qualquer funcionário dos órgãos da Justiça Eleitoral, nos prazos legais, os deveres impostos por este Código, se a infração não estiver sujeita a outra penalidade: (Redação dada pela Lei nº 4.961, de 4.5.1966) Pena – pagamento de trinta a noventa dias-multa.

Esse artigo não teria sido recepcionado pela nova ordem constitucional, pois a conduta de simplesmente descumprir deveres genericamente afronta os princípios da legalidade, taxatividade e proporcionalidade, em virtude de indeterminação do conteúdo, que se configura extremamente vago.

3.1.19 Lei nº 9.504/1997

Art. 58

[...]

§ 7º A inobservância do prazo previsto no parágrafo anterior sujeita a autoridade judiciária às penas previstas no art. 345 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral.

Trata o § 7º do art. 58 da Lei das Eleições de crime de inobservância de prazo para julgar direito de resposta nas representações por propaganda eleitoral irregular. Não há como sustentar a constitucionalidade do dispositivo, pois o mero descumprimento de prazo processual não ostenta lesividade para ser erigido à categoria de crime. Outrossim, o dispositivo remete ao art. 345 do CE/1965, que também não foi recepcionado pela nova ordem constitucional.

Ademais, há plenas condições de, no âmbito disciplinar, resolver a contento eventual comportamento que acarrete comprometimento ao serviço eleitoral na atuação da autoridade judiciária eleitoral.

3.2 O tratamento penal eleitoral sobre as fakes news. Lei nº 13.834/2019 e o tipo penal de denúncia caluniosa com finalidade eleitoral (art. 326-A, Código Eleitoral) (Grifo nosso).

As *fakes news* devem ser consideradas na atualidade como o fenômeno midiático e social propulsor de devastação ética que desafia a mobilização do controle, que visa impor sanções administrativas ou penais. A ofensa a bens jurídicos como a honra objetiva e subjetiva, ainda mais no contexto do processo eleitoral e pela densidade e pela velocidade de sua divulgação e resultados consequencialistas, justifica a seletividade do direito penal.

Para Dourado e Gomes (2019), as *fakes news* podem ser compreendidas como as narrativas que ensaiam referências factuais, embora sejam consubstanciadas em invenções ou alterações dos fatos. Em sequência, procede-se à sua disseminação em fluxos intermináveis, em escala de alta densidade em mídias sociais, a partir de interações com conteúdos por atores que se vinculam ao interesse na produção das consequências que orientam a prática, destacadamente no campo político e eleitoral.

Esse quadro acarreta desfalque consistente dos elementos que compõem uma materialidade democrática, pois se valoriza a falsidade que não se aglutina àquela lógica. Ora, o conjunto de fatores que formam o capital político e eleitoral de candidatos concorrentes e agremiações partidárias são atingidos em sua essência. De outra parte, nem mesmo as instituições públicas diretamente vinculadas à condução do processo eleitoral são poupadas desse direcionamento pernicioso, não obstante apresentarem longo histórico de condutas e práticas consolidadas na indispensabilidade neutra e assecuratória da higidez dos pleitos eleitorais. Essa inclinação à anomia, sobretudo quando se pensa na regularidade das eleições que é afetada, provoca como decorrência abalo à própria vontade popular e à democracia como parâmetro de valor universal.

Com isso, o campo do direito eleitoral foi o primeiro no Brasil a contar com a experiência da criminalização que é enviesada como meio para contenção e controle do fenômeno das *fakes news*.

O novo tipo penal (art. 326-A, Código Eleitoral – Lei nº 4.737/1965, introduzido pela Lei nº 13.834/2019) criminalizaria as práticas que se enquadrem em *fakes*

News, no que se refere à divulgação de ato ou fato falsamente atribuído. Dessa forma, o § 3º agora em vigor apenas incrimina a conduta daquele que, tendo ciência de que outrem cometeu uma denúncia caluniosa, passa a propalar ou divulgar a mesma imputação de que conhece a improcedência. Ora, a figura está ligada ao preceito do *caput*, com a seguinte construção em seus preceitos primário e secundário:

Art. 326-A. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, de inquérito civil ou ação de improbidade administrativa, atribuindo a alguém a prática de crime ou ato infracional de que o sabe inocente, com finalidade eleitoral:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve do anonimato ou de nome suposto.

§ 2º A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.

§ 3º Incurrerá nas mesmas penas deste artigo quem, comprovadamente ciente da inocência do denunciado e com finalidade eleitoral, divulga ou propala, por qualquer meio ou forma, o ato ou fato que lhe foi falsamente atribuído.

A mera previsão do tipo supriu a omissão do CE/1965, mas foram utilizados praticamente os mesmos elementos da fórmula de tipicidade contida no art. 339 do Código Penal (CP)/1940, isto é, a denúncia caluniosa prevista para o direito penal comum, trazendo de modo automático as mesmas virtudes e defeitos, ao menos em relação aos primeiro e segundo parágrafos.

As perplexidades e anomalias sobre a estrutura da previsão normativa da denúncia caluniosa eleitoral que devem ser objeto de críticas analíticas para o progresso hermenêutico, como já destacado em Silva e Purger (2019), não constituem embaraço para que se reconheça que a opção do legislador se instaura na perspectiva do equilíbrio que se espera para a proteção de bens jurídicos pelo controle penal.

Dessa maneira, reputamos que o processo de atualização da legislação penal eleitoral, a par de obstruir a permanência de tipos que conspurcam valores que são dotados de proteção que não devem ser impactadas pelo direito penal, deve ser feito com a abertura necessária para que o estágio atual das práticas sociais contribua como fator relevante para a incorporação de outros tipos, sempre sobre uma orientação segura que preserve o caráter subsidiário e de intervenção mínima do direito penal.

4 Conclusão

Conclui-se, por relevante, que a atualização, revisão ou consolidação da legislação eleitoral implica necessariamente a revogação dos dispositivos penais em questão, os quais significavam hiperinflação da legislação penal eleitoral. Não resulta dessa vigência nenhuma qualidade no controle ou proteção ao bem jurídico, ou seja, impõe-se a descriminalização das condutas encimadas.

De outra parte, a busca por um posicionamento do Direito Penal Eleitoral mais compatível com as necessidades atuais deflagra a reflexão no sentido da inserção de novos comportamentos como fatos típicos. Não seria desarrazoado pensar em delito de *estelionato eleitoral*, isto é, a articulação de um tipo penal eleitoral que pudesse penalizar a *promessa falsa ou não cumprida por candidato, enunciada durante a campanha eleitoral*.

Ora, a ausência de fidedignidade entre o eleitor e o candidato com a não consecução das campanhas eleitorais é ponto de enorme densidade para se levar ao desprestígio do apreço pela política e as questões voltadas para o fortalecimento da democracia representativa. Assim, o tipo penal bem construído que pudesse, de maneira precisa, não violar a taxatividade como sub-princípio à legalidade em Direito Penal ensejaria mecanismo inibitório das investidas de candidatos que atuam sob a perspectiva de desvalorização do sentido dos mandatos eleitorais que envolvem a via de mão dupla (representatividade).

Não obstante o tipo penal do art. 350 do CE/1965, também há premente necessidade de se construir uma tipificação que atenda aos critérios de regularidade e de segurança jurídica em relação ao evento de custeio e de contabilização das campanhas eleitorais, conhecido como *caixa 2 eleitoral*. Tal prática tem ensejado uma transversalidade entre poder econômico e o poder político, capturando a governança futura, desde o momento da deflagração do financiamento das campanhas eleitorais.

Assim, como ainda há dúvida sobre a viabilidade da fluência de recursos fora dos registros contábeis da campanha, como realizadora da tipicidade do art. 350 do CE/1965, necessária uma maior expansão e clareza quanto a esse tipo penal, contribuindo assim para que, na esfera penal eleitoral, sejam engajados meios para se coibirem ou identificarem as práticas e escoimá-las do cenário das campanhas políticas e eleitorais brasileiras.

Essa mesma projeção se observou com a criação do tipo penal do art. 326-A, CE/1965 (denúnciação caluniosa eleitoral) pela Lei nº 13.834/2019 que responde a uma ingente necessidade de tratamento jurídico do fenômeno das *fakes news*, sem esgarçar a liberdade de expressão e de pensamento, como motor fundamento da dialética eleitoral.

Buscamos demonstrar que a fisionomia da legislação penal eleitoral hodierna exige a incorporação de parâmetros efetivos para se equalizar a legítima proteção aos bens jurídicos que devem ser tutelados. Não há como se contentar com a presente inflação legislativa e com a proteção deficiente. A exigência deve ser na direção de uma movimentação atualizadora que, no entanto, não pode desconsiderar a visceral necessidade de que as modificações sejam objeto de enquadramento na legislação em sintonia com o nosso sistema garantista constitucional. O desafio deve contar como referência axial as projeções de um Direito Penal Eleitoral equilibrado, sem desconsiderar os parâmetros e princípios penais fundamentais, bem como sem desconsiderar a necessidade de modernização do sistema penal.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: o Supremo, seus papeis e seus críticos*. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/contramajoritario-representativo-e-iluminista-o-supremo-seus-papeis-e-seus-criticos>. Acesso em: 23 abr. 2018.

BERNARDO, Gonçalves Fernandes. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DOURADO, Tatiana e GOMES, Wilson. O que são, afinal, fake news, enquanto fenômeno de comunicação política? *Compólitica* 8, Brasília, FAC UnB, 15 a 17/ maio/2019. Associação Brasileira de Pesquisadores em Comunicação e Política – http://ctpol.unb.br/compolitica2019/GT6/gt6_Dourado_Gomes.pdf. Acesso em: 23 abr. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.

FILIPETO, Rogério. *Nova feição do direito penal*. Disponível em: https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/381/nova%20feicao%20direito%20penal_Filipeto.pdf?sequence=1. Acesso em: 10 abr. 2018.

FISCHER, Douglas. *O que é garantismo penal (integral)?* Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/255489911/O-Que-e-Garantismo-Penal-Integral-Douglas-Fischer>. Acesso em: 10 abr. 2018.

GOMES, José Jairo. *Crimes eleitorais e processo penal eleitoral*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Aflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HASSEMER, Winfried; NAUCKE, Wolfgang; LÜDERSSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Buenos Aires: B de F, 2006.

MOLINA, Antônio García-Pablos de. Direito penal: parte geral. In: GOMES, Luiz Flávio; DAHER, Flávio (Org.). *Curso de direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2009.

PURGER, Amanda Alves Oliveira Purger e SILVA, Amaury. Denúnciação caluniosa eleitoral: novidades e perplexidades da Lei 13.834/2019. In: *Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA*, Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2019, ISBN: 978-85-5505-843-1. Disponível em: www.conpedi.org.br, em publicações. Acesso em: 28 jul. 2020.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Uma terceira via na repressão às infrações econômicas*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1734,91041Uma+terceira+via+na+repressao+as+infracoes+economicas>. Acesso em: 10 abr. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. As (novas) penas alternativas à luz da principiologia do estado democrático de direito e do controle de constitucionalidade. In: *A sociedade, a violência e o direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

**COMPETÊNCIA ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FORO
NO PROCESSO PENAL ELEITORAL E A QO-AP Nº 937¹**

**SPECIAL COMPETENCE BY JURISDICTION PRERROGATIVE
IN THE ELECTORAL CRIMINAL PROCESS AND QO-AP Nº 937**

EDMILSON RUFINO DE LIMA JUNIOR'S²

¹ Artigo recebido em 28 de julho de 2020 e aprovado para publicação em 30 de julho de 2020.

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Acre. Especialista (*lato sensu*) em Direito Eleitoral e em Direito Público. Mestrando em Direito. Analista judiciário – área judiciária do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Assessor de ministro.

RESUMO

O estudo em destaque esclarece os aspectos gerais do foro de prerrogativa de função e tece exame crítico da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no tocante à restrição do referido foro, relativamente aos parlamentares federais. Segundo essa novel interpretação, o instituto jurídico será aplicado quando envolver a prática de infrações penais por tais autoridades cometidas durante o exercício do cargo e em razão dele. O artigo em tela é pertinente para compreender os reflexos da decisão do Supremo Tribunal Federal, com ênfase no Direito Processual Penal Eleitoral.

Palavras-chave: Prerrogativa. Foro. Competência. Juízes. Tribunais. Extensão.

ABSTRACT

The highlighted study clarifies the general aspects of the function prerogative forum and critically examines the decision of the Supreme Federal Court regarding the restriction of the competence by function prerogative, in relation to federal parliamentarians. According to this new interpretation, the legal institute will be applied when it involves the practice of criminal offenses by such authorities committed during the exercise of the position and because of it. The purpose of the article in question is pertinent to understand the reflexes of the decision of the Supreme Federal Court, with emphasis on Electoral Criminal Procedural Law.

Keywords: Prerogative. Court. Jurisdiction. Judges. Courts. Extension.

1 Introdução

A competência especial por prerrogativa de foro – ou *foro privilegiado*, tal qual coloquialmente se conhece – consiste em uma das maneiras pelas quais é estabelecida a competência processual penal.

Entende-se competência como a secção do poder jurisdicional, a fim de organizar a prestação jurisdicional e garantir a todo jurisdicionado o juiz natural, assim entendido como o magistrado imparcial, dotado de garantias que assegurem a sua independência e com as atribuições previstas adrede em lei.

A regra, no processo penal – assim como nos processos em geral –, é que os feitos sejam apreciados pelo juiz de primeiro grau, seguindo-se algumas regras de fixação do juízo competente, a exemplo do local da infração.

Nesse cenário, o foro especial por prerrogativa de função consiste em verdadeira exceção, mediante o qual se atribui a tribunais específicos da estrutura judiciária brasileira o poder de processar e julgar determinadas pessoas, em razão do cargo exercido.

O propósito do presente estudo é expor, primeiramente, os aspectos gerais do instituto, com foco no processo penal eleitoral, para, em seguida, analisar criticamente a orientação subjacente à decisão proferida pelo STF no âmbito da Questão de Ordem na Ação Penal nº 937 (QO-AP nº 937), de modo a fornecer os elementos para a correta aplicação do novel entendimento.

A metodologia de pesquisa se fundou na revisão bibliográfica e documental, notadamente de textos doutrinários e decisões de Tribunais Superiores.

2 Aspectos gerais

Da tradição do constitucionalismo brasileiro, a prerrogativa de foro constou, em maior ou menor extensão, de todas as constituições brasileiras, atingindo o ápice na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que contempla amplo rol de pessoas com prerrogativas de foro³.

As normas que instituem tal foro de prerrogativa têm *dupla face*: ao mesmo tempo que constituem *garantia processual*, de ser processado apenas por certos órgãos jurisdicionais, também representa *cláusula essencial de estabilidade*

³ Segundo levantamento feito pelo jornal *Folha de S. Paulo*, publicado em 24 de abril de 2018, aproximadamente 58.660 pessoas têm direito ao foro de prerrogativa de função.

política do país, dada a necessidade de preservação das instituições contra investigações difusas, fragmentadas e eventualmente controversas⁴. Daí porque se admite a fixação de regras de prerrogativa de foro em constituições estaduais⁵, desde que mantida a simetria com o plano federal⁶.

Além disso, a jurisprudência do STF contempla a atribuição de foro de prerrogativa para autoridades que, em princípio, não teriam direito, mas que, em razão de ato normativo, têm o cargo equiparado ao *status* de ministro⁷.

No que concerne ao Direito Processual Eleitoral e ante à prática de crime eleitoral por autoridade, destacam-se os principais casos de prerrogativa de foro:

a) da competência do Supremo Tribunal Federal: o Presidente e Vice-Presidente da República, membros do Congresso Nacional, Ministros do próprio Supremo Tribunal Federal, o Advogado-Geral da União, o Procurador-Geral da República, os Ministros de Estado, Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, membros dos Tribunais Superiores, Ministros do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; e

b) de competência do Superior Tribunal de Justiça: Governador⁸, Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal,

⁴ Nessa linha, já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “A prerrogativa de foro é uma garantia voltada não exatamente para os interesses dos titulares de cargos relevantes, mas, sobretudo, para a própria regularidade das instituições” (STF, Pleno, QO-Inq nº 2411, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* de 25.4.2008).

⁵ “Pode a constituição do estado-membro, com base no poder implícito que reconhece a este de atribuir a seus agentes políticos as mesmas prerrogativas de função de natureza processual penal que a constituição federal outorga aos seus que lhes são correspondentes, estabelecer que o foro por prerrogativa de função de deputado estadual e o tribunal de justiça do estado, para todos os crimes da competência da justiça desse estado-membro, inclusive os dolosos contra a vida” (STF, Pleno, HC nº 58410, rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 15.5.1981).

⁶ “Prerrogativa de foro. Delegados de Polícia. Esta Corte consagrou tese no sentido da impossibilidade de estender-se a prerrogativa de foro, ainda que por previsão da Carta Estadual, em face da ausência de previsão simétrica no modelo federal” (STF, Pleno, ADI nº 882, rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 23.4.2004).

⁷ “2. Prerrogativa de foro para o Presidente do Banco Central. 3. Ofensa aos arts. 2º, 52, III, “d”, 62, § 1º, I, “b”, § 9º, 69 e 192, todos da Constituição Federal. 4. Natureza política da função de Presidente do Banco Central que autoriza a transferência de competência. 5. Sistemas republicanos comparados possuem regulamentação equivalente para preservar garantias de independência e imparcialidade. 6. Inexistência, no Texto Constitucional de 1988, de argumento normativo contrário à regulamentação infraconstitucional impugnada. 7. “Não caracterização de modelo linear ou simétrico de competências por prerrogativa de foro e ausência de proibição de sua extensão a Presidente e ex-Presidentes de Banco Central. 8. Sistemas singulares criados com o objetivo de garantir independência para cargos importantes da República: Advogado-Geral da União; Comandantes das Forças Armadas; Chefes de Missões Diplomáticas. 9. Não-violação do princípio da separação de poderes, inclusive por causa da participação do Senado Federal na aprovação dos indicados ao cargo de Presidente e Diretores do Banco Central (art. 52, III, “d”, da CF/1988)”. (STF, Pleno, ADI nº 3289, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 3.2.2006).

⁸ Acerca da competência do Superior Tribunal de Justiça julgar governadores em quaisquer infrações penais comuns, incluídas nesse conceito as eleitorais, o Supremo Tribunal Federal já assentou que “A jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal, atenta ao princípio da Federação, impõe

membro dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, juízes dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e dos Tribunais Regionais do Trabalho, membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, membros do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

c) de competência dos Tribunais Regionais Eleitorais: prefeito ou vice-prefeito em exercício, Deputado Estadual, Juiz de Direito, Juiz Federal, Juiz do Trabalho, Juiz Militar, Juiz Eleitoral, membro do Ministério Público Estadual ou do Distrito Federal, membro do Ministério Público da União que não atue perante tribunal.

Embora não haja disciplina expressa, o TSE entendeu que, em relação aos secretários de Estado, advogado-geral do Estado ou procurador-geral do Estado, a competência para processar e julgar ações penais é dos Tribunais Regionais Eleitorais (TREs). A matéria foi apreciada no seguinte julgado:

CRIME ELEITORAL. INFRAÇÕES PENAIS DESCRITAS NA LEI ELEITORAL, E ATRIBUÍDAS, EM COAUTORIA, O SECRETARIO DE ESTADO E O PROCURADOR-GERAL DO ESTADO. COMPETÊNCIA. RESSALVA DO ART. 96, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

É DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS REGIONAIS ELEITORAIS PROCESSAR E JULGAR, POR CRIME DEFINIDO NO CÓDIGO ELEITORAL, AS AUTORIDADES ESTADUAIS QUE, PELA PRÁTICA DE CRIME COMUM, TÊM FORO JUNTO AOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. *HABEAS CORPUS* DENEGADO, PARA CONFIRMAR A COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL⁹.

Afora tais situações, a competência será do juiz eleitoral, em regra, determinada pelo local da prática da infração, a teor do art. 70 do Código de Processo Penal.

O TSE, por seu turno, não tem competência para julgar a ação penal condenatória, conquanto mantenha a alusiva ao conhecimento de *habeas corpus* e a competência recursal em matéria penal.

que a instauração de persecução penal, perante o Superior Tribunal de Justiça, contra Governador de Estado, por supostas práticas delituosas perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública ou de iniciativa privada, seja necessariamente precedida de autorização legislativa, dada pelo Poder Legislativo local, a quem incumbe, com fundamento em juízo de caráter eminentemente discricionário, exercer verdadeiro controle político prévio de qualquer acusação penal deduzida contra o Chefe do Poder Executivo do Estado-membro, compreendidas, na locução constitucional “crimes comuns”, todas as infrações penais (RTJ nº 33/590 e RTJ nº 166/785-786), inclusive as de caráter eleitoral (RTJ nº 63/1, RTJ nº 148/689 e RTJ nº 150/688-689), e, até mesmo, as de natureza meramente contravencional (RTJ nº 91/423)” (STF, 2ª Turma, Pet nº 6044, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 14.9.2001). Ressalvada a matéria alusiva à autorização legislativa, que diz respeito a outras prerrogativas processuais, o mesmo entendimento deve ser aplicado às demais autoridades sujeitas ao foro.

⁹ TSE, HC nº 179, rel. Min. José Cândido, DJ de 27.8.1992.

Ainda no tocante aos aspectos gerais, o Supremo Tribunal Federal reconhece, em princípio, atração da competência originária em relação a corréus sem prerrogativa de foro, quando houver conexão entre a conduta destes e a prática do crime pela autoridade detentora de foro privilegiado. Nessa linha:

COMPETÊNCIA CRIMINAL. Ação penal. Membro do Ministério Público estadual. Condição de corréu. Conexão da acusação com fatos imputados a desembargador. Pretensão de ser julgado perante o Tribunal de Justiça. Inadmissibilidade. Prerrogativa de foro. Irrenunciabilidade. Ofensa às garantias do juiz natural e da ampla defesa, elementares do devido processo legal. Inexistência. Feito da competência do Superior Tribunal de Justiça. *HC* denegado. Aplicação da súmula 704. Não viola as garantias do juiz natural e da ampla defesa, elementares do devido processo legal, a atração, por conexão ou continência, do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados, a qual é irrenunciável¹⁰.

Por fim, caso surja indício de autoria ou participação de autoridade com prerrogativa de foro em contexto criminoso, atribuído a pessoas sem prerrogativa, os autos devem ser imediatamente remetidos ao tribunal competente, que analisará eventual desmembramento.¹¹

3 Extensão da garantia: a paradigmática QO-AP nº 937

Após anos de expansão da garantia, em aparente consonância com os desígnios do Constituinte, o STF firmou entendimento mais restritivo no que tange à competência por prerrogativa de foro, nos seguintes termos:

Direito Constitucional e Processual Penal. Questão de Ordem em Ação Penal. Limitação do foro por prerrogativa de função aos crimes praticados no cargo e em razão dele. Estabelecimento de marco temporal de fixação de competência.

I. Quanto ao sentido e alcance do foro por prerrogativa

1. O foro por prerrogativa de função, ou foro privilegiado, na interpretação até aqui adotada pelo Supremo Tribunal Federal, alcança todos os crimes de que são acusados os agentes públicos previstos no art. 102, I, *b* e *c* da

¹⁰ STF, 2ª Turma, *HC* nº 91.437, rel. Min. Cezar Peluso, *DJe* de 19.10.2007.

¹¹ “Agravo regimental em reclamação. 2. Decisão anterior em processo do qual os reclamantes não tomaram parte. Ausência de eficácia preclusiva em desfavor dos reclamantes. 3. Ausência de remessa ao STF por suspeitas de responsabilidade penal de autoridade com foro originário nesta Corte. Violação apenas da prerrogativa da autoridade com foro privilegiado. Juízo de primeira instância competente para supervisionar as investigações contra os reclamantes. Em relação a eles, a manutenção da investigação em primeira instância não representa violação à prerrogativa. 4. Negado provimento ao agravo regimental” (STF, 2ª Turma, *AgR-Rcl* nº 15821, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* de 2.3.2015).

Constituição, inclusive os praticados antes da investidura no cargo e os que não guardam qualquer relação com o seu exercício.

2. Impõe-se, todavia, a alteração desta linha de entendimento, para restringir o foro privilegiado aos crimes praticados no cargo e em razão do cargo. É que a prática atual não realiza adequadamente princípios constitucionais estruturantes, como igualdade e república, por impedir, em grande número de casos, a responsabilização de agentes públicos por crimes de naturezas diversas. Além disso, a falta de efetividade mínima do sistema penal, nesses casos, frustra valores constitucionais importantes, como a probidade e a moralidade administrativa.

3. Para assegurar que a prerrogativa de foro sirva ao seu papel constitucional de garantir o livre exercício das funções – e não ao fim ilegítimo de assegurar impunidade – é indispensável que haja relação de causalidade entre o crime imputado e o exercício do cargo. A experiência e as estatísticas revelam a manifesta disfuncionalidade do sistema, causando indignação à sociedade e trazendo desprestígio para o Supremo.

4. A orientação aqui preconizada encontra-se em harmonia com diversos precedentes do STF. De fato, o Tribunal adotou idêntica lógica ao condicionar a imunidade parlamentar material – i.e., a que os protege por suas opiniões, palavras e votos – à exigência de que a manifestação tivesse relação com o exercício do mandato. Ademais, em inúmeros casos, o STF realizou interpretação restritiva de suas competências constitucionais, para adequá-las às suas finalidades. Precedentes.

II. Quanto ao momento da fixação definitiva da competência do STF

5. A partir do final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais – do STF ou de qualquer outro órgão – não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo. A jurisprudência desta Corte admite a possibilidade de prorrogação de competências constitucionais quando necessária para preservar a efetividade e a racionalidade da prestação jurisdicional. Precedentes.

III. Conclusão

6. Resolução da questão de ordem com a fixação das seguintes teses: “(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo”.

7. Aplicação da nova linha interpretativa aos processos em curso. Ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e demais juízos com base na jurisprudência anterior.

8. Como resultado, determinação de baixa da ação penal ao Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro, em razão de o réu ter renunciado ao cargo de Deputado Federal e tendo em vista que a instrução processual já havia sido finalizada perante a 1ª instância.¹²

Tal inflexão, que é a mais expressiva desde a promulgação da Constituição da República, decorreu de um contexto fático muito peculiar, revelador de aparente inadequação do sistema da prerrogativa de foro com os princípios do Texto Constitucional alusivos ao processo.

Há pelo menos três vetores que motivaram a mudança de entendimento pela douta maioria da Suprema Corte, a despeito da inexistência de reforma constitucional nesse particular.

Primeiro, diz-se que houve significativa mudança dos parâmetros fáticos existentes à época da promulgação do Texto Maior, com expressivo aumento de autoridades investigadas perante o STF, principalmente a partir do julgamento da Ação Penal nº 470 e do aprimoramento dos instrumentos de investigação criminal, inclusive em relação à macrocriminalidade. Como assentou o Ministro Luís Roberto Barroso:

Em primeiro lugar, há uma clara mudança na realidade fática. Quando o Constituinte – seja o de 69, seja o de 88 – concebeu o foro por prerrogativa, ele jamais imaginou que houvesse, perante a Corte Constitucional, mais de quinhentos processos de natureza criminal, envolvendo mais de um terço dos membros do Congresso Nacional. Essa é simplesmente uma realidade que nunca ninguém imaginou. Portanto, houve uma clara mudança na realidade fática.

Em segundo lugar, houve uma clara mudança na percepção de qual seja o melhor Direito. Todos nós somos testemunhas de que esse sistema não está funcionando bem, logo é preciso repensá-lo. E os resultados negativos são muito óbvios para nós desmentirmos, que são a impunidade e o desprestígio que isso traz para o Supremo. É tão ruim o modelo que a eventual nomeação de alguém para um cargo que desfrute de foro por prerrogativa é tratado como obstrução de justiça, em tese. É quase uma humilhação para o Supremo o fato de alguém estar sob a jurisdição do Supremo ser considerado obstrução de justiça. Acho que não é preciso dizer mais nada para documentar a falência desse modelo.

De fato, segundo Júlio César de Aguiar e João Paulo Lacerda Oliveira (2018), comentando os números da pesquisa “V Relatório Supremo em Números: o foro privilegiado e o Supremo”, realizada pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV):

¹² STF, Pleno, QO-AP nº 937, rel. Min. Roberto Barroso, *DJe* de 11.12.2018.

O combate acirrado à corrupção generalizada, estampada dia após dia nos noticiários nos últimos anos, principalmente a partir de 2014, após a deflagração da maior operação de combate à corrupção no Brasil, a Lava-Jato, tem contribuído ao vultoso volume de processos em andamento no STF.

Os pedidos de denúncia chegam a galope. A Procuradoria-Geral da República, em 2015, apresentou ao STF o nome de 50 políticos para abertura de inquéritos. Em 2017, após as delações realizadas pela Odebrecht, o Procurador-Geral submeteu ao Supremo mais 83 parlamentares para investigação, além de 320 pedidos de declínio de competência, arquivamentos e outras providências (CARVALHO, 2016; BULLA, 2017).

A cada nova fase de delações, agentes políticos detentores de foro privilegiado são encaminhados à Corte. O foro especial, afora os prejuízos causados à sociedade pelos desvios do erário, contribui para a morosidade da prestação jurisdicional. Em abril de 2017, o Senado Federal publicou o balanço do número de autoridades detentoras da prerrogativa do foro especial: 54.990 pessoas públicas encontram-se revestidas pelo manto constitucional (CARVALHO, 2016; CAVALCANTE FILHO; LIMA, 2017).

Para tornar o retrato ainda mais preocupante, a cada eleição, novos processos são encaminhados ao Supremo. Trata-se de ações penais instauradas em outras instâncias que, com a investidura do recém-eleito no cargo, são enviadas para apreciação da Corte. O relatório feito pela FGV aponta que, desde 2007, em todos os anos, a quantidade de novos processos que chegam ao órgão é superior à dos encerrados (FALCÃO et al., 2017). Entretanto, o número de ministros permanece o mesmo: um grupo de 11 juízes responsáveis pela apreciação e julgamento de um universo estimado em 77.159 processos, dos quais, aproximadamente, 500 são inquéritos e ações penais sob foro privilegiado (BRASIL, 2017a; CARVALHO, 2016).

A divisão do montante geral confere a cada um dos membros do STF a responsabilidade por examinar o mérito de 7.014 processos. Em 2016, somente o ministro Teori Zavascki, até então relator da Lava-Jato, tinha em seu gabinete 7.358 processos para análise. Apesar da quantidade apontada não se referir somente aos processos de foro privilegiado, é possível dimensionar a realidade do Supremo e a vantagem trazida pelo fim da competência especial, ao contribuir para o “desafogamento” da casa (BRASIL, 2017a; CONSULTOR JURÍDICO, 2017; CARVALHO, 2016).

O resultado da equação é o acúmulo do número de processos por ministro. Com isso – e não poderia ser diferente –, a demora nas apreciações e no trânsito em julgado, sendo comuns situações em que o réu, além do tratamento diferenciado recebido pelo cargo que ocupa, é beneficiado pelo instituto da prescrição. O fato é grave, pois produz a sensação de impunidade no seio social e o conseqüente descrédito das instituições políticas e do judiciário.

Sobre as decisões em ações penais no Supremo (2012-2016), de um total de 515 processos, em 44,27% dos casos, houve o declínio da competência e, em 4,47%, a declaração da prescrição. Juntos, correspondem a 48,74% dos processos que não tiveram o mérito analisado pelo STF. Resultado deveras

expressivo. A maior parte das decisões é favorável à defesa. Menos de 1% dos resultados atenderam aos pedidos da acusação com a condenação total ou parcial do parlamentar e mais de 1/3 – 31,45% – das manifestações emitidas pelo órgão se deram em recursos internos interpostos pelas partes (FALCÃO *et al.*, 2017).

Além disso, quase como decorrência do primeiro ponto, o aumento dos casos penais a cargo do STF revelou a dificuldade de a referida Corte se adequar, do ponto de vista logístico e institucional, às exigências de coleta e análise de prova, atividades que, em tese, são estranhas ao cotidiano de Cortes verdadeiramente constitucionais.¹³

A ilustrar esse ponto, cita-se o tempo de tramitação da Ação Penal nº 470¹⁴ e o número expressivo de sessões jurisdicionais cuja pauta única foi o julgamento do referido processo¹⁵, em evidente prejuízo à principal competência do STF, que é a interpretação constitucional em ações de controle concentrado ou em feitos com repercussão geral.

A par dessas considerações, há o problema decorrente do que se costumou denominar *elevador processual*, ou seja, a modificação imediata da competência a partir da diplomação ou assunção do acusado em cargo que goze de prerrogativa de foro, acontecimento que pode se verificar múltiplas vezes durante a tramitação da ação penal, com possíveis reflexos na efetividade da jurisdição e na qualidade do exame da prova¹⁶ – inclusive

¹³ No ponto, destaca-se trecho da manifestação do criminalista Roberto Delmanto Junior: “Acontece que os tribunais nunca estiveram preparados para instruir processos. O exemplo do STF é emblemático. Desde 1988, somente em 2010 um deputado federal - José Tatico (PTB-MG) - acabou condenado a efetiva pena privativa de liberdade: sete anos de prisão. E seu julgamento só ocorreu, como observou o Estado no editorial O atoleiro do Supremo (30/9, A3), porque ele estava na iminência de completar 70 anos, o que ensejaria a prescrição” (2010).

¹⁴ Desde a autuação do inquérito em 26.7.2005 até o início do julgamento em 2.8.2012, transcorreram pouco mais de 7 anos, quase o dobro do que demoram os juízos de primeiro grau da Justiça Estadual (aproximadamente 3 anos e 10 meses) e quase o triplo do que demoram os juízos de primeiro grau das Justicas Eleitoral e Federal (2 anos e 10 meses) para a baixa de processo de conhecimento criminal (*vide* dados do relatório *Justiça em Números*, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 9 set. 2020.

¹⁵ Entre o julgamento da própria ação penal e dos embargos infringentes, o STF realizou 69 sessões, ao longo de um ano e meio.

¹⁶ O Ministro Roberto Barroso, ao proferir seu voto na aludida QO, fez relato que impressiona e chega a assombrar o leitor incauto: “E passo por fim, Presidente, à terceira parte do meu voto quanto à questão da necessidade de fixação definitiva da competência do órgão que tem foro por prerrogativa a partir de um determinado momento processual para impedir a manipulação da jurisdição, ou, muitas vezes, como no caso concreto, faça-se justiça, eu não penso que o prefeito municipal que responde a esta ação penal tenha deliberadamente manipulado a jurisdição. Não foi isso que aconteceu. Só que ele era candidato a prefeito, portanto ele não tinha foro; depois ele foi eleito prefeito, passou a ter foro; depois, ele deixou de ser prefeito, cumpriu o seu mandato, voltou para o primeiro grau; depois, ele era deputado suplente e assumiu a vaga, a competência se deslocou para o Supremo; deixou a suplência e voltou para o seu município, para sua comarca, a competência voltou para o primeiro grau; depois o deputado de quem ele era suplente é definitivamente afastado, ele volta para o Supremo”.

a partir de atuação do réu com o propósito deliberado de evitar o julgamento pelo tribunal competente para a ação penal originária.¹⁷

Esse conjunto de fatores de ordem prática, associado à interpretação alegadamente mais deferente aos princípios republicano e da igualdade, fez com que o relator da aludida questão de ordem propusesse o que chamou de “uma espécie de redução teleológica da sua competência [do STF] para ajustá-la à finalidade da norma e do sistema constitucional”. Acompanharam integralmente o relator os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Celso de Mello.

O Ministro Marco Aurélio considerou que a restrição deveria ter como parâmetro o cargo ocupado na data do cometimento do delito, com fixação e perpetuação da competência a partir desse momento.

O Ministro Alexandre de Moraes, por seu turno, entendeu que o critério da restrição deveria ser apenas temporal, não competindo ao STF processar e julgar crimes cometidos antes do exercício do mandato, sem necessidade de investigação do caráter *propter officium* da infração penal. Acabou acompanhado pelos Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, os quais aderiram a esse voto médio, tendo em vista que ficaram vencidos no tocante à possibilidade de o STF adotar a interpretação que se firmava a partir da construção da maioria.

Em relação à corrente vencida, merece destaque o voto proferido pelo Ministro Dias Toffoli, que assim se pronunciou sobre o histórico do foro privilegiado nas constituições brasileiras, bem como acerca da razão de sua existência em maior extensão:

De fato, concordemos ou não com as prerrogativas de foro, uma das razões para a extensão de suas hipóteses no Brasil foi a maior influência e poder das oligarquias locais sobre magistrados de primeiro grau, em comparação com os juízes de instâncias superiores, desvinculados, a princípio, da realidade política regional. Vai nesse sentido a notável passagem do voto prolatado, em 1962, pelo Ministro Victor Nunes Leal:

¹⁷ Relembre-se, por exemplo, o caso da Ação Penal nº 396, em que se constatou abuso de direito e fraude processual, uma vez que o réu, Natan Donadon, renunciou ao cargo após o processo ter sido incluído na pauta para julgamento do Plenário da Corte. Na ocasião, o STF entendeu que a renúncia de mandato é ato legítimo, porém não desloca competência tendo em vista que não cabe ao réu escolher por qual instância será julgado. Em sentido diverso, na Ação Penal nº 536, na qual acusado o então Deputado Federal Eduardo Azeredo, o Supremo Tribunal Federal assentou o deslocamento da competência mesmo após a apresentação de alegações finais pelo *Parquet*.

A jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é, realmente, instituída, não no interesse pessoal do ocupante do cargo, mas no interesse público do seu bom exercício, isto é, do seu exercício com o alto grau de independência que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade. Presume o legislador que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja a eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuarem contra ele. A presumida independência do tribunal de superior hierarquia é, pois, uma garantia bilateral, garantia contra e a favor do acusado (Rcl nº 473, rel. Min. Victor Nunes, *DJ* de 6.6.1962).

Não por acaso – após a Revolução de 1930, que marcou um novo período de centralização política pela União -, a Carta de 1934 ampliou, significativamente, as prerrogativas de foro para alcançar os ministros da Corte Suprema, os ministros de Estado, o procurador-geral da República, os juizes dos tribunais federais e das cortes de apelação, os ministros do Tribunal de Contas e, ainda, os embaixadores e ministros diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, bem como os juizes federais e seus substitutos, nos crimes de responsabilidade (art. 76, I, alíneas *a*, *b* e *c*).

Com o Golpe do Estado Novo, a Constituição ditatorial de 1937 criou o Conselho Federal, a quem competia processar e julgar o presidente da República e os ministros do STF nos crimes de responsabilidade (arts. 86 e 100). Outra novidade da Carta foi a previsão da prerrogativa de foro em âmbito estadual, atribuindo aos tribunais de apelação a competência privativa para processar e julgar os juizes inferiores nos crimes comuns e de responsabilidade (art. 103, alínea *e*) Com a redemocratização e o término do regime do Estado Novo, foi promulgada a Constituição de 1946, cujo liberalismo, nas palavras de Paes de Andrade e Paulo Bonavides, “deve ser motivo de orgulho para todos os brasileiros”.

A Carta restabeleceu a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar o Presidente da República nos crimes comuns, seus próprios ministros, o procurador-geral da República, os ministros de Estado, os juizes dos tribunais superiores federais, os desembargadores dos tribunais de justiça dos estados, do Distrito Federal e dos territórios, os ministros do Tribunal de Contas e os chefes de missão diplomática (art.101, I, *a*, *b* e *c*). Competia, ainda, privativamente aos tribunais de justiça processar e julgar os juizes de inferior instância nos crimes comuns e nos de responsabilidade (art. 124, IX).

A Constituição de 1967 manteve o foro especial nos mesmos moldes da Constituição de 1946. Mas, na sequência, o Ato Institucional nº 5, de 1968, suspendeu os direitos políticos e, simultaneamente, fez cessar o que chamou de “privilégio de foro por prerrogativa de função” (art. 5º, D).

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, retomou as hipóteses de prerrogativa de foro antes previstas, acrescentando a competência do STF para processar e julgar, nos crimes comuns, o vice-presidente, os deputados e os senadores (art. 119, I, *a*).

Por sua vez, a Constituição de 1988 – após a redemocratização e tendo em vista a sede da sociedade por Justiça –, amparada no princípio da responsabilização dos agentes públicos (essência do fundamento republicano), ampliou os casos de prerrogativa de foro, possibilitando o julgamento perante os tribunais superiores das mais altas autoridades da República [...].

Também importa mencionar os fundamentos lançados pelo Ministro Gilmar Mendes, para quem:

O desapareço pela prerrogativa de foro foi explicitado pelo voto do Min. Celso de Mello, que afirmou que o constituinte “se afastou do postulado da igualdade”, demonstrou “visão aristocrática e seletiva de poder”, e que o fruto de seu trabalho, a Constituição do Brasil, “mostrou-se estranhamente aristocrática”.

No entanto, tenho que não basta a percepção do STF quanto à inconveniência da prerrogativa de foro para autorizar a reinterpretação da norma constitucional.

Os juízes do Supremo Tribunal Federal são intitulados a ter opiniões sobre a Constituição Federal. A litúrgica reverência normalmente destinada à Carta pode muito bem ser substituída pela crítica. Mas todas as instituições da República devem respeito à Constituição, mesmo a suas normas menos apreciadas. Incumbe à Corte Suprema fazer com que as decisões políticas fundamentais que regem, guardam e governam a República sejam cumpridas, ainda que lhe saibam amargas.

É ao Poder Legislativo que cabe o papel de rever más escolhas do constituinte originário, reequilibrando as forças sociais.

[...]

Reputo claras as regras sobre a prerrogativa de foro, porque é o próprio texto constitucional que descola, inclusive no tempo, o foro originário do efetivo exercício da função pública.

[...]

Por tudo, tenho que não há lacuna oculta nas regras de foro.

Se é certo que a Constituição não foi alterada para restringir o foro e que a interpretação das regras da prerrogativa de foro já remontam ao tempo da assembleia constituinte, tenho que uma nova e restritiva interpretação não se justificaria como uma nova interpretação. Apenas como uma mutação constitucional, amparada em “uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma”, ou ainda na “força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade”, seria possível reconhecer uma mudança da regra.

[...]

Com a devida vênia, no caso, não temos uma mutação constitucional, mas uma nova e inconstitucional interpretação da Constituição.

Dessa forma, tenho que a interpretação proposta conflita com a norma constitucional e deve ser rechaçada.

Independentemente do propósito racionalizante da proposta da maioria, a posição defendida pela minoria – mais especificamente pelos Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes – parece ser mais adequada ao Texto Constitucional.

A um, porque os dispositivos que tratam da competência originária dos tribunais são explícitos no tocante à atribuição de *processo e julgamento*, não fazendo nenhuma ressalva quanto ao momento da prática do delito, à natureza da infração ou ao seu modo de execução.

A dois, porque essas regras de competência originária têm a mesma estatura constitucional dos princípios republicano e da igualdade, os quais são citados como fundamento da novel (re)interpretação. Desse modo, é inadequado falar em hierarquia entre os preceitos, uma vez que o próprio Poder Constituinte originário estabeleceu tal mitigação à isonomia.

De mais a mais, conforme já evidenciado, a tradição constitucional brasileira revela que a adoção do foro por prerrogativa de função sempre teve como norte a *proteção institucional*, e não propriamente a proteção daqueles que exercem temporariamente cargos¹⁸. Durante a nossa história constitucional, apenas em períodos marcadamente autocráticos a prerrogativa de foro foi mitigada ou anulada, a exemplo do que sucedeu com a edição do Ato Institucional nº 5.

E foi em consonância com essa tradição que o Poder Constituinte originário de 1988 resolveu *não apenas manter* o foro por prerrogativa de função, *mas ampliá-lo*, com um rol maior de autoridades, inclusive no âmbito dos estados-membros. Opção consciente e coerente com as Constituições pretéritas, não havendo espaço para se falar em *lacuna normativa*.

Outra razão é que os números apresentados no voto do relator, embora impressionantes do ponto de vista da ineficiência do sistema de justiça atuante perante o Supremo Tribunal Federal (aí incluídas a legislação processual penal

¹⁸ A proteção institucional engloba também o próprio órgão jurisdicional competente, que não se vê obrigado a julgar feitos criminais que eventualmente envolvam seus superiores hierárquicos, tal como se verificaria, por exemplo, em caso de aplicação do novel entendimento do STF a cargos da magistratura. No ponto, destaca-se a lição de Tourinho Filho (2012, p. 363): “a instituição do foro especial por prerrogativa de função ‘não se trata [...] de um privilégio, o que seria odioso, mas de uma garantia, de elementar cautela, para amparar, a um só tempo, o responsável e a Justiça, evitando, por exemplo, a subversão da hierarquia, e para cercar o seu processo e julgamento de especiais garantias, protegendo-os contra eventuais pressões que os supostos responsáveis pudessem exercer sobre os órgãos jurisdicionais inferiores”.

aplicável, a estrutura logística e a estruturação da Procuradoria-Geral da República), são, no mínimo, contestáveis, com alguma confusão metodológica, a exemplo da contabilização de inquéritos arquivados por pedido do *Parquet* e de declínios de competência como hipóteses equiparadas à absolvição.

Aliás, nessa controvérsia de números, a minoria também trouxe elementos indicativos de que, em certos casos – tal como no da AP 470 –, o afastamento da competência do STF, mediante, por exemplo, o desmembramento das ações em relação a corréus sem foro privilegiado, não se mostrou efetivo ou, ao menos, não tão efetivo quanto o julgamento em única e última instância pelo Pretório Excelso.

Nesse contexto, não se evidenciam os requisitos para a mutação constitucional, a exemplo da lacuna normativa e o descompasso inequívoco entre a realidade fática da promulgação da Carta Política e a realidade da data em que foi proferido o julgado do Supremo Tribunal Federal. Sobre esse tema, Wellington Márcio Kubliskas (2009, p. 97) assenta que:

As mutações constitucionais não geram deformações maliciosas nem subversões traumatizantes na ordem estabelecida. Nesse sentido, as mutações constitucionais somente serão tidas como legítimas quando forem introduzidas de modo a desenvolver, atualizar ou complementar as normas constitucionais escritas, mas não poderão contrariá-las, sob pena de ser tidas como mutações inconstitucionais. Em outras palavras, elas não podem afetar nem o texto e nem o espírito da Constituição.

De resto, as teses fundadas na mutação constitucional são acertadamente criticadas pela melhor doutrina, que refuta, desde há muito, o juiz solipsista, que atribui livremente sentido aos objetos. Cito, nesse sentido (STRECK; LIMA; OLIVEIRA, 2019):

Numa palavra, o processo histórico não pode, desse modo, delegar para o Judiciário a tarefa de alterar, por mutação ou ultrapassagem, a Constituição do País (veja-se, nesse sentido, só para exemplificar e esse é o ponto da presente discussão -, o “destino” dado, em ambos os votos, ao art. 52,X, da Constituição do Brasil).

Paremos para pensar: uma súmula do Supremo Tribunal Federal, elaborada com oito votos (que é o quorum mínimo), pode alterar a Constituição. Para revogar essa súmula, se o próprio Supremo Tribunal Federal não o fizer, são necessários três quintos dos votos do Congresso Nacional, em votação bicameral e em dois turnos. Ao mesmo tempo, uma decisão em sede de controle de constitucionalidade difuso, proferida por seis votos, pode proceder a alterações na estrutura jurídica do país, ultrapassando-se a discussão acerca da tensão vigência e eficácia de uma lei.

Não se pode deixar de frisar, destarte, que a mutação constitucional apresenta um grave problema hermenêutico, no mínimo, assim como também de legitimidade da jurisdição constitucional.

Com efeito, a tese da mutação constitucional é compreendida mais uma vez como solução para um suposto hiato entre texto constitucional e a realidade social, a exigir uma “jurisprudência corretiva”, tal como aquela a que falava Büllow, em fins do século XIX (veja-se, pois, o contexto histórico): uma jurisprudência corretiva desenvolvida por juizes éticos, criadores do Direito” (*Gesetz und Richteramt*, Leipzig, 1885) e atualizadores da constituição e dos supostos envelhecimentos e imperfeições constitucionais; ou seja, mutações constitucionais são reformas informais e mudanças constitucionais empreendidas por uma suposta interpretação evolutiva.

Essa tese foi formulada pela primeira vez em fins do século XIX e inícios do século XX por autores como Laband (*Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, Dresden, 1895) e Jellinek (*Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlim, 1906), e mereceu mais tarde conhecidos desenvolvimentos por Hsü-Dau-Lin (*Die Verfassungswandlung*, Leipzig, 1932). Como bem afirmam os professores Artur J. Jacobson (New York) e Bernhard Schlink (Berlim), em sua obra *Weimar: A Jurisprudence of crisis* (Berkeley: University of Califórnia, 2000, p. 45-46), o dualismo metodológico positivismo legalista-positivismo sociológico que perpassa toda a obra de Jellinek *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung* (Berlim, Häring, 1906) e que serve de base para a tese da mutação constitucional (*Verfassungswandlung*), impediu o jurista alemão de lidar normativamente com o reconhecimento daquelas que seriam “as influências das realidades sociais no Direito”. A mutação constitucional é assim tida como fenômeno empírico e não é resolvido normativamente: “Jellinek não apresenta um substituto para o positivismo legalista, mas apenas tenta suplementá-lo com uma análise empírica ou descritiva dos processos político-sociais”.

Na verdade, o conceito de mutação constitucional mostra apenas a incapacidade do positivismo legalista da velha *Staatsrechtslehre do Reich* alemão de 1870 em lidar construtivamente com a profundidade de sua própria crise paradigmática. E não nos parece que esse fenômeno possui similaridade no Brasil. E mesmo em Hsü-Dau-Lin (referido pelo Ministro Eros Grau) e sua classificação “quadripartite” do fenômeno da mutação constitucional não leva em conta aquilo que é central para o pós-segunda guerra e em especial para a construção do Estado Democrático de Direito na atualidade: o caráter principiológico do direito e a exigência de integridade que este direito democrático expõe, muito embora, registre-se, Lin tenha sido discípulo de Rudolf Smend, um dos primeiros a falar em princípios e espécie de fundador da doutrina constitucional alemã pós-segunda guerra.

Em síntese, a tese da mutação constitucional advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes. Ora, um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode “inventar” o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia.

Por fim, ainda sobre o (des)acerto da tese firmada pela maioria, a resolução da questão de ordem, embora tenha sido cunhada em processo relativo a

parlamentar federal, poderia ter aplicação generalizada, até mesmo contra autoridades detentoras de cargos vitalícios, o que, entretanto, não foi definitivamente resolvido pelo STF.

Isso só reforça a ideia, subjacente ao entendimento da minoria, que as ditas interpretações evolutivas de preceitos constitucionais explícitos não são admitidas, devendo a alteração ser precedida de profunda reflexão dos interesses em jogo e das possíveis consequências da generalização e abstrativização da nova norma – atividade que se revela mais consentânea com o processo legislativo, no caso, atribuído ao Poder Constituinte derivado.

De qualquer sorte, prevaleceu, no Supremo Tribunal Federal, a solução proposta pelo Ministro Roberto Barroso: a definição da competência por meio do critério da prerrogativa de foro depende que o crime tenha sido cometido no exercício do cargo (*in officium*) e em razão dele (*propter officium*).

Em linhas gerais, tal entendimento foi seguido pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁹, não sem alguma mitigação, em relação, por exemplo, a crimes atribuídos a magistrados²⁰ – o que, na verdade, não se coaduna com os fundamentos aventados pelo STF na multicitada questão de ordem.

¹⁹ “4. A prerrogativa de foro é outorgada *ratione muneris* a determinadas autoridades em razão da natureza de certos cargos ou ofícios titularizados por aquele que sofre persecução penal. Originalmente pensado como uma necessidade de assegurar a independência de órgãos e garantir o livre exercício de cargos constitucionalmente relevantes, esse foro atualmente, dada a evolução do pensamento social, provocada por situações inexistentes no passado, impõe a necessidade de que normas constitucionais que o estabelecem sejam interpretadas de forma restritiva.

Assim, deve-se conferir ao texto do art. 105, I, *a*, da CF, a interpretação de que as hipóteses de foro por prerrogativa de função no STJ restringem-se aos casos de crime praticado em razão e durante o exercício de cargo ou função” (STJ, Corte Especial, QO- APn nº 857/DF, rel. Min. Mauro Campbell Marques, redator para o acórdão João Otávio de Noronha, *DJe* de 28.2.2019).

²⁰ “[...] 4. Para além disso, nos casos em que são membros da magistratura nacional tanto o acusado quanto o julgador, a prerrogativa de foro não se justifica apenas para que o acusado pudesse exercer suas atividades funcionais de forma livre e independente, pois é preciso também que o julgador possa reunir as condições necessárias ao desempenho de suas atividades judicantes de forma imparcial. 5. A necessidade de que o julgador possa reunir as condições para o desempenho de suas atividades judicantes de forma imparcial não se revela como um privilégio do julgador ou do acusado, mas como uma condição para que se realize justiça criminal de forma isonômica e republicana.

6. Questão de ordem resolvida no sentido de se reconhecer a competência do Superior Tribunal de Justiça nas hipóteses em que, não fosse a prerrogativa de foro (art. 105, I, da Constituição), o Desembargador acusado houvesse de responder à ação penal perante juiz de primeiro grau vinculado ao mesmo tribunal. (STJ, Corte Especial, QO-AP nº 878/DF, rel. Min. Benedito Gonçalves, *DJe* de 19.12.2018.)

No âmbito da Justiça Eleitoral, tanto o Tribunal Superior Eleitoral²¹ quanto os TRES²² têm aplicado o novel entendimento do Supremo Tribunal Federal. Não obstante, há entendimento dissonante em relação aos prefeitos municipais, fundado na primazia do art. 29, X, da Constituição da República.²³

Curioso notar que muito dificilmente os crimes eleitorais vão ser cometidos *propter officium*, uma vez que, em regra, conspurcam exatamente os instrumentos de obtenção do mandato, caracterizando, por isso, a corrupção do propósito do cargo.

Nada obstante, o exame desses elementos deve ser feito de acordo com as balizas do caso concreto, uma vez que, certamente, é inadequada a análise abstrata e apodítica com base apenas no tipo penal eleitoral.

4 Conclusão

O foro por prerrogativa de função, da tradição do constitucionalismo brasileiro, foi contemplado de forma explícita na Constituição da República Federativa de 1988 – que estabeleceu amplo rol de autoridades que gozam dessa garantia processual e institucional, por meio da qual a competência para processo e julgamento da ação penal condenatória contra essas autoridades é atribuída a certos tribunais, presumivelmente mais aptos à garantia da efetividade da jurisdição e do processo justo.

²¹ “Na esteira do novel entendimento do STF, manifestado na resolução da QO-AP nº 937/RJ, o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas. Incidência dessa nova linha interpretativa aos processos em curso. A ressalva sobre decisões proferidas com base na jurisprudência anterior, nos termos da QO-Inq nº 687/SP-STF, referenciada no voto do Ministro relator, Luís Roberto Barroso, tem, como desiderato, evitar o manejo indiscriminado de revisões criminais em razão de viragem jurisprudencial, preservando, desse modo, decisões judiciais já alcançadas pelo manto da preclusão” (AgR-ED-RESpe nº 220-58, rel. Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, *DJe* de 11.10.2019).

²² Cf., entre muitos outros: TRE/DF, PCRM 34-78, rel. Carmelita Indiano Americano Dias, redator para o acórdão Everaldo Gueiros, *DJe* de 21.6.2018; TRE/ES, Inq nº 1693, rel. Ubiratan Almeida Azevedo, *DJe* de 10.4.2019; TRE-PB, AP nº 74-86, rel. Min. Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, *DJe* de 22.4.2019; TRE/RJ, Inq nº 259-61, rel. Cláudio Brandão de Oliveira, *DJe* de 6.8.2019; TRE/RN, AgR-Inq nº 135-18, rel. Ricardo Tinoco de Góes, *DJe* de 20.9.2019; TRE/SE, Pet nº 0600277-35, rel. Marcos Antônio Garapa de Carvalho, *DJe* 28.1.2019.

²³ “Conforme voto divergente, o julgamento proferido pelo STF na Ação Penal nº 937, que restringiu o alcance do foro por prerrogativa de função conferido aos parlamentares federais apenas a crimes comuns cometidos no exercício do cargo (após a diplomação) e em razão das funções a ele relacionadas, não se estende aos exercentes do cargo de prefeito municipal, prevalecendo o disposto no art. 29, inciso X, da Constituição Federal e o acórdão no RO nº 3/1995-TSE, uma vez que a decisão ficou restrita à prerrogativa admitida em que o réu seja ocupante de cargo de deputado federal ou senador, não se mostrando viável, portanto, sua aplicação, por analogia, sob pena de acarretar insegurança jurídica, pois a remessa do presente processo à primeira instância atrairia a incidência de nulidade absoluta por incompetência funcional” (TRE/MS, AP nº 454-67, rel. Elizabete Anache, *DJe* de 23.5.2018).

Apesar do caráter explícito dessa regra excepcional de competência, fatores metajurídicos, de ordem pragmaticista, levaram a maioria do STF, no âmbito da QO-AP nº 937, a restringir a extensão do foro de prerrogativa de função, que passaria a englobar apenas os crimes cometidos durante o exercício do mandato e em razão dele. Também ficou assente que, a partir do final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, há prorrogação da competência do Supremo Tribunal Federal ou de qualquer órgão jurisdicional, a despeito do motivo.

O efeito prático da inflexão jurisdicional é que, em regra, os crimes praticados fora do exercício do cargo ou mandato ou sem relação às atribuições deste, são processados e julgados pelo juiz de primeiro grau com competência no lugar da infração.

A nova orientação, não obstante seja aplicada pela maioria dos tribunais pátrios – inclusive na esfera eleitoral –, é suscetível a críticas, notadamente no tocante à propalada adoção da redução teleológica com fulcro em suposta mutação constitucional e na primazia dos princípios constitucionais republicano e da igualdade.

Com efeito, ao contrário do que entendeu a maioria do Pretório Excelso, não há lacuna normativa a respeito das regras de prerrogativa de foro, que decorrem de opção consciente do Poder Constituinte originário, tomada em coerência com a tradição constitucional da República.

Ademais, são, no mínimo, questionáveis os dados de índole fática da maioria, em razão da seleção de dados favoráveis à tese propugnada, desconsiderando casos em que a observância irrestrita do foro de prerrogativa de função serviu exatamente à efetividade da jurisdição, sem a qual o transcurso do feito por toda a estrutura judiciária brasileira, do primeiro grau ao STF, poderia redundar na prescrição da pretensão punitiva.

Por fim, além de não estarem presentes os requisitos da mutação constitucional, os já citados princípios republicano e da igualdade têm a mesma estatura constitucional das regras de competência alusivas ao foro por prerrogativa de função, sendo inadequado sustentar hierarquia entre os preceitos.

Tais razões são suficientes para se afirmar que mudanças dessa magnitude no Texto Maior devem decorrer de profundo debate acerca de seus efeitos e da sua compatibilidade com a estrutura institucional da República, atividade mais consentânea com o poder legiferante atribuído ao Congresso Nacional.

Referências

AGUIAR, JÚLIO CÉSAR DE; OLIVEIRA, JOÃO PAULO LACERDA. O fim do foro especial por prerrogativa de função. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 217, p. 115-134, jan./mar. 2018. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p115. Acesso em: 1º nov. 2019.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Justiça em Números*. 2019. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QO na Ação Penal nº 857/DF. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. *Diário da Justiça Eletrônico*, ed. nº 2620. Publicado em: 28 fev. 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502802619&dt_publicacao=28/02/2019. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QO na Ação Penal nº 878/DF. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. *Diário da Justiça Eletrônico*. Publicado em: 19 dez. 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601546950&dt_publicacao=19/12/2018. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Petição nº 6044/DF. Agravo Regimental na Petição. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário da Justiça Eletrônico*. Publicado em: 7 ago. 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur408213/false>. Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI nº 3289*. Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a Medida Provisória nº 207, de 13 de agosto de 2004 (convertida na Lei nº 11.036/2004), que alterou disposições das Leis nºs 10.683/2003 e 9.650/1998. Relator: Ministro Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*. Publicado em: 24 fev. 2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur94798/false>. Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Rcl nº 15821/RS*. Agravo regimental em reclamação. Decisão anterior em processo do qual os reclamantes não tomaram parte. Ausência de eficácia preclusiva em desfavor dos reclamantes [...]. Relator: Ministro Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*. Publicado em: 2 mar. 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur293743/false>. Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC nº 91437/PI*. Competência criminal. Ação penal. Membro do Ministério Público estadual. Condição de corréu. Conexão da acusação com fatos imputados a desembargador. Pretensão de ser julgado perante o Tribunal de Justiça. Inadmissibilidade. Prerrogativa de foro. Relator: Ministro Cezar Peluso. *Diário da Justiça Eletrônico*. Publicado em: 19 out. 2007. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur5347/false>. Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *QO na Ação Penal nº 937/RJ*. Questão de Ordem em Ação Penal. Limitação do foro por prerrogativa de função aos crimes praticados no cargo e em razão dele. Estabelecimento de marco temporal de fixação de competência [...]. Relator: Ministro Roberto Barroso. *Diário da Justiça Eletrônico*. Publicado em: 11 dez. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur396594/false>. Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC nº 58410/RJ*. Habeas Corpus. Competência. Crime doloso contra a vida de que e acusado deputado estadual. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário da Justiça*. Publicado em: 15 maio 1981. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur103055/false>. Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI nº 882/MT*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Complementar nº 20/1992. Relator: Ministro Maurício Corrêa. *Diário da Justiça*. Publicado em: 23 abr. 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96919/false>. Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Inq nº 2411/MT*. Questão de Ordem em Inquérito. Relator: Ministro Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*. Publicado em: 25 abril 2008. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur88600/false>. Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO DO SUL. *Ação Penal Eleitoral nº 454-67/MS*. Ação penal. Ocupante de cargo de prefeito municipal. Art. 299 do código eleitoral. Relatora: Ministra Elizabete Anache. *Diário da Justiça Eletrônico*. Publicado em: 23 maio 2018. Disponível em: <http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetTREBinary.do?tribunal=MS&processoNumero=45467&processoClasse=AP&decisaoData=20180516&decisaoNumero=45467&protocolo=526172016&noCache=0.21640087196074353>. Acesso em: 1º jun. 2020.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE SERGIPE. *Petição nº 1338/SE*. Inquérito policial. Ação penal. Relator: Juiz Marcos Antonio Garapa de Carvalho. Sessão Ordinária de 22 de janeiro de 2019. Disponível em: <http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetTREBinary.do?tribunal=SE&processoNumero=060027735&processoClasse=PET&decisaoData=20190122&decisaoNumero=&noCache=0.26830252692590917>. Acesso em: 1º jun. 2020.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO DISTRITO FEDERAL. *Acórdão nº 7638*. Ação penal nº 34-78. Corrupção ativa e falsidade ideológica. Deputada distrital. Foro por prerrogativa de função. Disponível em: <http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetTREBinary.do?tribunal=DF&processoNumero=3478&processoClasse=AP&decisaoData=20180521&decisaoNumero=7638&protocolo=510352017&noCache=0.9050705759862554>. Acesso em: 5 jun. 2020.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO ESPÍRITO SANTO. Inquérito policial. Suposta prática do crime previsto no art. 325 da Lei nº 4.737/1965 (difamar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando a fins de propaganda, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação) - Deputada estadual à época dos fatos. Consoante atual entendimento do Supremo Tribunal Federal o foro por prerrogativa de função limita-se aos crimes praticados no cargo e em razão dele. Declínio de competência [...]. Disponível em: <http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetTREBinary.do?tribunal=ES&processoNumero=1693&processoClasse=INQ&decisaoData=20190410&decisaoNumero=105&noCache=0.6734821312934982>. Acesso em: 5 jun. 2020.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO PARAÍBA. Ação penal. Arts. 324 e 325 do Código Eleitoral. Competência. Limitação interpretativa do foro privilegiado [...]. Disponível em: <http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetTREBinary.do?tribunal=PB&processoNumero=7486&processoClasse=AP&decisaoData=20190411&decisaoNumero=45&protocolo=335822010&noCache=0.9031812892358129>. Acesso em: 5 jun. 2020.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO DE JANEIRO. Inquérito policial. Pretensa violação ao art. 299 do Código Eleitoral. Ausência de foro por prerrogativa de função [...]. Disponível em: <http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetTREBinary.do?tribunal=RJ&processoNumero=25961&processoClasse=INQ&decisaoData=20190731&decisaoNumero=&protocolo=3465582016&noCache=0.49619053682496417>. Acesso em: 4 jun. 2020.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO NORTE. Agravo no inquérito policial - Delito do art. 301 do código eleitoral - Pedido de quebra

de sigilo de perfil de rede social - Prerrogativa de foro não configurada [...]. Disponível em: <http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetTREBinary.o?tribunal=RN&processoNumero=13518&processoClasse=INQ&decisaoData=20190917&decisaoNumero=97/2019&protocolo=206252018&noCache=0.20926984986950492>. Acesso em: 4 jun. 2020.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Crime eleitoral. Infrações penais descritas na lei eleitoral, e atribuídas, em coautoria, o secretário de estado e o procurador-geral do estado. Competência. Ressalva do art. 96, inciso III, da Constituição Federal [...]. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoos/jurisprudencia> . Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Eleições 2006. Agravo regimental. Embargos de declaração. Recurso especial. Inquérito. Instauração. Crime. Art. 350 do Código Eleitoral [...]. Disponível em: <http://inter03.tse.jus.br/sjur-pesquisa/pesquisa/actionBRSSearchServers.do?tribunal=TSE&livre=&numeroProcesso=22058>. Acesso em: 13 jun. 2020.

DELMANTO, Roberto Jr. Reforma política e igualdade no judiciário. *Estadão Política*, 19 nov. 2010. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,reforma-politica-e-igualdade-no-judiciario,642461>. Acesso em: 17 jun. 2020.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Atlas, 2009.

STRECK, Lênio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72/72>. Acesso em: 15 nov. 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

**O ABUSO DO PODER RELIGIOSO E A EVOLUÇÃO DO
ENFRENTAMENTO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA
DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL¹**

**THE ABUSE OF RELIGIOUS POWER AND THE
EVOLUTION OF CONFRONTING THE THEME IN THE
JURISPRUDENCE OF THE SUPERIOR ELECTORAL COURT**

EILZON TEOTÔNIO ALMEIDA²

¹ Artigo recebido em 22 de julho de 2020 e aprovado para publicação em 25 de julho de 2020.

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT) e especialista em Direito e Jurisdição pela Escola de Magistratura do Distrito Federal/UPIS Faculdades Integradas. Analista judiciário do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Instrutor interno do TSE, dos Tribunais Regionais Eleitorais (TREs), do Supremo Tribunal Federal (STF) e de cursos de pós-graduação em Direito Eleitoral.

RESUMO

O artigo tem como objeto o abuso de poder religioso e a evolução de sua análise na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Objetiva examinar a atual polêmica sobre o enquadramento do abuso de poder religioso como ilícito eleitoral e a compreensão do tema a partir de julgamentos da mais alta Corte Eleitoral. A pesquisa será calcada em acórdãos do TSE das últimas eleições. Conclui-se que, embora se recomende a atuação legislativa para definir, pela via normativa, o eventual enquadramento do abuso de poder religioso como infração eleitoral distinta das modalidades típicas abusivas, possivelmente a Justiça Eleitoral, diante da recorrência de casos, poderá moldurar tal prática com base na legislação já vigente.

Palavras-chave: Abuso de poder religioso. Qualificação. Abuso de poder. Jurisprudência. Tribunal Superior Eleitoral.

ABSTRACT

This paper studies the abuse of religious power and the evolution of its analysis in the jurisprudence of the Superior Electoral Court. It aims to examine the current controversy about the framing of the abuse of religious power as electoral illicit and the understanding of the subject based on judgments of the highest Electoral Court. The research will be based on judgments of the TSE of the latest news. It is concluded that, although a legislative action is recommended to define, through the normative way, the eventual framing of the abuse of religious power as an electoral infraction distinct from the typical abusive forms, possibly the Electoral Justice, in face of the recurrence of cases, can shape such practice based on existing legislation.

Keywords: Abuse of religious power. Qualification. Abuse of power. Jurisprudence. Superior Electoral Court.

1 Introdução

Após a redemocratização do país, a partir de 1985, e, sobretudo, com o advento da nova ordem democrática, inaugurada pela Constituição Federal (CF) de 1988 – calcada na primazia da soberania popular (art. 1º, parágrafo único, da Carta da República de 1988) –, institutos do Direito Eleitoral sofreram nítidas revitalizações, a exemplo da edição da Lei Complementar (LC) nº 64, de 18 de maio de 1990, que estatuiu, na legislação infraconstitucional, uma normatividade mais atual do instituto de abuso de poder, antes apenas disciplinado no Código Eleitoral (CE) de 1965.

Em face da consolidação dos sucessivos pleitos no país, em alternância do sufrágio para exercício dos cargos eletivos vinculados às esferas municipal, estadual e nacional, os ilícitos eleitorais também se “sofisticaram”, principalmente em modalidades não comumente previstas em períodos eleitorais pretéritos.

Nesse contexto, um dos mais controversos temas no âmbito do Direito Eleitoral sancionatório contemporâneo diz respeito à configuração do abuso de poder cognominado religioso, cuja matéria se revela recente, com acentuada polêmica em nosso país – que, embora laico, afigura-se ainda pujantemente de formação cristã, com inúmeros traços interconfessionais.

Registre-se que dados do Censo 2010 do IBGE e de diversas pesquisas realizadas nos últimos anos revelam quadro de transição religiosa no Brasil com o incremento do número de evangélicos e da própria pluralidade religiosa, com a redução do número de cristãos e o aumento de cidadãos que se declaram não cristãos. Isso evidencia complexo cenário de formação dos devotos, retrato de um processo de caráter global, sem exercício de monopólios.

Se, a partir da lição de Norberto Bobbio, a democracia consubstancia forma de governo que pulveriza o poder na mão de todos, em contraponto a formas autocráticas de condução dos negócios estatais, o exercício desse modelo, segundo concepção indireta e de caráter representativo, também revela sua problemática diante da atuação de líderes dos mais diversos segmentos sociais – que certamente exercem a defesa de interesses de grupos organizados da sociedade civil, mas que, em vez disso, podem atuar de forma a desvirtuar a liberdade dos cidadãos que integram seus quadros, distorcendo a liberdade de manifestação desses eleitores.

Nessa esteira, seria punível, com declaração de inelegibilidade e cassação de mandatos, o exacerbamento do poderio de líderes religiosos das mais diversas correntes, como espécie autônoma em face do abuso de poder corriqueiro, de natureza econômica ou política? O controverso abuso de poder religioso enquadrar-se-ia, então, na concepção clássica de uma das formas de prática abusiva já positivada?

Assim, cumpre examinar o tão propalado abuso de poder religioso e seu eventual enquadramento como espécie do gênero abuso de poder ou de autoridade a que se refere o art. 22, *caput*, da LC n° 64/1990 e, também, indicado no vetor constitucional do art. 14, § 9º, da CF/1988, reputando-se, nessa análise, a evolução da jurisprudência da mais alta Corte Eleitoral do país.

2 Desenvolvimento

No âmbito da disputa eleitoral, um dos desafios é a manutenção da igualdade no pleito, sem interferência perniciosa que possa afetar a isonomia entre os atores do processo eleitoral, mantendo-se a liberdade dos cidadãos na escolha de seus representantes.

Assim, todo o arcabouço normativo tutela a higidez e a legitimidade do processo eleitoral. Em nosso ordenamento, o Código Eleitoral vigente, de 15 de julho de 1965, já estabelecia, no art. 237, que “a interferência do poder econômico e o desvio ou abuso do poder de autoridade, em desfavor da liberdade do voto, serão coibidos e punidos” (BRASIL, 1965). Note-se que o Código Eleitoral anterior (Lei n° 1.164, de 24 de julho de 1950), embora tipificasse inúmeras infrações penais em seu art. 175, sequer fazia menção ao ilícito alusivo ao abuso de poder, nitidamente derivado da teoria do abuso de direito de caráter civilista. Aliás, sobre o tema, já dizia Montesquieu (1748): “É uma experiência eterna, que todo homem que tem poder pode abusar dele” (“C’est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porte à en abuser”).

Por conseguinte, a Constituição da República de 1988 deu *status* constitucional ao indigitado instituto, passando a estabelecer no § 9º do art. 14 (BRASIL, 1988):

Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger 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.

Esse dispositivo foi alterado pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 7 de junho de 1994, apenas para acrescentar que a proteção em tela também se referiria à probidade administrativa e à moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato.

Denota-se da legislação vigente que o abuso de poder político (ou de autoridade) e a prática abusiva de conotação econômica devem ser apurados e sancionados, tratando-se de ilícitos dos mais relevantes no contexto do processo eleitoral pátrio.

Nessa linha, por certo a evolução do modelo democrático, ultrapassados 30 anos de pós-redemocratização, também implica o surgimento de novas formas de abuso, mormente porquanto tal infração não se revela, usualmente, como de nitidez patente e manifesta, mas exteriorizada e praticada por meio de desvio, conspurcando contra os bens tutelados pela legislação eleitoral.

A esse respeito, é valorosa a lição do Ministro Cezar Peluzo – então Ministro do STF, que integrou o TSE há mais de dez anos — ao examinar o abuso de poder e sentenciar:

A ilicitude, ou contrariedade ao Direito, pode dar-se de dois modos. Um é a ofensa direta à lei, isto é, faz-se aquilo que a norma proíbe ou se deixa de fazer aquilo que a norma impõe. Nesse caso, diz-se que a violação é direta. Há casos, porém, em que a violação não é direta. É o caso típico da chamada fraude à lei, em que a palavra fraude, evidentemente, não tem nenhum sentido pejorativo de intencionalidade, mas significa, pura e simplesmente, a frustração do objetivo normativo. Nela há comportamento que frustra, fraudando o alcance da norma. (BRASIL, 2007).

Em face dessa premissa teórica, cada vez mais surge a discussão do abuso de natureza religiosa, sobretudo capitaneado pela mudança do perfil espiritual do país nas últimas décadas, a ensejar o desafio quanto ao enquadramento, ou não, por parte da Justiça Eleitoral, de fatos apurados que têm potencial reflexo na formação da vontade do eleitorado.

Conforme elucidam Ana Paula Veiga Lopes e Tailane Cristina Costa (2017, p. 91):

O que se verifica nas mais variadas experiências históricas, entretanto, é que tal neutralidade não ocorre; na prática o Estado tende a optar por um tratamento não igualitário (e consequentemente discriminatório) em relação a um ou outro conjunto de crenças. [...] Ao se estudar os conceitos de secularização, liberdade religiosa e pluralismo confessional, percebe-se que os dois últimos são um fruto do primeiro. Foi a partir da consolidação de uma comunidade secular que se tornou possível uma verdadeira valorização e promoção do pluralismo religioso; pluralismo esse que se apresenta como

condição para a tolerância de diferentes cosmovisões e para o exercício do direito individual de escolha de crença. O que se busca é que a possibilidade de participação do sujeito em cada espaço de ação social não mais seja condicionada pelo conteúdo de suas crenças e práticas religiosas, mas à sua capacidade adaptativa a cada esfera em si. Trata-se de uma diferenciação subsistêmica funcionalmente orientada que garante concretude ao princípio constitucional da igualdade.

Se é consenso o Estado laico no Brasil, deve ser reconhecida, contudo, a tormentosa relação da política com os interesses religiosos, tudo para afastar eventual interferência indevida no regime democrático participativo, que deve acolher a todos, inclusive com proteção qualificada de minorias, sempre rechaçando um odioso processo de captura do Estado por qualquer vertente de fé. Conforme preâmbulo de nossa Carta Maior, o Estado democrático destina-se a assegurar, dentre outros, o exercício dos direitos sociais e individuais, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Portanto, em sua essência democrática, o país é regido pelo seu caráter laico, não se vinculando a nenhum credo ou religião em específico, o que está calcado, especificamente, na premissa de inviolabilidade religiosa do art. 5º, inciso VI, da CF/1988, com separação do Estado e da religião, o que se associa, igualmente, ao primado da isonomia.

O STF já sufragou que “a relação entre o Estado e as religiões, histórica, jurídica e culturalmente, é um dos mais importantes temas estruturais do Estado” (BRASIL, 2018a) e que a interpretação da Carta Magna brasileira mantém a nossa tradição republicana de ampla liberdade religiosa, consagrando que

[...] a inviolabilidade de crença e cultos religiosos, deve ser realizada em sua dupla acepção: (a) proteger o indivíduo e as diversas confissões religiosas de quaisquer intervenções ou mandamentos estatais; (b) assegurar a laicidade do Estado, prevendo total liberdade de atuação estatal em relação aos dogmas e princípios religiosos. (BRASIL, 2018a).

Nesse cenário, sabe-se que os líderes religiosos ostentam papéis fundamentais na sociedade, com o escopo de condução da fé de seus integrantes, estabelecimento de vínculos de confiança estreitos com os fiéis – contribuindo, inegavelmente, para a formação de valores, união de comunidades e promoção de diálogos.

Assentadas tais premissas, observa-se que, sobretudo após 2010, o TSE tem se deparado mais frequentemente com hipóteses de ações de investigação judicial eleitoral fundada no art. 22 da LC n° 64/1990, tanto em pleitos municipais como em âmbito estadual, envolvendo imputação de uso desmedido de poder religioso.

Um dos primeiros casos apreciados pelo TSE quanto à configuração do alegado abuso de poder religioso foi oriundo do Estado de Rondônia (BRASIL, 2017). A hipótese versava sobre duas ações de investigação judicial eleitoral propostas em razão da realização de evento aberto sucedido na cidade de Rolim de Moura/RO em 18 de setembro de 2010, ou seja, no curso do período eleitoral daquele ano, e que teve transmissão pela internet. O evento contou com a participação de um líder nacional de igreja neopentecostal, cantores, candidatos a senador, governador, deputados estadual e federal e inúmeras pessoas, tendo sido concedida, durante o culto, benção aos candidatos que compareceram.

Nesse julgamento, o Ministro Henrique Neves já bem pontuara que “nem a Constituição da República nem a legislação eleitoral contemplam expressamente a figura do abuso do poder religioso” (BRASIL, 2017), salientando que, ao contrário, a diversidade religiosa constitui direito fundamental, nos termos do inciso VI do art. 5º da CF/1988, cuja liberdade de credo está essencialmente relacionada ao direito de aderir e propagar uma religião, bem como de participar dos seus cultos em ambientes públicos ou particulares.

Seguindo a mesma compreensão, a Ministra Luciana Lóssio também asseverou que não há, em regra, como se “impor às igrejas o silêncio diante de temas relevantes da sociedade, que ocupam as mentes e preocupações diárias de seus seguidores”.

Na ocasião, contudo, o relator ressaltou que

[...] a liberdade religiosa não constitui direito absoluto. Não há direito absoluto. A liberdade de pregar a religião, essencialmente relacionada com a manifestação da fé e da crença, não pode ser invocada como escudo para a prática de atos vedados pela legislação. (BRASIL, 2017).

Acrescentou-se, em consequência, que

[...] ainda que não haja expressa previsão legal sobre o abuso do poder religioso, a prática de atos de propaganda em prol de candidatos por entidade religiosa, inclusive os realizados de forma dissimulada, pode caracterizar a

hipótese de abuso do poder econômico, mediante a utilização de recursos financeiros provenientes de fonte vedada (*idem*).

Desse modo, assentou-se que o eventual uso de recursos da entidade religiosa ou de meios de comunicação, a despeito da legítima adesão a candidatos, mas com atentado à preservação da soberania popular, pode consubstanciar em desvio da liberdade de sufrágio, erigindo-se a liberdade religiosa em instrumento de influência à lisura do processo democrático, qualificado, porém, segundo as infrações descritas no art. 22 da LC nº 64/1990 (abuso do poder econômico e uso indevido dos meios de comunicação social).

E, no ponto, considere-se que o art. 24 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, veda expressamente, em seu inciso VIII, que entidades religiosas e outros – a exemplo de sociedades beneficentes e entes sindicais – doem dinheiro ou bem estimável em prol de campanhas, sobretudo porque se beneficiam, em algum grau, de benesses do Estado para seu funcionamento (como isenção tributária). Ademais, hodiernamente, consubstanciam pessoas jurídicas que, no sistema de financiamento atual, estão proibidas de doar a candidatos, partidos e coligações, conforme entendimento firmado pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4650.

Desse modo, no julgamento do citado Recurso Ordinário (RO) nº 2653-08, concluiu-se pela improcedência das demandas, notadamente em face da ausência de potencialidade do quadro fático apurado, mas se ressaltou:

[...] todo ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma sistemática. A garantia de liberdade religiosa e a laicidade do Estado não afastam, por si sós, os demais princípios de igual estatura e relevo constitucional, que tratam da normalidade e da legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou contra o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta, assim como os que impõem a igualdade do voto e de chances entre os candidatos. (BRASIL, 2017).

Veja-se que a mais alta Corte Eleitoral, nessa ocasião, não avançou para assentar novel figura do abuso de poder, segundo a delimitação contida no CE/1965 e na CF/1988 adstrita às figuras do abuso de poder de conotações política e econômica.

Quanto à configuração da prática abusiva de caráter político, a Justiça Eleitoral sempre interpretou os comandos sancionatórios desses atos pressupondo o exercício de cargos públicos, ou seja, relação entre agentes públicos (ainda que políticos) e os cidadãos. Tal ilação é corroborada a partir

da própria literalidade do § 9º do art. 14 da Carta Magna, que alude à proteção dos pleitos contra a influência do “abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”, a não permitir, *prima facie*, a expansão do conceito “político” para aplicação em face de dirigentes, líderes ou guias de grupos sociais em geral.

Ademais, cumpre lembrar que a redação do art. 22, *caput*, da LC nº 64/1990 faz menção ao desvio ou abuso do poder “de autoridade”, embora o art. 19 desse normativo também aduza ao abuso do poder “político” (mais costumeiramente referido pelos eleitoralistas) – o que revela, a princípio, aparente dualidade adotada pelo legislador, com sinonímia de ambas as expressões (de autoridade ou político).

Nada obstante, a clássica hermenêutica exposta, mais estrita e até então adotada pela mais alta Corte Eleitoral, passou a ser revista em outros casos concretos apreciados, embora ainda não tendo superado tal orientação.

No julgamento do Recurso Especial (REspe) nº 287-84/PR, também de relatoria do Ministro Henrique Neves (BRASIL, 2016), a hipótese tratada não versava sobre a configuração de abuso de poder religioso, mas nele se discutiu sobre a possibilidade de configuração do abuso de poder político envolvendo atos praticados por uma liderança indígena.

A corrente vencedora no julgamento do referido recurso especial reiterou a jurisprudência dominante no sentido de que, para caracterização do abuso do poder político, é essencial demonstrar a participação, por ação ou omissão, de ocupante de cargo ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.

Entretanto, o Ministro Luiz Fux adotou cognição no sentido da conceituação dos atos praticados por cacique indígena que podem, ao menos em tese, ser qualificados como abuso de poder político, ainda que sempre com o respeito à multidiversidade cultural. Sua Excelência assinalou que “a exclusão a priori do cacique do âmbito dos destinatários do ilícito eleitoral pode gerar um cenário generalizado de fraude à lei, mediante a proliferação de práticas abusivas” (BRASIL, 2016).

É certo que o caso alusivo às comunidades indígenas guarda nítida similaridade no que diz respeito ao perfilhamento de conceito mais abrangente de abuso de poder, reputado o conceito de “autoridade” de caciques e a característica peculiar de organização com atributo de soberania própria distinta, inclusive de outros entes sociais. Nessa linha, o art. 231 da CF/1988

estatui, em relação aos indígenas, o reconhecimento de “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”.

Seguindo esse avanço de entendimento, o TSE, mais recentemente, examinou o RO nº 5370-03, de relatoria da Ministra Rosa Weber (BRASIL, 2018b), que diz respeito a caso do pleito geral de 2014, sucedido em Belo Horizonte (MG), referindo-se a expressivo evento religioso, amplamente divulgado para impulsionar as candidaturas de candidatos a deputado estadual e a federal, em que se averiguou o pedido expresso de votos por parte do líder religioso da celebração – ocorrida a menos de 24 horas da eleição – em local de amplo acesso ao público e com distribuição de material de campanha.

Diversamente do mencionado precedente anterior de Rondônia (RO), o TSE, diante do grave contexto fático averiguado, manteve a cassação dos parlamentares já decidida no Tribunal mineiro, diante do manifesto desvirtuamento do evento religioso.

Mas o precedente teve contornos inéditos.

Em seu voto, a Ministra Rosa Weber assinalou, inicialmente, que

[...] o atual debate sobre os limites da interferência de movimentos religiosos no âmbito do eleitorado, com a possível quebra da legitimidade do pleito, é desafiador dentro de uma sociedade pluralista. A influência da religião na política e, na linha inversa, da política na religião, é via de mão dupla que se retroalimenta, reconhecidamente indissociável em diversas culturas. (BRASIL, 2018b).

Asseverou a relatora que

[...] a utilização do discurso religioso como elemento propulsor de candidaturas, infundindo a orientação política adotada por líderes religiosos – personagens centrais carismáticos que exercem fascinação e imprimem confiança em seus seguidores –, a tutelar a escolha política dos fiéis, induzindo o voto não somente pela consciência pública, mas, primordialmente, pelo temor reverencial, não se coaduna com a própria laicidade que informa o Estado Brasileiro (*idem*).

Observe-se que a Ministra Rosa Weber defendeu a possibilidade de modificação do prisma histórico-social em que se concretiza a aplicação da norma para uma releitura do conceito de “autoridade”, à luz da Carta Magna e da teleologia subjacente à investigação judicial eleitoral, compreendendo ser de todo inadequada interpretação da expressão que afaste do alcance da norma situações fáticas caracterizadoras de abuso de poder em seus diversos

matizes, para, assim, revigorar a eficácia da norma e acompanhar a dinâmica da vida.

Nada obstante, note-se que tal fundamento inovador, no sentido de que o poder de influência e de persuasão dos membros de comunidades religiosas deve ser moldurado como abuso de autoridade, não se ultimou essencial para o deslinde do caso posto a julgamento, já que os fatos igualmente tipificados como abuso de poder econômico por parte da entidade religiosa foram suficientes para a manutenção da condenação.

Por fim, o TSE atualmente aprecia o RESpe nº 82-85, de relatoria do Ministro Edson Fachin, oriundo de Luziânia/GO, município limítrofe do Distrito Federal, em que Sua Excelência, em voto proferido em sessão de 25 de junho de 2020, propôs a reforma da decisão regional, por entender não averiguado abuso de poder de autoridade religiosa, até mesmo considerada a simplicidade do arcabouço fático, qual seja de que, segundo o extraído das premissas do acórdão da Corte Regional Eleitoral goiana, o fato se restringiu a breve discurso em igreja de uma líder religiosa, candidata a vereadora no pleito de 2016, sem outras circunstâncias agravantes da conduta.

Apesar das premissas fáticas que indicam a singeleza da hipótese em exame, o Ministro Edson Fachin manifestou idêntico entendimento antes externado pela Ministra Rosa Weber no indigitado RO nº 5370-03, propondo à Corte que, a partir das eleições de 2020, as práticas religiosas possam ser examinadas sob o prisma do art. 22, *caput*, da LC nº 64/1990, reputados os tipos normativos abertos de que cuida, a fim de se coibir e punir comportamentos de coação moral e espiritual de eleitores, que lhes afeta a liberdade cidadã (BRASIL, 2020).

O que se extrai do substancioso voto do relator, dentre tantos argumentos, pode ser sintetizado, em outras palavras, na afirmação de Ana Cláudia Santano e Wilson Trindade Junior (2017, p. 47), que asseveram:

Não há como se defender que a maioria tome para si o pleno direito de decidir e imponha visões de mundo e valores a todos. A verdadeira comunidade política é composta de agentes morais independentes, o que a impede de determinar o que os cidadãos devem pensar ou dizer a respeito de política ou ética. O que cabe a essa comunidade é ofertar elementos, circunstâncias, que permitam aos indivíduos formarem crenças robustas por meio da própria reflexão, da sua convicção individual.

Diante do voto proferido, pediu vista do caso o Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, dada a controvérsia sobre a proposição apresentada para

efeitos prospectivos e considerando, em debates sucedidos entre os integrantes da Corte, se não seria exigível que o abuso de poder religioso fosse objeto, necessariamente, de iniciativa pelo próprio Congresso Nacional, e não objeto de orientação jurisprudencial, a fim de definir limites mais claros da liberdade religiosa e evitar o desequilíbrio contínuo do processo eleitoral por meio de exercício de persuasão e de intervenção nocivos à formação do eleitorado.

3 Conclusão

Conforme descrito, inferem-se recorrentes, com o passar de antecedentes pleitos (2010, 2012, 2014 e 2016), inúmeros casos submetidos ao TSE quanto à possibilidade de configuração ou não do abuso de poder religioso, a par da legislação eleitoral já vigente e com a qualificação no abuso de poder de autoridade.

Depreende-se que o desafio do tema é admitir o uso, por extensão, de categorias e dos institutos do direito positivo eleitoral, em face de grupos tradicionais e para fins de tipificação de ilícitos eleitorais, sem afrontar costumes e tradições.

A princípio, inequivocamente, extrai-se recomendável que o próprio Congresso Nacional, em amplo debate, seja o condutor do processo de normatização dos limites de atuação não só de entidades religiosas no âmbito das campanhas eleitorais, mas, inclusive, da diversidade de grupos sociais, objetivando, afinal, evitar excessos mediante intromissão no processo de escolha dos eleitores.

Todavia, a despeito da percepção quanto à exigida edição de um regramento legal mais claro e eficiente sobre esse tema, sabe-se que tal possibilidade se afigura remota diante de tão controversa questão, considerada a experiência de que, em matérias polêmicas e sensíveis, o Parlamento brasileiro costumeiramente se furta a atuar, por ausência de mínimo consenso, o que intensifica a expectativa de que seja então solvida a questão pelo Poder Judiciário e, em especial, pela Justiça Eleitoral.

Em que pese aparente pendência de solução jurídica a respeito de tais fenômenos sociais vivenciados, sabe-se que, somente com a separação contundente entre religião e Estado, o fomento de uma educação política autêntica e o desenvolvimento de pensamento crítico dos cidadãos (em valorização à dignidade da pessoa humana), associados a um contexto – ao menos majoritário – de ausência de fundamentalismo religioso, será possível

se pensar na integridade do indivíduo, a despeito de qualquer grupo social que integre, a tornar apta a completa ruptura ou a desejada rejeição a um cenário pernicioso de interferência de entidades de fé, cuja participação – frise-se, em estado regular – afigura-se sempre legítima no processo político-eleitoral, com o escopo de construção e aprimoramento da democracia participativa.

Nessa esteira, estar-se-á garantindo estágio secular em que o Estado não rejeita a presença da religião na vida pública daqueles que desejam professar sua fé, mas se torna neutro, e assegura, efetivamente, que todas as religiões estão em situação de igualdade, pouco importando a preponderância momentânea de um ou outro segmento.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 ago. 2020

BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm>. Acesso em: 10 ago. 2020

BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/codigo-eleitoral-1/codigo-eleitoral-lei-nb0-4.737-de-15-de-julho-de-1965>>. Acesso em: 10 ago. 2020

BRASIL. Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm>. Acesso em: 10 ago. 2020

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.439/DF, de 21 jun. 2018. Voto do Min. Alexandre de Moraes. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, *Diário da Justiça Eletrônico*, 2018a.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Acórdão no Recurso Ordinário 5370-03/MG, de 21 ago. 2018. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, *Diário da Justiça Eletrônico*, 27 set. 2018b.

_____. Recurso contra Expedição de Diploma 673/RN, de 18 set. 2007. Relator: Min. Caputo Bastos. Brasília, *Diário da Justiça Eletrônico*, vol.1, p. 169, 30 out. 2007.

_____. Recurso Especial Eleitoral nº 28.784/PR, de 15 dez. 2015. Relator: Min. Henrique Neves da Silva. Brasília, *Diário da Justiça Eletrônico*, 7 mar. 2016.

_____. Recurso Especial nº 82-85/GO, sessão de 25 jun. 2020. Voto do Min. Edson Fachin. Relator: Min. Edson Fachin. 2020.

_____. Recurso Ordinário 2653-08/RO, de 7 mar. 2017. Relator: Min. Henrique Neves da Silva. Brasília, *Diário da Justiça Eletrônico*, 7 mar 2017.

HACHEM, D. W. (Coord.). *O Direito de Decidir: entre a Liberdade de Escolha e a Intervenção Estatal*. Ed. Íthala, 2017, p. 91.

LOPES, Ana Paula Veiga; COSTA, Tailaine Cristina. Do altar ao palanque: proselitismo religioso, atividade legislativa e liberdade em risco. In: SALGADO, E. D.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *De l'Ésprit des loi*. Livre XI, chap. IV, 1748.

SALGADO, E. D.; HACHEM, D. W. (Coord.). *O Direito de Decidir: entre a Liberdade de Escolha e a Intervenção Estatal*. Ed. Íthala, 2017, p. 47.

SANTANO, Ana Cláudia; JUNIOR, Wilson Trindade. *Direito, Liberdade e Justiça*.

**AÇÕES AFIRMATIVAS: AVANÇOS CIVILIZATÓRIOS
E O PAPEL DA JUSTIÇA ELEITORAL BRASILEIRA NA
CONSOLIDAÇÃO DOS VALORES DEMOCRÁTICOS E DO
SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA¹**

**AFFIRMATIVE ACTIONS: CIVILIZATION ADVANCES AND
THE ROLE OF BRAZILIAN ELECTORAL JUSTICE IN THE
CONSOLIDATION OF DEMOCRATIC VALUES AND THE
OVERPRINCIPLE OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON**

INGRID NEVES REALE²

LÍLIA MARIA DA CUNHA FERNANDES³

¹ Artigo recebido em 30 de julho de 2020 e aprovado para publicação em 3 de agosto de 2020.

² Analista judiciária do Tribunal Superior Eleitoral. Pós-graduada em Direito Eleitoral.

³ Analista judiciária do Tribunal Superior Eleitoral. Pós-graduada em Direito Empresarial. Professora de Direito Eleitoral.

RESUMO

O conceito de democracia é indissociável da contínua busca pela consolidação dos direitos humanos e pela melhoria dos padrões civilizatórios nas nações contemporâneas. O presente artigo visa abordar as principais ações afirmativas existentes no Brasil, com enfoque nos avanços legislativos e jurisprudenciais verificados no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), de forma a delinear um panorama acerca das conquistas nos campos da cidadania, dos direitos fundamentais, bem como do aperfeiçoamento do sistema político e dos valores tutelados pela Justiça Eleitoral (JE) brasileira, guardião da democracia.

Palavras-chave: Democracia. Cidadania. Política. Ações afirmativas. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Superior Eleitoral. Cotas raciais. Transexual. Nome social. Igualdade de gênero. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

The concept of democracy is inseparable from the continuous search for the restoration of human rights and the improvement of civilized standards in contemporary countries. This article aims to address the main affirmative actions existing in Brazil, focusing on legislative and jurisprudential advances verified within the scope of the Supreme Federal Court and the Superior Electoral Court, in order to outline an overview of achievements in the field of citizenship, fundamental rights, as well as perfecting the political system and the values protected by the Brazilian Electoral Justice, guardian of democracy.

Keywords: Democracy. Citizenship. Policy. Affirmative actions. Jurisprudence. Supreme Federal Court. Superior Electoral Court. Racial quotas. Transgender. Social name. Gender equality. Dignity of human person.

1 Introdução

Ações afirmativas têm sido desenvolvidas para superar mazelas sociais e políticas oriundas de padrões históricos de desigualdade e discriminação. O termo “ação afirmativa” surgiu nos Estados Unidos da América, em 1960, quando o então Presidente John F. Kennedy elaborou uma série de políticas de discriminação positiva, visando fomentar a igualdade entre negros e brancos numa época em que ainda predominava um regime de segregação racial naquele país.⁴

No entanto, já na década de 1940, pôde-se observar, na Índia, a adoção de ações afirmativas com a finalidade de fomentar a composição do Parlamento indiano – antes ocupado apenas por membros das castas superiores – também por cidadãos integrantes de castas inferiores. Após conquistar a independência, a Índia criminalizou o casteísmo e consagrou em sua constituição de 1950 as chamadas “políticas de reserva”, voltadas para a proteção ou promoção de grupos desprivilegiados e sub-representados.⁵

A partir dessas experiências, diversos países, inclusive o Brasil, vêm adotando medidas de *discrimen* positivo, na tentativa de reduzir desigualdades históricas existentes na sociedade e de dar concretude aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988)⁶, da igualdade material (art. 5º) e do pluralismo político (art. 1º, V), objetivando a edificação de uma sociedade livre, justa e solidária.

A seguir, serão apresentadas algumas das principais ações afirmativas em curso no Brasil e, especialmente, no âmbito da Justiça Eleitoral, a fim de balizar novos avanços e conscientizar o cidadão sobre os direitos assegurados em nosso sistema jurídico e já cancelados pelo STF e pelo TSE.

⁴ NOTE, Umberto Abreu. *Ações Afirmativas: amparo constitucional*. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5829/Acoes-afirmativas-amparo-constitucional>. Acesso em: 1º ago. 2020.

⁵ De acordo com João Feres Júnior e Verônica Toste Daflon, são exemplos dessas medidas o estabelecimento de cotas para o ingresso no emprego público e no ensino superior para as *Scheduled Castes*, representada pelos *dalits*, e para as *Scheduled Tribes*, “grupos cujas formas de subsistência em áreas florestais vêm sendo crescentemente ameaçadas pela expansão demográfica e econômica dos demais indianos e constituem 7,5% da população do país”. FERES JÚNIOR, João, DAFLON, Verônica Toste. *Ação afirmativa na Índia e no Brasil: um estudo sobre a retórica acadêmica*. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/soc/v17n40/1517-4522-soc-17-40-00092.pdf>. Acesso em: 1º ago. 2020.

⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução CNJ nº 203, de 23 de junho de 2015. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 110, p. 3-4. Publicado em: 24 jun. 2015. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2203>. Acesso em: 12 ago. 2020.

2 Pessoas com deficiência

O Brasil garante a empregabilidade e o acesso às universidades e aos cargos públicos às pessoas com deficiência (PcD) por meio de ações afirmativas previstas na própria Constituição Federal, em seu art. 37, VIII⁷, cujo texto assegura o direito à reserva de vagas em concursos públicos.

Seguindo a orientação constitucional, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (Estatuto do Servidor Público Federal), dispõe, no art. 5º, § 2º, que às pessoas com deficiência “é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência”. Para esses cidadãos, devem ser reservadas até 20% das vagas oferecidas nos certames⁸, observado, ainda, o percentual mínimo de 5%, nos termos do que regulamenta o Decreto nº 9.508, de 24 de setembro de 2018 (art. 1º, § 1º).

No setor privado, a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, obriga empresas que mantêm contrato de trabalho com mais de 100 funcionários a destinarem entre 2% e 5% das vagas para pessoas com algum tipo de deficiência.

Malgrado ainda não existam políticas afirmativas voltadas a promover o aumento do exercício de mandatos eletivos por pessoas com deficiência, a Justiça Eleitoral tem se preocupado em garantir a esse seguimento da sociedade o exercício da cidadania por meio do voto. Para tanto, dispõe de diversos mecanismos para facilitar o acesso ao local de votação, entre eles o atendimento prioritário de eleitores com mobilidade reduzida, com idade igual ou superior a 60 anos, de gestantes, de lactantes e de pessoas com crianças de colo.

Nesse contexto, o eleitor com deficiência pode requerer a transferência do local de votação para uma seção especial, que possa melhor atender suas necessidades, a ser instalada em local com rampas e/ou elevadores. O requerimento pode ser feito no cartório eleitoral até 151 dias antes das eleições.

⁷ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão; [...].

⁸ Tendo em vista que a lei dispõe que serão reservadas “até 20%” das vagas para deficientes, cabe à administração decidir discricionariamente o quantitativo a ser ofertado, observado o mínimo obrigatório de 5%.

Além disso, nos 90 dias que antecedem o pleito, os eleitores com deficiência que votam em seções especiais podem comunicar ao juiz eleitoral, por escrito, suas restrições, para que a JE providencie, se possível, os meios e recursos destinados a lhes facilitar o exercício do voto.

No momento da votação, se não tiver formalizado nenhum requerimento anterior, o eleitor ainda poderá informar ao mesário suas limitações, a fim de que se providenciem as soluções adequadas para cada caso. A pessoa com deficiência também pode contar com a ajuda de um acompanhante de sua confiança, o qual, caso seja autorizado pelo presidente da mesa receptora de votos, poderá ingressar na cabina de votação e até mesmo digitar os números na urna. A condição é que a presença do acompanhante seja imprescindível para que a votação ocorra e que o escolhido não esteja a serviço da Justiça Eleitoral, de partido político ou de coligação.

Registre-se, ainda, que todas as urnas eletrônicas são preparadas para atender pessoas com deficiência visual – por meio do sistema braile e da identificação da tecla número cinco –, e que os Tribunais Regionais Eleitorais (TREs) disponibilizam fones de ouvido nas seções eleitorais especiais e naquelas onde houver solicitação específica, para que o eleitor cego ou com deficiência visual receba sinais sonoros com indicação do número escolhido.

3 Cotas étnico-raciais nas universidades, no serviço público e no âmbito eleitoral

Nas universidades, o primeiro programa de cotas no Brasil foi implementado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), no ano de 2003, quando a instituição de ensino passou a destinar 50% das vagas do processo seletivo de admissão para alunos egressos de escolas públicas cariocas. No ano de 2004, foi a vez da Universidade de Brasília (UnB) implantar uma política de ações afirmativas para negros em seu vestibular. A instituição foi a primeira no Brasil a utilizar o sistema de cotas étnico-raciais.⁹

Publicada em 29 de agosto de 2012, a Lei nº 12.711, também conhecida como Lei de Cotas, estabeleceu que as instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação devem reservar no mínimo 50% de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em

⁹ UOL. SUPERVESTIBULAR. *História do sistema de cotas no Brasil*. Disponível em: <https://vestibular.mundoeducacao.uol.com.br/cotas/historia-sistema-cotas-no-brasil.htm>. Acesso em: 1º ago. 2020.

escolas públicas. A lei prevê, ademais, em seu art. 3º, que as referidas vagas serão preenchidas por

autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.¹⁰

Antes da edição da Lei de Cotas, o STF foi instado a se pronunciar acerca da constitucionalidade das regras então previstas administrativamente pelas instituições de ensino. Entre as principais decisões da Suprema Corte acerca da matéria, podemos citar a Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186/DF, cujo relator é o Ministro Ricardo Lewandowski, julgada improcedente em 26 de abril de 2012, ocasião na qual o Plenário assentou a constitucionalidade da política de cotas étnico-raciais para seleção de estudantes da UnB, com fundamento de que

não contraria – ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no *caput* do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.¹¹

Em seguida, na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 41/DF, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, o STF reconheceu a validade da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014, que reserva 20% das vagas oferecidas em concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, no âmbito dos Três Poderes, a serem preenchidas por candidatos negros. O julgamento da ADC foi concluído em 8 de junho de 2017, firmando a seguinte orientação:

[...] a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia. Ela se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos,

¹⁰ BRASIL. Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/12711.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 186/DF. Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. *Diário da Justiça Eletrônico*. Publicado em: 20 out. 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691269>. Acesso em: 7 ago. 2020.

por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente.¹²

Os membros do STF entenderam, ainda, que “não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência”, pois “a reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público”, concluindo-se, por fim, que

a incorporação do fator “raça” como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma “burocracia representativa”, capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais.¹³

Na mesma oportunidade, o Ministro Ricardo Lewandowski recordou que, em sua gestão à frente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foi editada a Resolução nº 203, de 23 de junho de 2015, que passou a reservar 20% de vagas para os negros no âmbito do Poder Judiciário. A resolução foi amparada no primeiro censo do Judiciário realizado pelo Conselho, no qual se constatou que apenas 1,4% dos juizes brasileiros se declararam negros, e apenas 14% pardos, dados que divergiam dos números do censo demográfico brasileiro de 2010, realizado pelo IBGE, segundo o qual o percentual da população brasileira autodeclarada negra foi de 7,6% e parda, 43,1%.¹⁴

Na seara eleitoral, julgamento histórico e paradigmático está em curso no TSE para responder à consulta formulada pela Deputada Federal Benedita da Silva (Consulta nº 0600306-47.2019.6.00.0000), com apoio da ONG Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes (Educafro). Questiona-se o Tribunal Superior Eleitoral sobre a possibilidade de haver cota nos partidos políticos para candidatos negros e para o financiamento e tempo de propaganda eleitoral de suas campanhas.

Em verticalizado voto, o eminente Ministro Luís Roberto Barroso, relator, salientou o dever de integrar negros em espaços de poder, esclarecendo que a representação de todos os diferentes grupos sociais no parlamento é essencial para o adequado funcionamento da democracia e para o aumento da legitimidade das decisões tomadas.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC nº 41/DF. Ação Declaratória de Constitucionalidade. Relator: Ministro Roberto Barroso. *Diário da Justiça Eletrônico*. Publicado em: 17 ago. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4917166>. Acesso em: 7 ago. 2020.

¹³ Idem.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. *Plenário declara constitucionalidade da Lei de Cotas no serviço público federal*. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=346140>. Acesso em: 12 ago. 2020.

O relator enumerou dados eloquentes, reveladores do fenômeno relacionado às relações de poder e dominação, indicando que: a) nas eleições gerais de 2018, embora 47,6% dos candidatos que concorreram fossem negros, estes representaram, entre os eleitos, apenas 27,9%; b) segundo estudo da FGV Direito, relativo à eleição para Câmara dos Deputados, mulheres brancas candidatas receberam percentual de recursos advindos dos partidos (18,1%) proporcional às candidaturas (também de 18,1%), enquanto candidatos negros continuaram a ser subfinanciados pelos partidos; c) embora mulheres negras representassem 12,9% das candidaturas, receberam apenas 6,7% dos recursos; d) também os homens negros receberam dos partidos recursos (16,6%) desproporcionais em relação às candidaturas (26%) e; e) apenas os homens brancos foram sobrefinanciados (58,5%) em comparação ao percentual de candidatos (43,1%).¹⁵

Em resposta à aludida consulta, o relator encaminhou proposta no sentido de que: a) os recursos públicos do Fundo Partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) e o tempo de rádio e TV destinados às candidaturas de mulheres, pela aplicação das decisões judiciais do STF na ADI nº 5617/DF e do TSE na Consulta nº 0600252-18/DF, devem ser repartidos entre mulheres negras e brancas na exata proporção das candidaturas apresentadas pelas agremiações e; b) os recursos públicos do Fundo Partidário e do FEFC e o tempo de rádio e TV devem ser destinados ao custeio das candidaturas de homens negros na exata proporção das candidaturas apresentadas pelas agremiações.

A consolidação da resposta a ser dada pelo TSE¹⁶, que tem como pano de fundo a discriminação no acesso às candidaturas, aos recursos de campanha e, por conseguinte, aos próprios mandatos eletivos, constitui importante marco na concepção de ações afirmativas no âmbito do Direito Eleitoral, ao passo que revela um desdobramento de outras ações estatais para a efetividade da inclusão política e social dos negros.

¹⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Notícias TSE. *TSE começa a discutir reserva de recursos do Fundo Eleitoral e tempo de rádio e TV para candidatos negros*. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Junho/tse-comeca-a-discutir-reserva-de-recursos-do-fundo-eleitoral-e-tempo-de-radio-e-tv-para-candidatos-negros>. Acesso em: 1º maio 2020.

¹⁶ Julgamento suspenso em virtude de pedido de vista até a data da finalização do presente artigo. A tramitação do feito pode ser acompanhada na Consulta Pública ao PJe do TSE. Disponível em: <https://pje.tse.jus.br:8443/pje-web/ConsultaPublica/listView.seam>. Acesso em: 1º ago. 2020.

Com efeito, em dezembro de 2012, o quesito “cor ou raça” passou a ser campo obrigatório dos registros administrativos, dos cadastros, dos formulários e das bases de dados do governo federal. A inovação teve como objetivo orientar os órgãos públicos federais na adoção de ações de promoção da igualdade racial previstas na Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial e atende a reivindicações do Movimento Negro brasileiro.

No âmbito eleitoral, dados sobre a cor ou raça passaram a ser declarados pelos candidatos a partir das eleições de 2014. Foi naquele ano que entrou em vigência, conforme a Resolução-TSE nº 23.405/2014, a determinação para que todos os candidatos declarassem sua cor ou raça. Isso quer dizer que, além de fornecer informações sobre grau de instrução, profissão e estado civil, por exemplo, todos os candidatos tiveram de informar sua cor no momento do pedido de registro à Justiça Eleitoral.¹⁷

4 Cota de gênero no Direito Eleitoral

Os espaços preenchidos pelas mulheres na política formal e em cargos de liderança revelam discrepância com a proporção do gênero na população brasileira, situação que motivou o legislador ordinário a fomentar a composição dos quadros políticos e de gestão pública pelas mulheres no texto da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, a qual prevê, no § 3º do art. 10, estímulo à participação feminina por meio da chamada cota de gênero. Segundo o dispositivo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo, nas eleições para Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais.

A regra, contudo, ainda não atingiu sua finalidade, pois, segundo dados extraídos do portal do TSE¹⁸, nas eleições de 2016 as mulheres correspondiam a 52,21% do eleitorado, mas a apenas 13,43% dos eleitos e 11,78% dos reeleitos naquela eleição. Em 2018, houve um tímido avanço: as mulheres constituíram 52,5% do eleitorado; 16,11% dos eleitos e 12,09% dos reeleitos, resultados muito inferiores ao percentual de vagas previsto na Lei das Eleições.

¹⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Notícias TSE. *Maioria da população no Brasil, negros são minoria nas Eleições 2016*. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Setembro/maioria-da-populacao-no-brasil-negros-sao-minoria-nas-eleicoes-2016>. Acesso em: 3 ago. 2020.

¹⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Notícias TSE. *#ParticipaMulher: “Uma sociedade realmente democrática inclui a participação das mulheres em todas as áreas, inclusive na política”*. Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/participa-mulher/>. Acesso em: 2 ago. 2020.

Ainda no ano de 2013, por ocasião do julgamento do REspe nº 214-98/RS no TSE, o relator, eminente Ministro Henrique Neves, a partir de análise histórica da legislação eleitoral, já havia destacado que

as regras aplicáveis aos pleitos eleitorais têm sido aperfeiçoadas para viabilizar e incentivar a participação igualitária de representantes de ambos os sexos, minimizando uma maioria masculina nos salões parlamentares que não condiz com os percentuais de gênero da população brasileira, majoritariamente feminina.¹⁹

A sub-representação feminina não passou despercebida no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.617/DF, em 15.3.2018, em que o STF equiparou o patamar legal mínimo de candidaturas femininas (art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997), isto é, ao menos 30% de cidadãs, ao mínimo de recursos do Fundo Partidário que lhes seriam destinados, garantindo 30% do montante do Fundo alocado a cada partido para as candidaturas femininas nas eleições majoritárias e proporcionais. Fixou, ainda, que, havendo percentual mais elevado de candidaturas femininas, o mínimo de recursos globais do partido destinados a campanhas lhes seja alocado na mesma proporção.²⁰

Na linha do que foi decidido pela Suprema Corte, o TSE, ao julgar a Consulta nº 0600252-18/DF, sob a relatoria da Ministra Rosa Weber, assegurou às campanhas femininas, por unanimidade de votos, o mínimo de 30% dos recursos do FEFC, assim como o tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão. Em franca homenagem a paradigmas inovadores, a eminente relatora consignou não se tratar de hipótese de matéria *interna corporis* dos partidos políticos, no estrito exercício da autonomia a eles conferida pelo art. 17, § 1º, da Constituição Federal, pois “cumpre à Justiça Eleitoral, chamada ao enfrentamento da questão, dirimi-la à luz dos cânones normativos, legais e constitucionais que circundam a matéria, sem descurar do contexto sociopolítico atual brasileiro”²¹, a fim de superar o quadro de sub-representação feminina no campo político, consoante estudos realizados pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e compilados pela União Interparlamentar (Inter-Parliamentary Union). Aplicou, no ponto,

¹⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. REspe nº 214-98/RS. Recurso Especial Eleitoral. Relator: Ministro Henrique Neves da Silva. *Diário da Justiça Eletrônico*. Publicado em: 24 jun. 2013. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoess/jurisprudencia>. Acesso em: 7 ago. 2020.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5617/DF. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Ministro Edson Fachin. *Diário da Justiça Eletrônico*. Publicado em: 3 out. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5080398>. Acesso em: 7 ago. 2020.

²¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 0600252-18.2018.6.00.0000/DF, relatora: Ministra Rosa Weber. *Diário da Justiça Eletrônico*. Publicado em: 15 ago. 2018. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoess/jurisprudencia>. Acesso em: 7 ago. 2020.

a mesma *ratio decidendi* adotada pela Suprema Corte na ADI nº 5617/DF, com prevalência ao direito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e à igualdade de gênero (art. 5º, *caput*, da CF).²²

No julgamento do Agravo de Instrumento nº 339-86/RS (15.8.2019), de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, o TSE, de forma unânime, decidiu que o uso, em campanha masculina, de verbas do Fundo Partidário destinadas à campanha feminina, salvo se demonstrado benefício para a candidata, poderia ensejar a cassação dos diplomas de todos os envolvidos. Naquela assentada, o TSE definiu que “as verbas com destinação específica, vinculada ao financiamento de campanhas de candidatas mulheres, não podem ser utilizadas livremente” e “devem ser aplicadas pelas mulheres no interesse de suas campanhas”.²³

Na ocasião, a Ministra Rosa Weber, então Presidente do TSE, destacou a importância do julgado para a valorização da representação feminina na política por meio de ações afirmativas, ao enfatizar que

O ser humano sempre engendra estratégias para desviar em condutas que não merecem acolhida no Direito, em especial pela evocação do instituto da fraude, e que merecem ser coibidas pelo Poder Judiciário. E, se nós temos políticas afirmativas de gênero, todas essas manobras criadas pela imaginação humana, no sentido de, justamente, impedir que essas ações afirmativas surtam efeitos, devem ser coibidas.²⁴

Outro julgado emblemático foi proferido no REspe nº 193-92, em caso oriundo do Município de Valença do Piauí/PI, no qual o TSE, por maioria de votos, entendeu que o registro de candidaturas fictícias de mulheres, apeladas de “candidatas-laranjas”, a fim de atingir o percentual mínimo exigido pela cota de gênero, configura fraude eleitoral e enseja a cassação de todos os candidatos lançados pelo partido. Ao todo, entre eleitos e não eleitos, 29 candidatos registrados pelas 2 coligações tiveram o registro indeferido.²⁵

²² A Resolução-TSE nº 23.568, de 24 de maio de 2018, que estabelece diretrizes gerais para a gestão e distribuição dos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha, já previa, expressamente, no art. 6º, § 1º, a obrigatoriedade de aplicação do percentual mínimo de 30%, na linha do que decidido na Consulta nº 0600252-18.

²³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo de Instrumento nº 339-86/RS. Relator: Ministro Roberto Barroso. *Diário da Justiça Eletrônico*. Publicado em: 20 set. 2019. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>. Acesso em: 7 ago. 2020.

²⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Notícias TSE. *Corte confirma cassação de diplomas de dois vereadores de Rosário do Sul (RS)*. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Agosto/tse-confirma-cassacao-de-diplomas-de-dois-vereadores-de-rosario-do-sul-rs>. Acesso em: 2 ago. 2020.

²⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. REspe nº 193-92/PI. Recurso Especial Eleitoral. Relator: Ministro Jorge Mussi. *Diário da Justiça Eletrônico*. Publicado em: 4 out. 2019. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>. Acesso em: 7 ago. 2020.

Em seu voto, o Ministro Barroso lembrou que, apesar dos mais de 10 anos de existência da cota de gênero, a ação afirmativa ainda não produzira nenhum impacto no Parlamento brasileiro, o que revelaria “um claro descompromisso dos partidos políticos quanto à recomendação que vigora desde 1997”.²⁶

Por sua vez, o Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto afirmou não ver com perplexidade a consequência prática de se retirar do cenário político candidaturas femininas em razão da fraude à cota de gênero e ressaltou que “as candidaturas femininas fictícias propiciaram uma falsa competição pelo voto popular”.²⁷

Tangenciando o tema sob o ponto de vista procedimental, vale destacar a orientação firmada no REspe nº 1-49/PI, julgado em 4.8.2015, de relatoria do Ministro Henrique Neves da Silva, em que o TSE manifestou-se sobre o cabimento de Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) para apuração de fraude às cotas de gênero, com fundamento de que

o conceito da fraude, para fins de cabimento da ação de impugnação de mandato eletivo (art. 14, § 10, da Constituição Federal), é aberto e pode englobar todas as situações em que a normalidade das eleições e a legitimidade do mandato eletivo são afetadas por ações fraudulentas, inclusive nos casos de fraude à lei. A inadmissão da AIME, na espécie, acarretaria violação ao direito de ação e à inafastabilidade da jurisdição.²⁸

Mais adiante, ao julgar o REspe nº 243-42/PI, em 16.8.2016, distribuído ao mesmo relator, o TSE admitiu a possibilidade de se examinar, no bojo de Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), o lançamento de “candidaturas-laranjas” para burlar o sistema de cotas de gênero. Sinalizou, ademais, a necessidade de se assegurarem os recursos financeiros e os meios adequados para a efetividade das candidaturas de cada gênero, orientações que, como visto, se consolidaram nos julgados anteriormente citados.²⁹

A Corte Superior também já teve oportunidade de debater sobre ações afirmativas de gênero sob o ângulo da democracia interna dos partidos

²⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Notícias TSE: *Plenário mantém cassação de vereadores envolvidos em caso de candidaturas fraudulentas no Piauí*. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Setembro/tse-mantem-cassacao-de-vereadores-envolvidos-em-caso-de-candidaturas-fraudulentas-no-piaui>. Acesso em: 2 maio 2020.

²⁷ Idem.

²⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. REspe nº 1-49/PI. Recurso Especial Eleitoral. Relator: Ministro Henrique Neves da Silva. *Diário da Justiça Eletrônico* Publicado em: 21 out. 2015. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>. Acesso em: 7 ago. 2020.

²⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. REspe nº 243-42/PI. Recurso Especial Eleitoral. Relator: Ministro Henrique Neves da Silva. *Diário da Justiça Eletrônico*. Publicado em: 11 out. 2016. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>. Acesso em: 7 ago. 2020.

políticos. Na Consulta nº 0603816-39/DF, sob a relatoria da Ministra Rosa Weber, apreciada em 19 de maio de 2020,³⁰ o TSE assentou a aplicabilidade da regra de reserva de gênero, preconizada pelo § 3º do art. 10 da Lei nº 9.504/1997, também na composição das comissões executivas e dos diretórios nacionais, estaduais e municipais dos partidos políticos, de suas comissões provisórias e demais órgãos equivalentes.

No julgamento, foi destacada a vexatória posição do Brasil no *ranking* mundial de representação feminina no Parlamento, que passou da 151ª para a 134ª posição, dentre 193 países monitorados pela *Inter-Parliamentary Union*, pontificando-se que:

[...] se aos partidos políticos cabe observar perceptual mínimo de candidaturas por gênero para a disputa de eleições proporcionais, com maior razão tal mandamento aplica-se na disputa para a composição de seus órgãos internos, sob pena do paradoxo democrático, de a democracia interna dos partidos políticos não espelhar a democracia que a lei impõe nas próprias bases estatais.³¹

Ainda naquela oportunidade, o Ministro Luís Roberto Barroso propôs que fosse encaminhado um apelo ao Congresso Nacional para que a obrigatoriedade do cumprimento da reserva de gênero de 30% nas candidaturas dos órgãos internos de partidos fosse incluída na legislação, com a previsão de sanções às legendas que não a cumprirem. Para o ministro, as sanções deveriam passar a ser aplicadas após a declaração de omissão legislativa nessa matéria. A recomendação foi acolhida pela maioria dos ministros.³²

4.1 Transgêneros

Em resposta à Consulta nº 0604054-58.2017.6.00.0000, de relatoria do eminente Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, o TSE decidiu que candidatos transgêneros poderiam, a partir das eleições de 2016, utilizar o nome social na urna.

A matéria de fundo consistiu em saber se a expressão “cada sexo”, contida no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997, fazia referência ao sexo biológico (macho/fêmea) ou ao gênero (homem/mulher), para, então, indagar se os homens

³⁰ Acórdão pendente de publicação até a finalização deste estudo.

³¹ JUSTIÇA ELEITORAL. *Sessão Plenária do Dia 19 de Maio de 2020*. YouTube. Disponível em: https://youtu.be/B_KvdSuEUdE. Acesso em: 2 ago. 2020.

³² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Notícias TSE. *TSE entende ser aplicável reserva de gênero para mulheres nas eleições para órgãos partidários*. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Maio/tse-entende-ser-aplicavel-reserva-de-genero-para-mulheres-nas-eleicoes-para-orgaos-partidarios>. Acesso em: 2 ago. 2020.

e as mulheres transexuais devem ser contabilizados nas respectivas cotas – feminina e masculina –, cujos percentuais se encontram estabelecidos no mencionado dispositivo legal.

O fundamento da matéria em análise convergia para o do assunto abordado na ADPF nº 132/RJ (relator: Ministro Carlos Ayres Britto, *DJe* de 5.5.2011), bem como no Recurso Extraordinário nº 670422/RS, inscrito como Tema nº 761 da Gestão da Repercussão Geral, colhida do *site* do STF com a seguinte descrição: possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transexual – como masculino ou feminino – mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo.

Com efeito, na ADPF nº 132/RJ – ao tratar da união homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico –, o STF dispôs, expressamente, sobre a proibição de discriminar as pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher, seja no plano da orientação sexual de cada um deles.

O STF assentou existir lacuna normativa que precisa ser preenchida pelo legislador para contemplar a situação de todas as pessoas, independentemente da orientação sexual em que se autorreconhecem, haja vista que

todos são iguais em razão da espécie humana de que façam parte e das tendências ou preferências sexuais que lhes ditar, com exclusividade, a própria natureza, qualificada pela nossa Constituição como autonomia de vontade. Iguais para suportar deveres, ônus e obrigações de caráter jurídico-positivo, iguais para titularizar direitos, bônus e interesses também juridicamente positivados.³³

Na esteira do que preconiza o art. 3º, IV, da Constituição Federal, assim destacou o relator da Consulta nº 0604054-58.2017.6.00.0000, Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, em seu voto:

É imperioso avançar e adotar medidas que denotem respeito à diversidade, ao pluralismo, à subjetividade e à individualidade como expressões do postulado supremo da dignidade da pessoa humana.

[...] um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil consiste em promover o bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo, cor idade ou quaisquer outras formas de discriminação.³⁴

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 132/RJ. Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator: Ministro Ayres Britto. *Diário da Justiça Eletrônico*. Publicado em: 5 maio 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>. Acesso em: 7 ago. 2020.

³⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 0604054-58.2017.6.00.0000/DF. Relator: Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto. *Diário da Justiça Eletrônico*. Publicado em: 3 abril 2018. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/deciso/es/jurisprudencia>. Acesso em: 7 ago. 2020.

A expressão “cada sexo”, consoante afirmado pelo relator, refere-se ao gênero, e não ao sexo biológico, de forma que tanto os homens quanto as mulheres transexuais e travestis podem ser contabilizados nas respectivas cotas de candidatura masculina e feminina.

Para tanto, estabeleceu que “devem figurar como tal nos requerimentos de alistamento eleitoral nos termos estabelecidos pelo art. 91 da Lei das Eleições”, de modo que a “verificação do gênero para o efeito de registro de candidatura deverá atender aos requisitos previstos na Resolução nº 21.538 e demais normas de regência”³⁵. De acordo com o ministro, a legislação deixou uma lacuna ao não contemplar a diversidade de gênero com seus marcadores sociais singulares e diferenciados e destacou que

[...] a construção do gênero representa fenômeno sociocultural que exige a abordagem multidisciplinar a fim de conformar uma realidade ainda impregnada por preconceitos e estereótipos geralmente de caráter moral e religioso aos valores e garantias constitucionais.³⁶

Franqueou-se, ainda, a possibilidade do uso exclusivo do nome social nas urnas eletrônicas, observados os parâmetros do art. 12 da Lei nº 9.504/1997, que permite o registro do “prenome, sobrenome, cognome, nome abreviado, apelido ou nome pelo qual é mais conhecido, desde que não se estabeleça dúvida quanto à sua identidade, não atente contra o pudor e não seja ridículo ou irreverente”.³⁷

5 Conclusão

Igualdade, não apenas no plano formal, mas também material, constitui um dos pilares da ordem constitucional brasileira, que tem entre seus objetivos fundamentais a construção de uma sociedade justa, fraterna e solidária, pautada na dignidade da pessoa humana – esta última vetor fundamental da Constituição para a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

As ações afirmativas, por sua vez, traduzem desígnios impulsionados por movimentos sociais que exigem postura mais ativa do poder público no que se refere às questões de desigualdade e discriminação quanto à raça, à etnia e ao gênero. As medidas enumeradas neste breve estudo constituem instrumentos legítimos de correção de injustiças que, historicamente, projetam-se até os dias

³⁵ Idem.

³⁶ Idem.

³⁷ Idem.

atuais contra segmentos sociais alijados de uma participação mais influente no seio da sociedade, a exemplo das pessoas com deficiência, dos negros e das mulheres, especialmente na vida política do Estado brasileiro.

Contudo a legitimidade dessas políticas afirmativas só se justifica enquanto perdurar o contexto de desigualdade que deu ensejo a sua concepção. Revestem-se, portanto, de caráter provisório, e não devem se prolongar indefinidamente no tempo. Nesse contexto, a superação da relativa desequiparação entre os cidadãos demanda o desenvolvimento concomitante de melhorias na educação e nas condições de vida da população em geral, até que se erradiquem as distorções sociais das quais se originaram.

Há, ainda, longo caminho a ser trilhado até que as referidas ações afirmativas atinjam sua finalidade e se tornem desnecessárias, mas a vigilância atenta da Justiça Eleitoral quanto ao efetivo cumprimento de tais medidas é primordial para a mudança de cultura que culminará com o respeito absoluto à dignidade da pessoa humana.

Referências

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução CNJ nº 203 de 23 de junho de 2015. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 110, p. 3-4. Publicado em: 24 jun. 2015. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2203>. Acesso em: 12 ago. 2020.

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

BRASIL. Decreto nº 9.508 de 24 de setembro de 2018. Reserva às pessoas com deficiência percentual de cargos e de empregos públicos ofertados em concursos públicos e em processos seletivos no âmbito da administração pública federal direta e indireta. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivIL_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9508.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

____. Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

____. Lei nº 9.504 de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

____. Lei nº 12.288 de 20 de julho de 2010. *Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

____. Lei nº 12.711 de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC nº 41/DF. Ação Declaratória de Constitucionalidade. Relator: Ministro Roberto Barroso. *Diário da Justiça Eletrônico*. Publicado em: 17 ago. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4917166>. Acesso em: 7 ago. 2020.

____. ADI nº 5617/DF. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Ministro Edson Fachin. *Diário da Justiça Eletrônico*. Publicado em: 3 out. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5080398>. Acesso em: 7 ago. 2020.

____. ADPF nº 132/RJ. Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator: Ministro Ayres Britto. *Diário da Justiça Eletrônico*. Publicado em: 5 maio 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>. Acesso em: 7 ago. 2020.

____. ADPF nº 186/DF. Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. *Diário da Justiça Eletrônico*. Publicado em: 20 out. 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>. Acesso em: 7 ago. 2020.

____. Notícias STF. *Plenário declara constitucionalidade da Lei de Cotas no serviço público federal*. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=346140>. Acesso em: 12 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo de Instrumento nº 339-86/RS. Relator: Ministro Roberto Barroso. *Diário da Justiça Eletrônico*. Publicado em:

20 set. 2019. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoese/jurisprudencia>. Acesso em: 7 ago. 2020.

_____. Consulta nº 0600252-18.2018.6.00.0000/DF, Relator: Ministro Rosa Weber. *Diário da Justiça Eletrônico*. Publicado em: 15 ago. 2018. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoese/jurisprudencia>. Acesso em: 7 ago. 2020.

_____. Consulta nº 0600306-47.2019.6.00.0000/DF. Relator: Ministro Roberto Barroso. Julgamento suspenso em 30 de junho de 2020 pelo pedido de vista do Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://pje.tse.jus.br:8443/pje-web/ConsultaPublica/listView.seam>. Acesso em: 1º ago. 2020.

_____. Consulta nº 0603816-39.2017.6.00.0000/DF. Relator: Ministra Rosa Weber. Julgada em 19 de maio de 2020. Acórdão ainda pendente de publicação. Disponível em: <https://pje.tse.jus.br:8443/pje-web/ConsultaPublica/listView.seam>. Acesso em: 7 ago. 2020.

_____. Consulta nº 0604054-58.2017.6.00.0000/DF. Relator: Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. *Diário da Justiça Eletrônico*. Publicado em: 3 abril 2018. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoese/jurisprudencia>. Acesso em: 7 ago. 2020.

_____. Notícias TSE. *#ParticipaMulher: “Uma sociedade realmente democrática inclui a participação das mulheres em todas as áreas, inclusive na política”*. Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/participa-mulher/>. Acesso em: 2 ago. 2020.

_____. Notícias TSE. *Corte confirma cassação de diplomas de dois vereadores de Rosário do Sul (RS)*. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Agosto/tse-confirma-cassacao-de-diplomas-de-dois-vereadores-de-rosario-do-sul-rs>. Acesso em: 2 ago. 2020.

_____. Notícias TSE. *Maioria da população no Brasil, negros são minoria nas Eleições 2016*. Disponível em <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Setembro/maioria-da-populacao-no-brasil-negros-sao-minoria-nas-eleicoes-2016>. Acesso em: 3 ago. 2020.

_____. Notícias TSE: *Plenário mantém cassação de vereadores envolvidos em caso de candidaturas fraudulentas no Piauí*. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Setembro/tse-mantem-cassacao-de-vereadores-envolvidos-em-caso-de-candidaturas-fraudulentas-no-piaui>. Acesso em: 2 maio 2020.

_____. Notícias TSE. *TSE começa a discutir reserva de recursos do Fundo Eleitoral e tempo de rádio e TV para candidatos negros*. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Junho/tse-comeca-a-discutir-reserva-de-recursos-do-fundo-eleitoral-e-tempo-de-radio-e-tv-para-candidatos-negros>. Acesso em: 1º maio 2020.

_____. Notícias TSE. *TSE entende ser aplicável reserva de gênero para mulheres nas eleições para órgãos partidários*. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Maio/tse-entende-ser-aplicavel-reserva-de-genero-para-mulheres-nas-eleicoes-para-orgaos-partidarios>. Acesso em: 2 ago. 2020.

_____. *REspe nº 1-49/PI*. Recurso Especial Eleitoral. Relator: Ministro Henrique Neves da Silva. *Diário da Justiça Eletrônico* Publicado em: 21 out. 2015. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>. Acesso em: 7 ago. 2020.

_____. *REspe nº 193-92/PI*. Recurso Especial Eleitoral. Relator: Ministro Jorge Mussi. *Diário da Justiça Eletrônico*. Publicado em: 4 out. 2019. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>. Acesso em: 7 ago. 2020.

_____. *REspe nº 214-98/RS*. Recurso Especial Eleitoral. Relator: Ministro Henrique Neves da Silva. *Diário da Justiça Eletrônico*. Publicado em: 24 jun. 2013. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>. Acesso em: 7 ago. 2020.

_____. *REspe nº 243-42/PI*. Recurso Especial Eleitoral. Relator: Ministro Henrique Neves da Silva. *Diário da Justiça Eletrônico*. Publicado em: 11 out. 2016. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>. Acesso em: 7 ago. 2020.

_____. Resolução TSE nº 23.405 de 5 de março de 2014. *Dispõe sobre a escolha e o registro de candidatos nas Eleições de 2014*. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-anteriores/eleicoes-2014/normas-e-decisoes/normas-e-documentacoes/resolucao-no-23.405>. Acesso em: 12 ago. 2020.

_____. Resolução TSE nº 23.568, de 24 de maio de 2018. *Estabelece diretrizes gerais para a gestão e distribuição dos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC)*. Revogada pela Resolução nº 23.605, de 17 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2018/resolucao-no-23-568-de-24-de-maio-de-2018>. Acesso em: 12 ago. 2020.

FERES JÚNIOR, João, DAFLON, Verônica Toste. *Ação afirmativa na Índia e no Brasil: um estudo sobre a retórica acadêmica*. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/soc/v17n40/1517-4522-soc-17-40-00092.pdf>. Acesso em: 1º ago. 2020.

JUSTIÇA ELEITORAL. *Sessão Plenária do Dia 19 de Maio de 2020*. YouTube. Disponível em: https://youtu.be/B_KvdSuEUdE. Acesso em: 2 ago. 2020.

NOTE, Umberto Abreu. *Ações Afirmativas: amparo constitucional*. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5829/Acoes-afirmativas-amparo-constitucional>. Acesso em: 1º ago. 2020.

UOL. SUPERVESTIBULAR. *História do sistema de cotas no Brasil*. Disponível em: <https://vestibular.mundoeducacao.uol.com.br/cotas/historia-sistema-cotas-no-brasil.htm>. Acesso em: 1º ago. 2020.

É POSSÍVEL ENSINAR A VOTAR? PRELÚDIOS SOBRE UM MODELO PEDAGÓGICO DO VOTO

IS IT POSSIBLE TO TEACH VOTING? PRELUDES ON A PEDAGOGICAL MODEL OF VOTING

VINÍCIUS QUINTINO¹

OTÁVIO LUBE DOS SANTOS²

¹ Coordenador da Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral (TRE/ES). Mestre em Governança Pública, especialista e pesquisador em Direito Eleitoral e bacharel em Direito. Formador pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam).

² Doutorando e mestre em Ciência da Computação. Pesquisador em métodos de Inteligência Artificial e Mineração de Dados Educacionais. Especialista e professor universitário em Educação à Distância. Formador pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam). Coordenador de Análise e Desenvolvimento do Tribunal Regional Eleitoral (TRE/ES).

RESUMO

A educação para cidadania no atual contexto democrático tem exigido o desenvolvimento de soluções capazes de enfrentar a contingência e a complexidade naturais desse novo ambiente. Seja pelo aspecto pedagógico, seja pelos temas que compõem o núcleo multidisciplinar da matéria, pesquisadores têm buscado compreender como se desenvolve o processo de educação no ambiente político e eleitoral. Nesse contexto, tem sido desafiador trabalhar a qualidade do voto do eleitor, sobretudo sob o risco de tocar em questões sensíveis, como o distanciamento entre educador e educando. Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo apresentar um modelo pedagógico capaz de auxiliar a escolha de candidatos a cargos políticos. Para isso, e reconhecendo a intertextualidade inerente ao tema, foi preciso trazer para o universo da educação conceitos já sedimentados por outros ramos da ciência, notadamente os de avaliação da qualidade de candidatos. Partiu-se da premissa de que candidatos podem ser observados como produtos em um microsistema eleitoral e, assim, semelhante ao modelo de qualidade de produtos, poderia ser desenvolvido um modelo de qualidade de candidatos específicos para o contexto eleitoral. Há muitas vantagens em se utilizar um modelo como esse, sobretudo por colocar a teoria da educação no centro do debate político, reconhecendo ter papel fundamental de propulsor da reflexão crítica dos conflitos sociais. Dessa forma, apresentou-se um modelo pedagógico que auxilia a escolha de candidatos a cargos políticos, propondo nova forma de enxergar o problema da educação para cidadania.

Palavras-chave: Educação. Cidadania. Qualidade do voto.

ABSTRACT

Education for citizenship in the current democratic context has required the development of solutions capable of facing the natural contingency and complexity of this new environment. Whether by the pedagogical aspect or by the themes that make up the multidisciplinary core of the subject, researchers have sought to understand how the education process develops in the political and electoral environment. In this context, it has been challenging to work on the quality of the voter's vote, especially under the risk of touching sensitive issues, such as the distance between educator and student. In this sense, the present work aims to present a pedagogical model capable of helping the choice of candidates for political positions. For this, and recognizing the intertextuality inherent to the theme, it was necessary to bring concepts that

have already been established by other branches of science into the universe of education, notably those of assessing the quality of candidates. It was based on the premise that candidates can be observed as products in an electoral microsystem and, thus, similar to the product quality model, a quality model of specific candidates for the electoral context could be developed. There are many advantages to using a model like this, especially because it puts the theory of education at the center of the political debate, recognizing that it plays a fundamental role in driving critical reflection on social conflicts. In this way, a pedagogical model was presented that assists the choice of candidates for political positions, proposing a new way of seeing the problem of education for citizenship.

Keywords: Education. Citizenship. Vote quality.

1 Introdução

A educação para cidadania tem sido objeto de estudo por diversos autores e nos mais variados ramos do conhecimento (MAIA E CARMO, 2018; MORAES, 2019; FERNANDES, 2020). Seja pelo aspecto pedagógico, seja pelos temas que compõem o núcleo multidisciplinar da matéria, pesquisadores têm buscado compreender como se desenvolve o processo de educação no ambiente político e eleitoral, notadamente em tempos de hiperconexão, excesso de informação e de democracia digital (AGRASSAR, 2010; OLIVEIRA, 2012; PINO, et al. 2018; RAIS, 2019; MACHADO, 2020).

Nesse contexto, percebe-se aumento da crítica quanto à dificuldade em se trabalharem tópicos como a *qualidade do voto* – sem o risco de tocar em questões ainda delicadas como o distanciamento entre educador e educando –, principalmente quando não se levam em consideração as etapas de construção da decisão do eleitor e os aspectos que determinam o ato de votar (DE LIMA, 2018; COIMBRA, 2020).

Dessa forma, têm ganhado espaço teorias que propõem a construção de meta-modelo educacional no qual, respeitando as condições ideais de formação do discurso, seja possível criar ambiente sadio de reflexão individual, organizado e norteado por premissas pedagógicas fundamentais, as quais, por sua vez, são capazes de auxiliar na construção do voto de qualidade e na promoção da cidadania (GONTIJO, 2007; COSTA, 2017; QUINTAS e LEAL, 2017).

Partindo-se do pressuposto de que boa parte da decisão pelo voto está ligada a fatores psicológicos e emocionais, a tentativa de construção de ambiente discursivo controlado por premissas fundamentais visa ao equilíbrio entre essas duas forças: de um lado, a pretensão de modulação de comportamentos por vezes irracionais e, de outro, o anseio por modelo pedagógico que auxilie a escolha de candidatos a cargos políticos, respeitando, em todo caso, a riqueza individual da personalidade de cada eleitor (FIGUEIREDO, 2008; SPAREMBERGER, 2018).

Assim, o objetivo deste estudo é, considerando-se a interdisciplinaridade necessária da matéria e as particularidades da decisão pelo voto, apresentar modelo pedagógico que auxilie a escolha de candidatos a cargos políticos, propondo nova forma de enxergar o problema da educação para cidadania.

As vantagens em se utilizar um modelo como esse são inúmeras, pois, além de reposicionar a teoria da educação para o centro do debate político,

reafirmando seu papel de protagonista na formação e na mediação da docência, é capaz de qualificar o processo de crítica dos conflitos sociais, o que gera reflexos em todo o ambiente democrático.

O que será proposto neste artigo é resultado de estudo desenvolvido no Brasil e nos Estados Unidos da América (EUA), que culminou em um modelo pedagógico de análise de candidatos – mediante processo de autocrítica na formação da consciência eleitoral – pela utilização de guias categorizadas de observação, advindas do desdobramento dos estudos de David A. Garvin, na Universidade de Harvard, a partir de 1984.

2 Do modelo de qualidade de candidatos ao modelo de qualidade de votos

Ao longo da história, o comportamento humano tem sido objeto de estudo por diversas áreas da ciência, principalmente por aquelas que analisam o processo de decisão: *a escolha, o desejo, a preferência, a vontade, a opção, a compra, a opinião* (O’CASS, 2002; FIGUEIREDO, 2008; SPAREMBERGER, 2018). Nesse contexto, o ato de votar pode ser compreendido pelo momento individual de formação da convicção política – o ápice do processo de síntese da vontade eleitoral –, o instante em que Rousseau utiliza para legitimar a renúncia da liberdade individual em favor da democracia coletiva.

A escolha individual está, portanto, permeada por elementos ainda desconhecidos, marcados pelos efeitos gerais da incerteza e condicionada, em maior ou menor grau, a uma relação de previsibilidade e de confiança do eleitor. Sabe-se que a totalidade de suas variáveis tenderia ao infinito e poderia ser descrita por três grandes grupos: *racionais, sociais e psicológicas* (DE CASTRO, 1992; FIGUEIREDO, 2008).

Quais são os elementos do voto? O que o eleitor leva em consideração na hora de escolher um candidato? Quais são os atributos dos candidatos que mais importam? A revisão da literatura evidenciou que provocações como essas têm norteado inúmeras teorias sobre o comportamento eleitoral, no entanto sem a pretensão de desenvolver um modelo capaz de categorizar sistematicamente os aspectos da decisão pelo voto, com objetivo de auxiliar a formação da convicção sobre o melhor candidato a se escolher em uma disputa eleitoral.

Entre esses autores, existe forte tendência de concluir que o mecanismo de escolha de um candidato se assemelha ao processo de compra dos consumidores (O’CASS, 2002; INÁCIO, 2003). Implica dizer que o consumidor,

quando escolhe um produto, leva em conta uma gama infinita de fatores para tomar uma decisão, assim como os eleitores quando escolhem um candidato (SODRÉ, 2009).

Partindo-se dessa premissa, assim como interessaria ao mercado o processo de avaliação que o consumidor faz da qualidade do produto no momento da compra, interessa ao estudo da decisão pelo voto a percepção que o eleitor possui dos atributos dos candidatos durante o processo de escolha política (WRING, 1997; O’CASS, 2002; INÁCIO, 2003).

Nesse sentido, observa-se a convergência entre os objetivos dessas duas áreas, de modo que é possível se falar na identidade de características do produto comercial e do candidato eleitoral (SHAMA, 1975).

Segundo Wring (1997), entende-se por *produto* o conjunto de bens ou serviços que as empresas oferecem no mercado. Shama (1975) diz que o candidato pode ser visto como produto no momento em que cada um, com atributos próprios, está disponível para escolha por eleitores. Tal visão já vem sendo utilizada com sucesso pela ciência do *Marketing* Eleitoral.

Do mesmo modo que existe forte tendência de se explicar a preferência do consumidor por determinado produto por seus atributos da qualidade, existe tendência em se explicar a preferência por determinado candidato pelos atributos desse candidato (SHAMA, 1975). Compreendendo os candidatos como produtos em um microsistema eleitoral, é possível buscar, na teoria da qualidade dos produtos, um modelo passível de adaptação, para auxiliar o eleitor a identificar candidatos de qualidade, independentemente do domínio pleno do universo de elementos da decisão pelo voto, visto que estarão implicitamente contemplados.

Nessa linha, é possível encontrar estudos que se propuseram a analisar os efeitos da qualidade dos atributos de produtos no processo de motivação para compra (GRÖNROOS, 1984; GARVIN, 1988; LEIGH e GABEL, 1992), contudo não se encontrou, na revisão da literatura, um modelo capaz de avaliar a qualidade dos atributos dos candidatos no processo de decisão pelo voto.

A descrição dos atributos da qualidade vem sendo utilizada com sucesso pelas organizações desde a proposição de Garvin (1988). Para ele, entende-se por atributos as propriedades ou características intrínsecas de produto, concretas, observáveis, mensuráveis e de relevante importância na escolha entre alternativas.

3 As oito dimensões reflexivas da decisão pelo voto

Uma das maiores contribuições do professor de Havard David A. Garvin, em 1984, foi a publicação do estudo *O Que Significa Realmente Qualidade do Produto?* Lançando o que compõe as bases da *Gestão Estratégica da Qualidade: as cinco abordagens da qualidade e as oito dimensões da qualidade*.

Garvin (1988) percebeu oito dimensões da qualidade, capazes de mensurar o nível de excelência de um produto: *desempenho, características secundárias, confiabilidade, conformidade, durabilidade, atendimento, estética e qualidade percebida*. A definição das dimensões está descrita no Quadro 1.

Quadro 1 – Dimensões da qualidade dos produtos

Desempenho	Capacidade de o produto cumprir o que prometeu.
Características secundárias	Itens adicionais que apenas suplementam o desempenho do produto.
Confiabilidade	Confiança do consumidor diante do histórico de problemas que o produto apresentou em seu ciclo de vida.
Conformidade	Atendimento a padrões de qualidade preestabelecidos.
Durabilidade	Vida útil do produto. Capacidade de resistir ao uso contínuo.
Atendimento	Qualidade de pós-venda. Aptidões do produto em receber reparos.
Aparência	Padrão de beleza individual percebido pelos clientes.
Qualidade percebida (induzida)	Percepção que o cliente possui do produto após a influência promovida pela propaganda.

Fonte: Garvin (1988).

Segundo Garvin (1988), a compreensão dessas dimensões vai além de meras sutilezas teóricas, constituindo verdadeiro diferencial estratégico em mercados competitivos. Transpondo tais conceitos para o presente estudo, é possível perceber relação entre o universo empresarial e o eleitoral (SHAMA,

1975; O'CASS, 1996; 2002). Para Sodré (2009), em ambos os casos, observa-se a movimentação de organizações (empresa/partido), em seus respectivos mercados, disputando a confiança de consumidores/eleitores. Guimarães (2011) acrescenta que o processo de escolha de um candidato obedece às mesmas premissas propostas por Engel et al. (2000) para a decisão de compra do consumidor: *reconhecimento da necessidade de compra, busca de informações externas e internas, avaliação das alternativas de compra, a compra propriamente dita e os resultados obtidos com a aquisição*. Shama (1975) reitera, inclusive, que a comercialização política de candidatos utiliza conceitos bem conhecidos do mercado de capitais, como: *comportamento do público-alvo, segmentação de mercado, pesquisa de mercado, mídia, publicidade, imagem, fidelidade à marca, conceito de produto, posicionamento etc.* Por fim, Kotler (1969) propõe que, tanto em um como em outro, existe uma atividade estrategicamente organizada, dirigida à satisfação das necessidades e dos desejos por meio de um processo de troca (*no ambiente comercial, de bens ou serviços por dinheiro; e no eleitoral, de votos por promessas e propostas políticas*).

Partindo-se do pressuposto de que Garvin (1988) desenvolveu modelo geral e adaptável da qualidade dos produtos (Quadro 1), a construção dos atributos do candidato perpassa a análise intertextual de estudos de diversos campos das ciências sociais aplicadas. Antes de se compreender como manejar os atributos da qualidade em favor dos eleitores, é preciso conhecê-los, ciente de que as dimensões semântica e pragmática desses elementos extrapolam as diretrizes capituladas nesse estudo. São eles:

a) *planejamento de governo*: enquanto a dimensão do desempenho compreende as características funcionais e intrínsecas do produto, planejadas para atingir os fins a que se destina, na esfera do candidato ela pode ser compreendida como o planejamento de governo, em sentido amplo, uma vez que nele estão contidas as propostas políticas, a forma de condução do mandato, o perfil e demais características ideológicas, programáticas, de assessoria e de equipe de governo do candidato (NEWMAN E SHETH, 1985; MARKUS, 1980; PETROCIK, 1996);

b) *identidade partidária*: se as características secundárias são entendidas como itens que não integram o produto propriamente dito, mas suplementam seu desempenho, na esfera eleitoral ela pode ser observada na relação entre o candidato e seu partido político. Nesse contexto, considerando que todo candidato está necessariamente associado a uma agremiação partidária,

eventual promoção eleitoral deveria se preocupar com a representatividade dos partidos nas campanhas eleitorais (MCCLOSKEY et al., 1960; NEWMAN et al., 1985; GOREN, 2005; PETROCIC, 1996; BAINES et al., 2002; BREWER, 2009);

c) *confiabilidade*: a confiança e as expectativas do produto podem ser entendidas como a percepção do consumidor diante do histórico de problemas que o produto apresentou em seu ciclo de vida; passa a ser a confiança do candidato, pois envolve o nível de expectativa que tem o eleitor, tomando por base sua representatividade sociopolítica, seu histórico, suas tradições, sua vida privada, financeira, profissional, sua família, sua opção sexual, religiosa, ideológica etc. (KINDER, 1978; THOMPSON, 1997);

d) *conformidade*: a conformidade do produto refere-se ao atendimento de padrões de qualidade preestabelecidos no contexto industrial. A conformidade do candidato envolveria pressupostos socialmente aceitos para homens que pretendem ocupar cargos públicos, como a capacidade de demonstrar respeito a princípios morais de honestidade, probidade, ética, verdade e retidão (KINDER, 1978; NEWMAN et al., 1985; MARKUS, 1982; HOEGG, 2011);

e) *durabilidade*: em relação ao produto, representa a vida útil e a capacidade dele de resistir ao uso razoável a que se destina. A durabilidade do candidato seria a capacidade de o candidato eleito, exercer o mandato a que se destina com pleno vigor físico, mental e jurídico (McDERMOTT, 1998; DOLAN, 2013; TODOROV. et al., 2005);

f) *relacionamento com eleitorado*: o atendimento do produto é a relação que possui no pós-venda, compreendida na aptidão de receber reparos ou adequações de uso. Desse modo, o relacionamento com o eleitorado seria a capacidade de o candidato se relacionar com seus eleitores e base aliada, visando ajustar determinadas condutas ligadas à representatividade do mandato (SHAMA, 1975; NIMMO, 1975; NEWMAN e SHETH, 1985);

g) *imagem*: a aparência do produto é o padrão de beleza percebido pelos consumidores, então a imagem do candidato, correspondentemente, seria os atributos materiais e imateriais da apresentação dele, envolvendo características como postura, civilidade, expressão, persuasão, segurança, conhecimento, cortesia e educação, dentre outros (SHAMA, 1975; NIMMO, 1975; NEWMAN, 1985; ROSENBERG et al., 1987; HOEGG, 2011; BREWER et al., 2014);

h) *qualidade percebida*: a qualidade percebida do produto é a percepção da qualidade sob a ótica dos consumidores quanto ao valor que confere aos resultados entregues. Assim, a qualidade percebida do candidato seria a

visão quanto ao benefício que determinado candidato entrega, sob a ótica do eleitorado, diante das expectativas criadas pelo conjunto de elementos em jogo no debate político (NIMMO, 1975; JACOBSON, 1990; BREWER et al., 2014).

Considerando tais conceitos, a qualidade atribuída aos candidatos segue a linha proposta por Garvin (1988), demonstrando a conexão entre o *Marketing* Empresarial e o Eleitoral. Nesse sentido, comparando-se os atributos da qualidade de Garvin (1988) com as do candidato, é possível categorizá-los como se vê no Quadro 2.

Quadro 2 – Dimensões da qualidade dos produtos e dos candidatos

Atributo dos produtos	Atributo dos candidatos
Desempenho	Planejamento de governo
Características secundárias	Identificação partidária
Confiabilidade	Confiabilidade
Conformidade	Princípios morais do candidato
Durabilidade do produto	Durabilidade do candidato
Atendimento	Relacionamento com o eleitorado
Imagem do produto	Imagem do candidato
Qualidade percebida	Qualidade percebida

Fonte: Garvin (1988); Kotler (1972); Wring (1997); Jacobson (1990); Petrocik (1996); Thompson (1997); Baines et al. (2002); Norris (2004); Goren (2005); Brewer (2009); Hoegg (2011); Norris (2014).

Assim, após a fundamentação desses parâmetros para a qualidade dos candidatos, é possível estabelecer padrões gerais capazes de balizar a construção da decisão pelo voto, de maneira sistematizada e organizada, ainda que contemple questões subjetivas e personalíssimas que o eleitor por vezes decide levar em consideração.

4 A escolher candidatos com as oito dimensões da qualidade

Como visto, da mesma forma que o *marketing* faz para atingir seus objetivos, é possível utilizar os atributos da qualidade dos candidatos com *standards* pedagógicos para guiar o processo individual de síntese sobre as

opções políticas em jogo. Dessa forma, ao criar ambiente sadio de reflexão educacional organizado, no qual se possa amadurecer o convencimento sobre um voto de qualidade, exalta-se o princípio democrático em sua essência.

No presente estudo, propõe-se utilizar as dimensões da qualidade para definir níveis de preferência do eleitor segundo suas necessidades pessoais para, assim, facilitar o processo de comparação entre o ideal de qualidade e os atributos que os candidatos apresentam. Isso é possível graças à fundamentação de premissas básicas que transitam ora pela categorização de comportamentos por vezes irracionais, ora pela vontade de um modelo pedagógico que auxilie a escolha de candidatos e seja capaz de respeitar a individualidade de cada eleitor.

Todo esse processo tende a refletir o amadurecimento da educação para a cidadania, reafirmando a posição do ilustre Ministro Ricardo Lewandowski, no sentido de que “democracia sem educação cidadã é mera ilusão”. Assim, ao lado do reconhecido avanço tecnológico brasileiro na organização das eleições, é preciso promover o ambiente qualificado para a escolha de candidatos, de modo que a união desses esforços – tecnologia e educação – possa iniciar um promissor espiral de desenvolvimento, capaz de gerar a sensação de que o investimento na democracia é algo que vale a pena.

Partindo do pressuposto de que um modelo de educação inserido no contexto de disputas eleitorais deve ser capaz de respeitar as particularidades de todos os envolvidos, as hipóteses de aplicação podem ser adaptadas segundo as condições de cada docente. Nesse sentido, seja pelo intermédio de ferramentas tecnológicas desenvolvidas para esse fim, seja pela utilização de soluções manuais, é possível problematizar as oito variáveis dos candidatos e criar um ambiente reflexivo propício à decisão do eleitor.

A opção por realização de grupos focais, preparação dos recursos de recebimento dos dados, estratégias de conceituação, exposição e problematização, deve ser mediada levando em consideração a forma de abordagem, os recursos de linguagem e a profundidade adequadas a cada público-alvo. A preocupação com qualidade e a fonte da informação colocada para os participantes é essencial para o sucesso dessa fase de reflexão.

As investidas de comparação sobre eventuais *scores* dos atributos dos candidatos servirão para o amadurecimento da opinião sobre opções em jogo. Esse processo terá atingido seu objetivo quando os participantes estiverem buscando certa harmonia e equilíbrio entre a percepção dos candidatos e os ideais, os valores e os desejos individuais.

5 Conclusão

O desafio da promoção da cidadania, no atual contexto democrático – global e virtualizado –, exige dos profissionais da educação o desenvolvimento de soluções capazes de enfrentar a contingência e a complexidade naturais desse novo ambiente. Nesse sentido, inúmeras iniciativas, por vários ramos da ciência, têm se debruçado a compreender e desenvolver soluções passíveis de recolocar a educação para cidadania no cerne do discurso de promoção da democracia.

Nesse contexto, é possível trabalhar a *qualidade do voto* do eleitor, sem o risco de tocar em questões ainda delicadas como o distanciamento entre educador e educando, se o método utilizado para tanto for capaz de criar um ambiente controlado e organizado para tanto.

No presente estudo, apresentou-se um modelo pedagógico capaz de auxiliar a escolha de candidatos a cargos políticos, propondo nova forma de enxergar o problema da educação para cidadania. Esse novo modelo levou em consideração estudos já consolidados para avaliação da qualidade de candidatos e a preocupação de criar um ambiente sadio capaz de, respeitando fatores psicológicos e emocionais dos eleitores, avaliar minimamente os candidatos na disputa.

Para isso, partiu-se da premissa de que candidatos podem ser observados como produtos em um microssistema eleitoral. Dessa forma, seria possível buscar, na teoria da qualidade dos produtos, um modelo passível de adaptação para auxiliar o eleitor a identificar candidatos de qualidade.

Assim, no presente estudo, demonstrou-se, mediante plano de aplicação, como valer-se das dimensões da qualidade para definir níveis de preferência do eleitor segundo suas necessidades pessoais e, assim, facilitar o processo de comparação dos candidatos, em busca do ideal de qualidade, segundo parâmetros individuais de cada eleitor.

Referências

AGRASSAR, Ingrid. *Escola Judiciária Eleitoral do Pará: perspectivas e desafios para uma educação cidadã na Amazônia*. Denauer, p. 44, 2010.

BAINES, Paul R.; HARRIS, Phil; LEWIS, Barbara R. *The political marketing planning process: improving image and message in strategic target areas*. Marketing Intelligence & Planning, 2002.

BREWER, Mark D. *Party images in the American electorate*. Routledge, 2010.

BREWER, Paul R. et al. *Polls and elections public perceptions regarding the authenticity of the 2012 presidential candidates*. Presidential Studies Quarterly, v. 44, n. 4, p. 742-757, 2014.

CASTRO, Mônica Matta Machado de. Sujeito e estrutura no comportamento eleitoral. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 20, p. 7-19, 1992.

COIMBRA, Leonardo José Pinho; DE SOUSA, Ana Paula Ribeiro. Conservadorismo e (neo) positivismo na educação brasileira: o Movimento Escola Sem Partido. *Revista da FAEEBA-Educação e Contemporaneidade*, v. 29, n. 58, p. 67-77, 2020.

COSTA, César Augusto; LOUREIRO, Carlos Frederico. A interdisciplinaridade em Paulo Freire: aproximações político-pedagógicas para a educação ambiental crítica. *Rev. katálysis*, Florianópolis, v. 20, n. 1, p. 111-121, Apr. 2017.

DE LIMA, Paula Valim; PERONI, Vera Maria Vidal. Escola Sem Partido e as implicações para a democratização da educação. *Revista Pedagógica*, v. 20, n. 44, p. 121-136, 2018.

DOLAN, Kathleen; LYNCH, Timothy. *It takes a survey: Understanding gender stereotypes, abstract attitudes, and voting for women candidates*. American Politics Research, v. 42, n. 4, p. 656-676, 2014.

ENGEL, James F.; BLACKWELL, Roger D.; MINIARD, Paul W. *Alternative evaluation*. Consumer Behaviour. Dryden Press, Fort Worth, Texas, p. 533-556, 1993.

ENGEL, James F.; BLACKWELL, Roger D.; MINIARD, Paul W. *Consumer Behavior*. 8. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2000.

FERNANDES, Adriano Hidalgo; DE OLIVEIRA, Flávio Rodrigues; DE OLIVEIRA, Dayane Horwat Imbriani. Metodologias ativas: repensando a prática docente no contexto educacional do século XXI. *Revista Aproximação*, v. 2, n. 02, 2020.

FIGUEIREDO, Marcus Faria. *A decisão do voto-democracia e racionalidade*. Editora UFMG, 2008.

GARVIN, David A. What does “product quality” really mean. *Sloan management review*, v. 25, 1984.

GARVIN, David A.; QUALITY, Managing. The strategic and competitive edge. *Managing quality*. New York, 1988.

GONÇALVES, Caroline Schönhofen. *Distinção e educação no RS: estudo comparado do nível educacional dos eleitores e dos deputados estaduais eleitos (2015-2019)*, 2016.

HOEGG, Joandrea; LEWIS, Michael V. The impact of candidate appearance and advertising strategies on election results. *Journal of Marketing Research*, v. 48, n. 5, p. 895-909, 2011.

INÁCIO, Margarida. *O candidato político, um produto de marketing*. Uma abordagem ao marketing eleitoral. Lisboa, Coleção TESES, Universidade Lusíada Editora, 2003.

JACOBSON, Gary C. The effects of campaign spending in House elections: New evidence for old arguments. *American Journal of Political Science*, p. 334-362, 1990.

KINDER, Donald R. Political person perception: The asymmetrical influence of sentiment and choice on perceptions of presidential candidates. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 36, n. 8, p. 859, 1978.

KOTLER, Philip; LEVY, Sidney J. Broadening the concept of marketing. *Journal of marketing*, v. 33, n. 1, p. 10-15, 1969.

LAGOS, Marta; ROSE, Richard. *Young people in politics: a multicontinental survey*. Disponível em: <http://archive.idea.int/df/99df/daniela-int3.html>. Acesso em: 23.07.2020

MACHADO, Maria Berenice da Costa; NOSCHANG, Fernanda Andricópulo. Diálogos entre a publicidade e a propaganda política: anúncios de oportunidade, eleitoral ou para promover a cidadania? *Encontro Nacional de Pesquisadores em Publicidade e Propaganda* (10.: 2019 maio 22-24: São Paulo). São Paulo: USP/ECA, 2020.

MAIA E CARMO, Teresa. Comunicação Digital, Educação e Cidadania Global: um Novo Paradigma. *Educação e Tecnologias: reflexões e contribuições teórico-práticas*, 2018.

MCCLOSKEY, Herbert; HOFFMANN, Paul J.; O'HARA, Rosemary. Issue conflict and consensus among party leaders and followers. *The American Political Science Review*, v. 54, n. 2, p. 406-427, 1960.

MORAES, Lauricelia Pereira de. *Educação eleitoral para jovens e adultos na fronteira Fran-co/Brasileira: Uma abordagem à luz dos princípios constitucionais da cidadania e da democracia*, 2019.

NEVES, Ana Margarida; SEIXAS, Ana Maria; DE SOUSA, Bruno. Evolução política da educação para a cidadania a nível supranacional e nacional: uma análise documental. In: *ATAS do XIV Congresso SPCE Ciências, Culturas e Cidadanias*, 2019. p. 36.

NEWMAN, Bruce I.; SHETH, Jagdish N. A model of primary voter behavior. *Journal of Consumer Research*, v. 12, n. 2, p. 178-187, 1985.

NIMMO, Dan. Images and voters' decision-making processes. *ACR North American Advances*, 1975.

NORRIS, Pippa et al. *Electoral engineering: Voting rules and political behavior*. Cambridge university press, 2004.

NORRIS, Pippa; FRANKA, R. i Coma, FM (2014). Measuring electoral integrity around the world: a new dataset. *PS: Political Science and Politics*, v. 47, n. 4, p. 789-798.

O'CASS, Aron; PECOTICH, Anthony. The dynamics of voter behavior and influence processes in electoral markets: a consumer behavior perspective. *Journal of Business Research*, v. 58, n. 4, p. 406-413, 2005.

O'CASS, Aron. Political advertising believability and information source value during elections. *Journal of Advertising*, v. 31, n. 1, p. 63-74, 2002.

OLIVEIRA, Daniel Carvalho. 80 anos de Justiça Eleitoral: Perspectiva histórica e desafios democráticos futuros. *Paraná Eleitoral: revista brasileira de direito eleitoral e ciência política*, v. 1, n. 1, 2012.

PINO, Ivany Rodrigues et al. A educação no atual cenário político econômico mundial: A disputa eleitoral e os retrocessos na educação. *Educação & Sociedade*, v. 39, n. 144, p. 515-521, 2018.

RAIS, Diogo; FERNANDES NETO, Raimundo Augusto; CIDRÃO, Taís Vasconcelos. Psicologia política e as fake news nas eleições presidenciais de 2018. *Revista do TRE-RS: ano 24, n. 46 (jan./jun. 2019)*, 2019.

ROSENBERG, Shawn W.; MCCAFFERTY, Patrick. The image and the vote manipulating voters' preferences.. *Public Opinion Quarterly*, v. 51, n. 1, p. 31-47, 1987.

SHAMA, Avraham. Applications of marketing concepts to candidate marketing. *ACR North American Advances*, 1975.

SPAREMBERGER, Ariosto; SPAREMBERGER, Cristian. O processo de decisão de voto: uma revisão bibliográfica dos modelos teóricos da decisão de voto dos eleitores. *Paraná Eleitoral: Revista Brasileira de Direito Eleitoral e Ciência Política*, vol. 7, n. 1 (2018), 2018.

THOMPSON, Seth; STECKENRIDER, Janie. The relative irrelevance of candidate sex. *Women & Politics*, v. 17, n. 4, p. 71-92, 1997.

TODOROV, Alexander et al. Inferences of competence from faces predict election outcomes. *Science*, v. 308, n. 5728, p. 1623-1626, 2005.

WRING, Dominic. Political marketing and party development in Britain. *European Journal of Marketing*, 1996.

A JUSTIÇA ELEITORAL E O PROCESSO DE REDEMOCRATIZAÇÃO¹

(REMINISCÊNCIAS DE UM ADVOGADO-JUIZ)

PEDRO GORDILHO²

¹ Conferência pronunciada no I Congresso de Advogados do Estado da Bahia, a convite da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em 28 de outubro de 1982.

² Ex-ministro do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e advogado no Distrito Federal.

1 O juiz e a lei. 2. A fisionomia peculiar das cortes eleitorais. 3. Reminiscências, não apreciação doutrinária. 4. Traços de história recente. 5. Uma palavra final.

1 O juiz e a lei

1. “O magistrado não formula o direito, interpreta-o, apenas”. Esta é uma verdade axiomática que marca presença na consciência de todos os grandes magistrados e por isso sempre exaltada, em suas sentenças modelares, pelo grande juiz baiano Filinto Justiniano Ferreira Bastos, cujo centenário de formatura ora vem merecendo todo este preito expressivo da seccional da Ordem dos Advogados. Filinto Bastos, como se notabilizou, legou uma tradição de lucidez, inteligência e serenidade, qualidades que ostentou, segundo o testemunho de seus contemporâneos, no exercício da judicatura e no desempenho da cátedra de direito romano. Muito deve esta homenagem à realização deste I Congresso à liderança do Presidente Geraldo Sobral, que tem mostrado encontrar-se não apenas à altura, mas além das suas graves responsabilidades, o que expressa e justifica o apoio da eficiente equipe de diretores e conselheiros.
2. Aquele que se dispuser a testemunhar a marcha do Brasil no retorno à democracia – de que a anistia e a reforma partidária são os exemplos mais notáveis – deverá enaltecer a influência poderosa vinda da Ordem dos Advogados, a partir de quando trouxe, publicamente, a sua inconformidade com o modelo brasileiro. Num trabalho ciclópico, a entidade dos advogados brasileiros voltou-se, prioritariamente, para a defesa dos direitos da pessoa humana e para a restauração do Estado de direito, num esforço que dignifica a corporação e a coloca em sintonia com a nação brasileira.
3. A regra segundo a qual o magistrado não formula o direito deve ser rematada com outra: a de que a função do magistrado é exercida somente quando se estabelece um litígio, em face do caso concreto. Nem o juiz expõe o que pensa por meio de disposição geral voltada para o futuro, nem se pronuncia mediante julgamento eventualmente solicitado por algum dos outros poderes constitucionais. Essa doutrina, que está presente em todas as nações civilizadas, foi enunciada por John Marshall, quando Presidente da Corte Suprema norte-americana. Washington queria conhecer, previamente, o parecer dos membros da

Suprema Corte sobre dúvidas suscitadas por um tratado com a França. Marshall respondeu, em nome da Corte:

Por se considerarem meramente como constituindo um tribunal regular para decidir controvérsias perante eles trazidas sob uma forma preestabelecida em lei, acharam estes cavalheiros fora de propósito penetrar no campo da política, em declarando suas opiniões sobre questões não oriundas de casos judiciários submetidos ao seu *vereditum*³.

4. Isso, porém, não contém o magistrado no papel de impassível e gélido aplicador mecânico de preceitos. Seguindo a imagem que Carlos Maximiliano renunciou,⁴ existe, entre o legislador e o juiz, a mesma relação que existe entre o dramaturgo e o ator. Deve o ator atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo, porém, se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil – dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime traço pessoal à representação, empresta às cenas certo colorido, variações de matiz quase imperceptíveis; e tudo faz ressaltarem aos olhos dos espectadores maravilhosas belezas inesperadas, imprevistas. Assim o magistrado não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém, como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria-prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade. Não o considera autômato, e sim árbitro da adaptação dos textos às espécies ocorrentes, mediador esclarecido entre o direito individual e o social.
5. É no trabalho de adaptação e de aperfeiçoamento que se desenvolve o esforço cíclico do juiz. Toda ciência legal é, consciente ou inconscientemente, criadora; em outras palavras, inclina-se a ciência legal para o progresso da regra formulada, até muito além do que a regra em vigor dispõe. Os próprios *tradicionalistas*, nota Carlos Maximiliano,⁵ atribuem ao magistrado grande poder, acham natural que observe o preceito de Portalis inserto no seu *Discurso preliminar* anexo ao projeto do Código Civil francês:

³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 58.

⁴ Ed. *ibid.* p. 59.

⁵ Id. *ibid.* p. 60.

Estenda os princípios dos textos às hipóteses particulares, por uma aplicação prudente e racionada; apodere-se dos interesses que a *lei não satisfaz*, projeta-os e, por meio de tentativas contínuas, faça-os predominar.

6. E como conciliar esses pensamentos com a regra, que o tempo consagrou, que veda ao magistrado formular o direito? Tome-se por empréstimo o pragmatismo norte-americano, traduzido numa famosa sentença do Juiz Holmes, no caso *Town v. Eisner*:⁶ “Uma palavra não é um cristal, transparente e imutável; é a epiderme de um pensamento vivo e pode variar muito em cor e em conteúdo de acordo com as circunstâncias e a época em que é usada.” O *veriditum* é eterno na sua simplicidade: não pode um povo imobilizar-se dentro de uma fórmula escrita – ainda que por ele próprio promulgada, por meio de seus representantes; a fórmula indicará, de modo geral, o caminho, o traçado; valerá como guia, nunca como laço que prenda, ou nó que segure. Dilata-se, amplia-se a regra severa, ao se imprimir elasticidade por meio de interpretação.
7. Nota Carlos Maximiliano que os magistrados, oriundos do povo, devem ficar ao lado dele, e ter inteligência e coração atentos aos seus interesses e necessidades. A atividade dos pretórios não é meramente intelectual e abstrata; deve ter cunho prático e humano; revela a existência de bons sentimentos, tato, conhecimento exato das realidades duras da vida. Em resumo, é o magistrado, em escala reduzida, um sociólogo em ação, um moralista em exercício, pois a ele incube vigiar pela observação das normas reguladoras da coexistência humana, prevenir e punir sua transgressão⁷.

2 A fisionomia peculiar das Cortes Eleitorais

8. Na Justiça Eleitoral, todos esses princípios têm tido larga aplicação. As Cortes Eleitorais, como se não desconhece, têm composição *sui generis*, uma vez que existem nelas dois membros integrados na profissão de advogado e juízes de direito, com funções eleitorais, todos por prazos certos. Essa composição híbrida e transitória das Cortes Eleitorais é que, à semelhança do processo político – cuja prática lhes incumbe assegurar e cujos efeitos lhes incumbem fiscalizar –, permite a renovação em sua composição, que é, inegavelmente, indispensável

⁶ *Revista Forense*, p. 93/45

⁷ *Op. cit.* p. 60.

à permanente atualização dos princípios jurídicos que integram o Direito Eleitoral em face da constante, imoderada e, por vezes, abusiva reciclagem da ordem jurídica no plano eleitoral. Em uma palavra: é a formação compósita e efêmera das Cortes Eleitorais que lhes confere a sua feição peculiar de organismo dinâmico, que se acha, pois, em permanente atividade com a própria vida.

9. É compreensível que assim seja, uma vez que, mais do que em outro ramo qualquer do Direito, é no Direito Eleitoral que se desponta o mais largo campo à função da jurisprudência, sobretudo no Brasil, em que as garantias eleitorais foram confiadas à guarda da Justiça.
10. Essa função da jurisprudência é um requisito à efetivação, por parte da organização judiciária eleitoral, das garantias indisponíveis que constituem o *ethos* da operação eleitoral.
11. E, no Tribunal Superior Eleitoral (TSE), essa função se mostra em extenso campo de exercício, quer pela sua posição de cúpula da organização judiciária eleitoral, quer pela razão sobremodo relevante de que, cabendo ao TSE zelar pela neutralidade ou isenção das autoridades incumbidas da direção do processo eleitoral, já agora atingindo sua culminância, impõe-se-lhe ainda editar resoluções normativas de cumprimento obrigatório pelos jurisdicionados, poder que, é forçoso convir, somado às suas atribuições constitucionais e legais, confere a imponência da Corte no cipoal do denso sistema judiciário brasileiro.
12. É no Direito Eleitoral que aquelas verdades axiomáticas, que Carlos Maximiliano reeditou, se mostram em sua maior transparência: nesse relevante ramo do conhecimento jurídico está presente, de forma desenganada, o ensinamento de Del Vecchio, pelo qual a vocação de nossa consciência não tem resposta descansando na ordem estabelecida e esperando, imóvel, que a justiça sobrevenha por si só. É necessário que se exerça participação ativa e infatigável sobre o eterno drama, que tem por teatro a história e, por argumento, a luta entre o bem e o mal, o Direito e sua infração, autoridade e a liberdade.
13. A efetivação, por parte da Justiça Eleitoral, das garantias indispensáveis à serenidade e à liberdade da operação eleitoral, visível na lei, ou nela plenamente manifestada, não torna apenas simplificada a missão do julgador: impõe-se-lhe discernir entre os atos e as medidas que contaminem a operação eleitoral e aqueles outros que, por presunção

explícita ou não explícita da lei, possam degenerar o sistema de garantias aparelhado pela lei, ou simplesmente sugerido pelos princípios que a história consagrou. Como ressalta o mesmo mestre italiano, por meio da legalidade de hoje, nos corresponde preparar a de amanhã, atuando com um “perpétuo trabalho” a ideia de justiça que – imanente e sempre renascendo em nosso espírito – se encontra em todas as leis, mas não se esgota em nenhuma.

3 Reminiscências, não apreciação doutrinária

14. Hoje como simples observador – porque aqui estou não para promover, como ex-ministro, análise crítica da Corte a que tive a honra de pertencer –, não me cabe senão – atendendo ao honroso convite da Ordem dos Advogados –, tentar empreender simplesmente uma fugaz visão caleidoscópica da história recente da mais alta corte judiciária do país, reminiscências, portanto, e não apreciação doutrinária.
15. Devo acentuar, nestas recordações, que, como Corte judiciária, o TSE não pode, antecipadamente, procurar contribuir para que o processo de redemocratização se faça desta ou daquela maneira. Não pode, igualmente, convém ainda ressaltar, uma Corte judiciária bloquear a futura execução de uma lei ou impedir que se realize certo ato, senão em face do caso concreto, ou nos processos de consulta, em que responde sobre matéria eleitoral às que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político (Código Eleitoral, art. 23, XII). Dentro dessa ótica, o TSE cumpriu, gradualmente, relevante papel, buscando, de forma operosa e criativa, o aperfeiçoamento do sistema jurídico em direção ao restabelecimento das liberdades.
16. Tive a oportunidade de enaltecer esta ação edificante do TSE quando dele me despedi há dois meses. Como se trata de depoimento bem recente e que guarda sintonia com o tema que me foi proposto, peço licença para reproduzi-lo. Disse, então:

O ideal democrático está indissolavelmente ligado à ideia de liberdade. Na sua definição de senso comum, que é a melhor – governo do povo, pelo povo –, só adquire plena eficácia se se exclui o poder de uma autoridade que – sustentada pela força – não procede do povo. Na democracia subsiste a autoridade, desde que fundada na adesão livre de todos quantos lhe estão submetidos, porque ela se mantém compatível com a liberdade do cidadão. Quando essa liberdade, Senhor Presidente, é asfixiada pela ação da

autoridade, ou quando a sociedade livre extravasa interesses conflitantes, as divergências que resultam do confronto ou dos litígios têm recebido a chancela do critério clarividente do Tribunal Superior Eleitoral, do qual – por imperativo constitucional –, me despeço nesta noite.

17. Mostrei, a seguir, como se estabelecem os confrontos neste grande proscênio:

Corporação de equilíbrio e de moderação por excelência, o Tribunal Superior Eleitoral se põe, invariavelmente, como centro de gravidade da República, para onde se deslocam as atenções e os interesses indisponíveis da nação brasileira. É que a luta entre a liberdade e a autoridade encontra aqui uma arena estrepitosa para refregas e embates, que faz desta Corte, de um lado, palco para onde se voltam as expectativas dos inconformados com a ruptura da equação vigorante, e, de outro, celeiro de ideias que permitem – pela imaginosa atividade criadora de seus juízes – buscar a conciliação para o dualismo em confronto, em que a ameaça do apocalipse nem sempre deixa luz à esperança.

18. E concluí:

Na complexidade da hora presente, Senhor Presidente, somente um abrigo pode encontrar o julgador lúcido para não sucumbir entre as imprecizações de favoritismo, a sedução do poder oferecido, ou o desvio da atividade judiciária pelo uso distorcido e incoerente do *legalismo*: o abrigo de sua independência, de suas virtudes morais, de equilíbrio, honradez e serenidade, qualidade e predicamentos de que o Tribunal Superior Eleitoral – a que procurei servir, durante todos esses anos, com espírito de renúncia, mas com liberdade e firmeza – tem oferecido à nação brasileira edificantes exemplos.

19. Vou recuar no tempo e entoar recordações sem qualquer preocupação com a sequência lógica ou cronológica. Neste mero trabalho de memória, em que se evita enunciar juízos de valor, peço que vejam no expositor menos um ex-integrante da Corte e mais o advogado e observador atento à vida institucional de seu país.

4 Traços de história recente

Como todos se recordam, a Lei Complementar nº 5/1970 estabelecia pressuposto de inelegibilidade lançado pelo seu art. 1º, I, *n*, segundo o qual era inelegível o cidadão que respondia a processo judicial, instaurado por denúncia do Ministério Público, recebida pela autoridade judiciária competente. O TSE, em plena vigência do AI-5, decretou a inconstitucionalidade desse pressuposto de inelegibilidade. Entendeu que, antes da condenação, o acusado tem, a seu favor, a presunção de inocência. Não seria crível – entendeu-se – que se atribuisse à pessoa o

direito ao procedimento legal devido, admitindo-se, ao mesmo tempo, antes de exauri-lo com a prática de todos os atos procedimentais aí supostos, sua culpabilidade anteriormente à condenação. Estaria contrariado o princípio fundamental do direito exposto por Jellinek, segundo o qual o Direito não deve ser contraditório consigo mesmo. A regra que conduz à inconstitucionalidade do preceito – sustentou-se – vem da Declaração de Direitos que, em seu art. 9º, preceitua que todo homem é presumido inocente até que ele seja declarado culpado, sendo modernamente reafirmada na Declaração Universal dos Direitos do Homem e tal é a sua importância, no plano das liberdades públicas, que o prof. Georges Burdeau, em palavras candentes, arriscou a sugestão de que o princípio deveria ser inscrito em todos os pretórios. A inconstitucionalidade veio reconhecida em face do art. 153, § 1º, da Constituição. Com efeito – entendeu-se – o cidadão que está respondendo a processo judicial, instaurado por denúncia do Ministério Público, recebida pela autoridade judiciária competente, deve ser tido como inocente, até que a condenação seja pronunciada. Negar sua elegibilidade implica violação da regra da igualdade, inscrita no preceito constitucional. Contra-argumentou-se: sustentou o Ministério Público Eleitoral que o princípio que faz presumir a inocência até a condenação, por não figurar na Constituição, é ineficaz para o fim de legitimar a decretação de inconstitucionalidade de parte do preceito complementar. A proposição foi rejeitada, como era de se esperar: decidiu-se que, ao enunciar os direitos e garantias individuais, não se limitou a Constituição a garantir *apenas* os postulados que consignou nos 35 parágrafos do art. 153. No § 36, com efeito, dispôs a Carta Magna que a “especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”. Considerou-se, então, que o princípio que presume a inocência até a condenação se insere nesta cláusula constitucional. Foi assinalado repugnar à consciência jurídica de qualquer cidadão que um regime historicamente inspirado numa constelação de valores que tem por eixo a liberdade e a igualdade, exercitadas sob a proteção da justiça, possa alienar de sua contextura este postulado que lhe é imanente. Publicistas eméritos endossam, de maneira integral, o ponto de vista de que as Constituições assumem os ideais que as germinam, mesmo que não figurem em seus textos por forma explícita. Leon Duguit sustenta a

anterioridade e a superioridade da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão sobre a Constituição. Como “regra de direito superior”, ela se impõe aos constituintes e esta supremacia “lhe assegura uma duração a que não afetam as mudanças do regime”. O prof. Duverger entende que o poder constituinte é limitado pela “organização anterior dos poderes públicos” e pelas “exigências do direito ideal”. Já o prof. Nelson Sampaio lembra as limitações oriundas das normas do Direito Internacional – inclusive a Declaração de Direitos de 1948. O Tribunal, por todas essas razões, decretou a inconstitucionalidade, na letra *n* do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 5, de 29 de abril de 1970, de expressões que incluíam, entre os pressupostos de inelegibilidade, a cláusula “ou respondam a processo judicial instaurado pela autoridade competente e absolvidos ou”.⁸ O tema está traduzido aqui por mero interesse acadêmico, uma vez que a Lei Complementar nº 42, de 1º de fevereiro de 1982, do corrente ano, eliminou do texto desta letra *n* aquele pressuposto de inelegibilidade, mantendo a inelegibilidade apenas para aqueles que houvessem sido *condenados* pelos crimes que especifica, enquanto não penalmente reabilitados, excluindo do texto a antiga cláusula que nele incluía também aqueles que respondessem a processo judicial instaurado pela autoridade competente.

20. Nas eleições que seriam realizadas no ano de 1978, algumas candidaturas a cargos eletivos foram impugnadas com fundamento no art. 1º, I, *b*, da mesma Lei Complementar nº 5, de 5 de abril de 1970. Essa regra tornava inelegível para qualquer cargo eletivo todo aquele que houvesse sido atingido por qualquer uma das sanções previstas, dentre outras hipóteses, no § 1º do art. 7º, e no art. 10 do Ato Institucional nº 1/1964. Era uma hipótese que alcançava todos aqueles que se candidatavam a cargos eletivos e que haviam sido demitidos do serviço público com fundamento naquele preceito do primeiro ato institucional. O Tribunal, num grande esforço dialético, entendeu que se tratava de sanção de natureza administrativa, e não de suspensão de direitos políticos; esta, sim, geradora de consequências jurídicas mais amplas, como então se entendia. Nesse caso, sendo sanção de natureza administrativa e decorrido o prazo de 10 anos, teriam desaparecido os efeitos daquela causa de inelegibilidade. Entendeu-se que, nos termos

⁸ Dentre outros precedentes: Recurso nº 4.466; Ac. nº 5.864, *Boletim Eleitoral*, 302:720; Recurso nº 4.469, Ac. nº 5.868, *Boletim Eleitoral*, 302:728; Recurso nº 4.477, Ac. nº 5.869, *Boletim Eleitoral*, 302:729.

do art. 151 da Constituição, cumpria ao legislador da lei complementar estabelecer o prazo dentro do qual deveria cessar a inelegibilidade do cidadão. Sendo o legislador complementar omissivo neste particular, a jurisprudência deveria suprir a omissão, admitindo-se que o prazo de cessação de inelegibilidade fosse, por construção pretoriana, fixado pelo Tribunal. Isso tudo dentro do pressuposto de ser inadmissível inelegibilidade por tempo indeterminado. Esse entendimento tornou-se *prejulgado* para as eleições de 1978, porque, tomado no Acórdão nº 6.461, devia ser observado nos casos que se lhe sucedessem, como se verificou (Acórdão nº 6.467, Recurso nº 5.060, Classe IV, São Paulo).

21. Pouco depois, ainda na vigência do AI-5, despertou vivos debates a questão de saber se era elegível, antes de decorrido o prazo de 10 anos, o candidato que fora aposentado em cargo público nos termos do art. 6º, §§ 1º e 2º, do Ato Institucional nº 5/1968, sem que outras sanções lhe houvessem sido impostas. Formaram-se correntes de opinião. Alguns entenderam que o candidato era inelegível. Outros entenderam que o legislador complementar não recebeu do legislador constitucional mandado em branco. Considerou essa corrente que ao acesso aos cargos, cuja investidura se dá por eleição, o art. 151 da Constituição, formalmente, excepcionou o princípio da inelegibilidade, atribuindo à legislação complementar a faculdade de estabelecer “os casos de inelegibilidade e os prazos nos quais cessará esta”. Assinalou-se, então, que o legislador complementar não recebeu salvo-conduto, passaporte em branco. Ficou limitado, na competência de legislar para o futuro sobre os “casos de inelegibilidade”, as disponibilidades taxativamente enumeradas nos incisos I e IV do preceito constitucional, que visam à preservação do regime democrático, da probidade administrativa, da moralidade da vida pública e da normalidade das eleições contra os abusos. Assinalou-se, vivamente, que a brevidade inevitável das fórmulas constitucionais, em contraste com o amplo campo de provisão, deixa margem a acomodações com elas às vezes incompatíveis; por essa razão, às vezes, como no caso concreto foi sublinhado, buscou-se introduzir, na faixa que se supõe livre, princípios que o texto constitucional não elegeu nem autorizou. Em face de tais considerações (aqui bastante resumidas), essa corrente entendeu que o art. 151 da Constituição não autorizou o Congresso a dispor sobre inelegibilidade, sem fixar-lhe o prazo de duração; nem o liberou

para instituir casos de inelegibilidade não comportáveis na faixa estrita dos quatro incisos do art. 151 da Constituição. Verificando que nenhuma outra sanção havia sido imposta ao candidato, nem tendo sido seus direitos políticos cassados ou afetados pela aposentadoria compulsória, nem estava a hipótese enquadrada na alínea invocada pelo Ministério Público Eleitoral. A corrente que prevaleceu, todavia, com grande criatividade, entendeu que o candidato era elegível por força das características que a questão apresentava. Considerou ser legítima a fixação de 10 anos como prazo máximo de inelegibilidade. Isso não significava, entretanto, que a inelegibilidade devesse ser *sempre* por 10 anos, pois a fixação deste prazo só se justifica quando a sanção aplicada quando nada se aproxime, pela gravidade, da que gerou a suspensão dos direitos políticos. Quando se tratar de sanção de menos significação, não se justifica venha a acarretar inelegibilidade por prazo igual ao estatuído para aquele que haja incorrido na mais grave das punições, que é a suspensão dos direitos políticos. E então fixou um princípio que veio a prevalecer, e que depois foi mantido pelo Supremo Tribunal Federal: o de que, nessas hipóteses, o prazo de inelegibilidade deve ser graduado, a partir do limite mínimo de dois anos, fixado no art. 154 da Constituição. O caso então julgado, como se antevia, obteve grande repercussão, por ter sido a primeira vez em que se considerava não ser a inelegibilidade, necessariamente, por 10 anos. Mas tudo isso – assinalou a corrente que acabou prevalecendo – pela feição especial que o caso apresentava: o candidato podia ter sofrido suspensão dos direitos políticos e ter, ainda, sido demitido ou aposentado; podia, ainda, se titular de mandato eletivo, ter sido cassado, demitido ou aposentado; podia, enfim, ter sido simplesmente demitido. Entretanto – mostrou-se –, somente lhe foi imposta a sanção mínima, que é a aposentadoria. Diante, portanto, do princípio constitucional, que determina a graduação da pena entre dois a 10 anos, a conclusão a que a corrente majoritária chegou foi a de que, ao invés de estar sujeito à inelegibilidade pelo prazo máximo – 10 anos –, a inelegibilidade que pesava sobre o candidato não podia exceder o mínimo – dois anos. Como se verificou que esse prazo já se achava ultrapassado há mais de um lustro, decidiu-se, suprimindo, por construção, lacuna da Lei de Inelegibilidade, que o candidato reunia condições de inelegibilidade. Devo dizer que este julgado pioneiro, proferido no Recurso nº 5.065

(Acórdão nº 6.482), impugnado mediante recurso extraordinário pelo Ministério Público Eleitoral, foi mantido por decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário Eleitoral nº 90.332, de São Paulo.⁹

22. Com a reforma partidária – considerados extintos os antigos movimentos, depois transformados em partidos, Arena e MDB –, novas correntes partidárias se formaram. Os pedidos de registros dos novos partidos, já obedientes à legislação resultante dessa fase de redemocratização, foram rotineiramente deferidos pelo Tribunal Superior Eleitoral (com exceção de apenas um deles), sem que se desdobrassem em debates provocados por impugnação. Um deles, particularmente, entretanto, teve seu processamento submetido a vasto contraditório, uma vez que dois grupos de pessoas haviam fundado o mesmo partido e intencionavam obter o seu registro provisório. Os dois grupos se conflitavam em torno de um mesmo partido, como se podia aferir pelos programas apresentados, que eram, em essência, os mesmos. Ambos invocavam a mesma origem que remontavam ao longínquo ano de 1945, pretendendo ser a continuação de partido extinto pelo Ato nº 2. A questão gerou grandes e eruditos debates. Foi proposto o julgamento conjunto dos dois processos, quando se apreciaria o critério para – aferida que fosse a observância dos requisitos formais da legislação para a formação de novos partidos –, verificar qual dos dois grupos deveria obter a sigla ou a legenda.¹⁰ As opções eram duas: ou o critério formal, e de aplicação simples, da antecedência (*prior in tempora, potior in jure*), ou o critério de ordem substancial que louva os princípios do sistema partidário, dentre os quais o da representatividade que deve ser exigida das agremiações partidárias, o Tribunal decidiu que o julgamento deveria dar-se em ordem sucessiva, começando-se pelo primeiro processo ou pelo processo do primeiro grupo, em ordem de numeração. Foi, então, conferido o registro provisório ao grupo que primeiro ajuizou o seu pedido de registro, uma vez que o pedido em conformidade com as exigências das instruções para a formação e organização dos partidos políticos. Naquela oportunidade não pôde ser apreciada – uma vez que a sigla já havia sido deferida ao primeiro grupo – a proposição que animou a essência da defesa do segundo grupo, que repousava na

⁹ Publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 91:325.

¹⁰ Resolução nº 10.843, publicada no *Diário da Justiça*, de 29.4.81, p. 3.663.

sua maior representatividade, tendo em conta um princípio de matiz constitucional, essencial e de observância obrigatória na vida partidária, segundo o qual, na organização dos partidos políticos, dentre outros princípios, deve ser observado o princípio que enaltece o regime *representativo* e democrático, baseado na pluralidade dos partidos e garantias dos direitos humanos fundamentais (art. 152, § 1º, I).

23. O contraditório, quanto a esta agremiação partidária, não se limitou à fase do registro provisório. Quando o partido requereu o seu registro definitivo, reabriu-se o confronto e novas impugnações foram formuladas. E, no julgamento do processo de registro definitivo do partido, o Tribunal decidiu indeferi-lo, por não considerar cumpridas as exigências constantes das instruções sobre organização dos partidos. Consignaram-se, então, dois requisitos, que não haviam sido legitimamente observados: primeiro, o de que se é a convenção municipal que vai permitir a organização do diretório regional, deve contar com a presença, por imperativo legal, dos delegados eleitos pelas convenções municipais, ou seja, os delegados dos diretórios municipais; sendo assim, a convenção municipal não se pode realizar *antes* do registro dos diretórios municipais. No tocante ao outro ponto, o Tribunal considerou inválida a constituição de diretórios municipais em municípios nos quais o número *mínimo* de filiados para *constituir diretório municipal* é superior ao número de filiados ao partido naquele município.¹¹ Foram opostos embargos de declaração pelo partido que teve o seu registro indeferido. Suscitou-se, dentre outras proposições, a ideia de que o Tribunal cometera erro material, ao adotar um critério legal para interpretar o art. 35 da Lei Orgânica dos Partidos Políticos. O julgamento embargado considerara que, em certos municípios, o partido não obtivera o número mínimo de filiados para constituir diretório municipal, razão pela qual, como disse, considerou inválida a organização do diretório regional da agremiação naquela unidade. Os embargos foram recebidos, concedendo-se o registro definitivo ao partido embargante. Considerou-se que o princípio adotado pelo Tribunal, no acórdão embargado que indeferiu o registro definitivo, desviou-se do critério legal, entendendo-se que tal proposição pode

¹¹ Resolução nº 11.100, publicada no *Diário da Justiça*, de 31.3.82, p. 2.792.

assumir a fisionomia de erro material, fundamento capaz de justificar o acolhimento dos embargos de declaração.¹²

24. Na Resolução nº 11.222,¹³ o Tribunal deferiu pedido de partido político, autorizando-o a realizar sessão pública destinada à difusão de seu programa, a acontecer em dia e local determinados, para posterior transmissão em âmbito nacional, simultaneamente, em rede de emissoras de rádio e de televisão.¹⁴ A questão despertou vivo interesse. A Lei Orgânica dos Partidos estabelecia que os partidos tivessem função *permanente* por meio da promoção de congressos ou sessões públicas, assegurando-se a transmissão *gratuita* desses eventos. Entretanto, o Ato Complementar nº 104/1977, mesmo reafirmando essa garantia, suspendeu, em caráter provisório, a regra da Lei Orgânica dos Partidos, quer dizer, precisamente aquela consistente na autorização para a realização de sessões públicas para a difusão do programa dos partidos, assegurando-se a transmissão gratuita pelas empresas de rádio e de televisão. O Tribunal decidiu a questão à luz da Emenda Constitucional nº 11/1978, que é a primeira grande enunciação, em nível constitucional, da chamada redemocratização. Decidiu que, tendo o art. 3º desta Emenda Constitucional revogado todos os atos institucionais e complementares “no que contrariarem a Constituição Federal”, revogados tais atos, revogado ficou, necessariamente, o Ato Complementar nº 104, pois este suspendeu a vigência de normas legais reguladoras da atuação permanente dos partidos políticos, amplamente assegurada no art. 152, § 2º, da Constituição. Considerou o Tribunal, pelo voto unânime de seus juízes, que, no quadro novo resultante da Emenda nº 11 e da nova lei que aperfeiçoou a Lei Orgânica dos Partidos, não havia mais espaço para atos complementares de cunho político, eleitoral e partidário, por não passarem tais atos de normas de acomodação indispensáveis à anterior estrutura bipartidária, todavia inconciliáveis com a plenitude de atuação que os regimes democráticos costumam assegurar aos partidos políticos organizados e registrados. Tendo o país entrado no ordenamento consagrado pelo art. 152 da Constituição, entendeu-se que norma jurídica de hierarquia inferior não pode embaraçar a atuação permanente das agremiações

¹² Resolução nº 11.120, publicada no *Diário da Justiça*, de 31.3.82, p. 2.777.

¹³ Processo nº 6.395, *Boletim Eleitoral* 370/270.

¹⁴ *Diário da Justiça*, de 10.5.82, p. 4.341.

partidárias, cuja difusão do respectivo programa constitui um dos seus aspectos essenciais.

25. Faz-se imperioso reconhecer, igualmente, que o Tribunal ofereceu certo temperamento à rigidez da lei sobre a propaganda eleitoral, no período que antecede os 60 dias imediatamente anteriores à data da realização das eleições. Dando nova interpretação aos arts. 12 e 76 da Resolução nº 10.445/1978, que disciplina a propaganda eleitoral, o Tribunal Superior Eleitoral tornou legítima a realização de debates nas emissoras de televisão, renunciando a sua anterior jurisprudência, que proibia aos responsáveis pelos programas de rádio e de televisão convidar, por conta própria, em fase de campanha eleitoral, candidatos a cargos eletivos para participarem de programas de rádio e de televisão. A finalidade da proibição era lógica, como se exaltara: evitar que surgisse uma modalidade paralela de propaganda gratuita, beneficiando apenas candidatos influentes, configurando espécie inaceitável de ajuda além da oficial, que é a única admitida. Daí entender o Tribunal que a participação de candidatos, em tais programas, constituía forma ilícita de propaganda, em face dos textos legais que não foram, obviamente, editados pelo Tribunal, cumprindo-lhes apenas aplicá-los. Reexaminando essa jurisprudência, o Tribunal, na consulta nº 6.517, entendeu que a proibição não se deve revestir de caráter absoluto, se o programa de rádio e de televisão for de natureza especial, comparecendo ao programa candidatos de agremiações partidárias distintas, desde que – aí se fez a exigência necessária – fosse assegurada a participação, no mesmo programa, de representante de cada partido organizado no respectivo estado. Desse modo – assinalou-se – não se poderá suscitar a existência de forma ilícita de propaganda, pois as vantagens serão comumente suportadas por todos os candidatos, observando-se o primado de igualdade.¹⁵
26. A certa altura, anunciou-se, pelos canais de comunicação, em nota oficial, a implementação do voto vinculado em todas as eleições municipais, estaduais e federais, majoritárias e proporcionais. E, dando-se seguimento a essa intenção previamente manifestada, encaminhou-se ao Congresso projeto de lei visando disciplinar a inovação, até então desconhecida do quadro eleitoral brasileiro.

¹⁵ Resolução nº 11.337, de 24 de junho de 1982, publicada no *Diário da Justiça* de 2.9.82, p. 8.451.

Assinalou-se, na exposição de motivos, haver necessidade de se dispor com precisão e respeito “dos atos a serem praticados sob a égide da Justiça Eleitoral, com vistas ao efetivo funcionamento do pluripartidarismo nas eleições de 1982”. Esse projeto veio a se converter na Lei nº 6.978, de 19 de janeiro de 1982, que “estabelece normas para a realização de eleições em 1982 e dá outras providências”. Algumas agremiações partidárias, entretanto, não se conformaram com o novo regime eleitoral e, por deliberação de suas convenções nacionais, decidiram incorporar-se.

27. O Tribunal já havia apreciado, anteriormente, nas Resoluções de nºs 11.101 e 11.102,¹⁶ o procedimento a ser observado na *fusão* dos partidos políticos. Nessas duas resoluções, tomadas em processo de consulta, o Tribunal Superior Eleitoral entendeu que, no pedido de fusão de dois ou mais partidos, o diretório nacional eleito pelos partidos fundidos deve promover o registro do novo partido, comprovando, entretanto, que seus estatuto e programa foram aprovados pelas convenções municipais e regionais, de conformidade com exigência que – como então se interpretou – estava contida no parágrafo único do art. 4º da Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei nº 5.682/1971). Esse entendimento, depois, foi inteiramente revisto. Como todos se recordam, dois partidos decidiram *incorporar-se*, por decisão de suas respectivas convenções nacionais extraordinárias. A Procuradoria-Geral Eleitoral, atendendo a solicitação de eleitores inconformados, ofereceu *representação* perante o Tribunal Superior Eleitoral, impugnado essa incorporação dos dois partidos. O caso foi rumoroso e objeto de amplo debate no julgamento, que durou mais de cinco horas, em que as partes produziram trabalhos jurídicos da melhor qualificação técnica e de grande erudição, sustentando suas proposições.
28. Entendeu-se que os partidos políticos não podem cristalizar-se, sob pena de se sufocarem em sua figuração de instrumento essencial da ação política, visando conquistar o poder ou participar do seu exercício. Deviam eles adaptar-se às variadas estações políticas, uma vez que eram organismos vivos, extraindo-se daí a ideia de que, tanto quanto o fato político emergente os obrigasse, nada haveria que pudesse ser invocado visando embaraçar a renovação dos partidos, até mesmo com a adoção da forma extremada de sua extinção, para o efeito de conceber-se

¹⁶ *Diário da Justiça*, de 12.2.82, p. 794 e 797.

nova agremiação política que melhor – ou mais idoneamente – viesse exprimir o papel de peça fundamental da ordem política. O Tribunal, em decisão tomada por maioria, julgou improcedente a representação da Procuradoria-Geral Eleitoral, havendo prevalecido o voto do eminente relator, Ministro Soares Muñoz.¹⁷ Este honrou sumamente o expositor que ora se dirige a esta assembleia, anotado ter aderido aos argumentos que este expositor havia proposto por ocasião das consultas relativas à fusão dos partidos políticos, quando ficara vencido. E trouxe para seu douto voto o fundamento capital daquele voto vencido, concernente à inexigibilidade da prévia manifestação, em todos os níveis da pirâmide partidária, sobre a incorporação decidida pelas convenções nacionais, aduzindo:

Posteriormente, aderi aos argumentos contrários à aplicação do art. 26 à fusão de partidos políticos, mormente em face dos fundamentos aduzidos, naquela consulta nº 6.235, pelo Ministro Pedro Gordilho: ‘Se a regra não consta do título que disciplina por inteiro a fusão dos partidos, d.v., não posso enxertá-lo com exigências que a lei não particularizou, visando ao que tenho como certo, facilitar a vida dos partidos, com registro definitivo, que intencionam fundir-se’. Este procedimento, d.v., é matéria *interna corporis*, que compete, por isso mesmo, com exclusividade, aos partidos que intencionam fundir-se por deliberação de seus órgãos supremos que são as convenções nacionais, como procurei realçar no voto proferido na Consulta nº 6.213. O Direito Público brasileiro adotou o regime de institucionalização dos partidos políticos, submetendo sua criação e ação à tutela do Tribunal Superior Eleitoral. Os preceitos editados pelo legislador complementar ou ordinário e regulamentados por instruções do Tribunal Superior Eleitoral são, de regra, prescrições de ordem pública, que visam um só objetivo: estabelecer e salvaguardar o equilíbrio social. As regras editadas com a finalidade de atingir esta meta se presumem hábeis para o objetivo proposto, não comportando, por isso mesmo, a inserção de exigências não concretamente formalizadas. Na hipótese – cabe-me lembrar ainda uma vez – entendo, d.v., que os preceitos de ordem pública que concernem à fusão de dois ou mais partidos esgotam o tema no âmbito legislativo e regulamentar (Lei Orgânica dos Partidos Políticos, art. 110, e Resolução nº 10.785, art. 159), pois contêm, exhaustivamente, toda a disciplina que se impõe observar. É inegável que se trata de preceitos de ordem pública, quer por espelharem um comando que se enquadra no domínio de Direito Público, quer por oferecerem condições e formalidades essenciais que são indispensáveis no processo de fusão de dois ou mais partidos, não se facultando aos interessados convencionarem por instrumento particular ou em desacordo com seu texto. Ora, em tais casos, segundo Carlos Maximiliano, todo acréscimo é inútil; toda restrição é prejudicial. O caso é de exegese estrita; não há margem para a interpretação extensiva, e muito menos para

¹⁷ Resolução nº 11.180, publicada no *Diário da Justiça*, de 31.3.82, p. 2.770.

analogia. ‘Só ao legislador incumbe estabelecer condições gerais da vida da sociedade; por esse motivo, só ele determina o que é de ordem pública, e, como tal peremptoriamente imposto [...]. Tudo quanto reclamou, cumpre-se; porque deixou exigir, nada obriga ao particular [...]’.¹⁸

29. Prossegue S. Ex^a, em seu douto voto:

Na solução dessa consulta prevaleceu, já disse, a aplicação à fusão de partidos, ao invés do art. 26 da Resolução nº 10.785/80, a do parágrafo único do art. 4º da Lei nº 6.767. É que, resultando da fusão de dois ou mais partidos a constituição de uma nova entidade partidária, se entendeu que o registro dessa somente será autorizado depois que tiver seu estatuto e programa aprovados nas convenções municipais, regionais e nacional. Tal dispositivo, todavia, não tem aplicação à incorporação, visto que nesta não há a constituição de novo partido político, que necessite de registro. ‘A incorporação partidária consiste em abdicar um determinado partido de sua condição autônoma para agregar-se a outro existente, com a iniciativa acolhida em convenção nacional por maioria absoluta de votos submetendo-se ao estatuto e ao programa da entidade a que se vai incorporar’.¹⁹ Penso, pois, que à incorporação de partidos políticos não se aplica tanto o art. 26 da Resolução nº 10.785/80, quanto o parágrafo único do art. 4º da Lei nº 5.682/71, redação da Lei nº 6.767/79. Na incorporação de partidos não há alteração estatutária nem de programas, nem criação de nova entidade partidária, mas apenas adoção por um partido do estatuto e do programa do outro.

30. Em face de tais considerações, decidiu o Tribunal que a “incorporação de um partido político por outro não está sujeita a prévia manifestação de todas as convenções regionais e municipais (art. 26 da Resolução nº 10.785/80) [...]”.²⁰

31. A Lei nº 6.989, de 5 de maio de 1982, introduziu nova alteração nas regras eleitorais então vigentes. Em seus arts. 4º, 5º e 6º, revogou preceitos do Código Eleitoral que permitiam o voto do eleitor apenas na sigla do partido de sua preferência, caso pretendesse votar só na legenda partidária, acrescentando mais um caso de nulidade, nas eleições pelo sistema proporcional, na hipótese de o eleitor escrever apenas a sigla partidária, não indicando o candidato de sua preferência. A extinção do voto na sigla partidária, o chamado voto de legenda, desfavorece o princípio do fortalecimento dos partidos, pois oferece como única alternativa o *candidato*, como a parte mais importante do sufrágio, *excluindo-se a legenda*. Sobre essa modificação no regime eleitoral, como se sabe, não teve o Tribunal Superior Eleitoral oportunidade de

¹⁸ MAXIMILIANO, Carlos, op. cit. p. 223.

¹⁹ RIBEIRO, Fávila, *Direito Eleitoral*, p. 240.

²⁰ *Boletim Eleitoral*, n. 368, p. 203; *Diário da Justiça* de 31.3.82.

se manifestar, por não ter sido provocado. Faço o registro apenas em obséquio à nitidez da evolução do quadro eleitoral vigente.

32. Muito se especulou sobre a resolução do Tribunal Superior Eleitoral, que aprovou o modelo de cédula eleitoral. O Tribunal esteve fiel à sentença de Rui, então mais atual do que nunca, quando advertiu não importar às Cortes judiciárias saber se os seus julgados serão ou não respeitados, se serão ou não acatados, se terão ou não execução material ante a anarquia ou as multidões revoltadas. Diante de nossos olhos, dizia o grande campeão das liberdades, não existe senão a lei nos seus preceitos, a lei no que ela exige, no que ela impõe.²¹ E o que estabelecia a lei, isto é, o Código Eleitoral, art. 103, I? Dispunha que o exercício principal da competência de aprovar o uso de cédulas oficiais em todas as eleições é do Tribunal Superior Eleitoral. Aí, neste preceito, se declara que o sigilo do voto é assegurado, dentre outras providências, mediante o uso de cédulas oficiais em todas as eleições, *de acordo com o modelo aprovado pelo Tribunal*.
33. Foi, pois, adjudicada à competência do Tribunal toda a matéria relativa ao modelo de cédula oficial. E mais: uma vez assegurada a competência, entende-se que ela foi outorgada com amplitude necessária para o exercício do poder ou o desempenho da função a que se refere o princípio legal que a assegura. É o que ficou assinalado na Resolução nº 1.369, de 5 de agosto de 1982:²²

Esta missão que o legislador eleitoral conferiu ao Tribunal Superior Eleitoral – de aprovar o modelo de cédula oficial em todas as eleições – é indelegável e intransferível. A missão, mais do que uma faculdade, representa para o Tribunal Superior Eleitoral um dever, o dever de exercitar aquela competência em toda a sua amplitude ou com a amplitude necessária para o seu exercício. E por quê? Porque ela se contém, no Código Eleitoral, no elenco de providências que se enunciam para assegurar o *sigilo do voto*. E o sigilo do voto, como condição de sua liberdade, é fundamental para a legitimidade e a verdade dos pleitos eleitorais, ressaltava o eminente Ministro Edgar Costa, com sua autoridade de ex-Presidente da Corte e autor do projeto que instituiu a primeira cédula oficial [...].

34. Prossegue a Resolução nº 11.369, de 5 de agosto de 1982:

O sufrágio é universal e o voto é direto e secreto, salvo nos casos previstos nesta Constituição [...] – prescreve a Constituição na redação da Emenda nº 1/1969, art. 148, disposição que exprime uma verdade cuja força intuitiva

²¹ BARBOSA, Rui. *Obras completas*, v. 32, t. 1, p. 153.

²² *Diário da Justiça*, de 20.8.82.

se impõe mesmo às consciências mais adversas. O Código Eleitoral, no art. 103, procurou assegurar aquele sigilo com as providências enunciadas no catálogo dos vários incisos constantes da regra. A garantia do sigilo do voto, na Constituição (redação da Emenda Constitucional nº 1/1969), está particularizada nos arts. 39, 41 e 13, § 2º, relativamente às eleições para a Câmara dos Deputados, Senado Federal, governador e vice-governador dos Estados. Ora, Sr. Presidente, se o dispositivo constitucional estabelece a garantia do sigilo do voto e se o legislador ordinário outorga ao Tribunal Superior Eleitoral a competência para adotar providências que garantam este poder constitucionalmente outorgado, entre as quais está a *escolha do modelo de cédula eleitoral* (Código Eleitoral, art. 103, I), cumpre ao Tribunal Superior Eleitoral exercer esta competência, instituindo um modelo de cédula oficial que vise garantir, em toda a plenitude, a lisura, a liberdade e a sinceridade do sufrágio.

35. Não prevaleceu, como a história recente retrata, o modelo de cédula oficial aprovado pelo Tribunal Superior Eleitoral no exercício de sua competência privativa. Dias após a edição daquela Resolução nº 11.369/1982, era enviada ao Senado Federal mensagem relativa a projeto de lei do Executivo, estabelecendo o modelo de cédula oficial a ser usada nas eleições de 15 de novembro de 1982 que, em 8 de setembro de 1982, conforme publicação constante do *Diário Oficial*, veio a se converter na Lei nº 7.021, de 6 de setembro de 1982.

5 Uma palavra final

36. Aí está, senhoras e senhores, debuxado de forma pouco simétrica, desvalioso perfil da atuação do órgão de cúpula da Justiça Eleitoral nestes últimos anos. Se o Tribunal contribuiu para o aperfeiçoamento democrático? Não tenho hesitação em afirmar que foi um órgão que não faltou à nação brasileira. Foi avidamente criticado, críticas, muitas vezes, como seus autores, destituídas de bom gosto. É, porém, melhor qualquer espécie de crítica do que nenhuma crítica. As águas que se movem são cheias de vida e saúde; somente nas águas quietas há estagnação e morte, já o dizia, em 1898, o Justice Brewer, numa observação sempre reproduzida pelos historiadores da Suprema Corte norte-americana.
37. Tenho convicção de que, ao observador arguto e atento do meio judiciário brasileiro, os louvores prestados à Superior Corte Eleitoral superam as críticas. Nunca lhe faltaram os aplausos dos meios jurídicos, dos seus jurisdicionados, dos partidos políticos, que da instituição sempre receberam expressões de estímulo visando ao seu

fortalecimento, que tem como centro de rotação o poder que lhes é atribuído de deliberarem sobre os seus próprios destinos. Creio poder assegurar que o Tribunal Superior Eleitoral aplica as leis, buscando aperfeiçoá-las, com a consciência de que elas são editadas não somente com a finalidade de proteger a ordem estabelecida – que faz as leis – mas também e, sobretudo, para defender a liberdade. E dessa liberdade, juízes e advogados, somos todos servidores fiéis, como a entendia o adorável louco de Cervantes, ao enunciá-la dessa maneira singela, mas eterna: “[...] a liberdade, Sancho, é um dos mais preciosos bens que os céus deram aos homens; com ela não podem igualar-se os tesouros que a terra guarda, e o mar encobre: pela liberdade, assim como pela honra, se pode e se deve aventurar a vida”.

**LOS CONTENIDOS MÍNIMOS DEL CONSTITUCIONALISMO
CLÁSICO, UN RECORRIDO POR EL ARTICULO
14 DE LA CONSTITUCION NACIONAL**

CARLOS D. LUQUE¹

¹ Universidad Nacional del Nordeste.

1 Introducción

Este trabajo buscará dar una mirada lo mas actual posible sobre el artículo 14 de la Constitución Nacional en cuanto a dos aspectos principales, el mas amplio que tiene que ver con el estado actual y operativo (o no) del catalogo de derechos civiles que allí se enumeran y uno más breve pero también interesante de desandar como es la cuestión de la reglamentación de los mencionados derechos.

Sabemos, que al igual que todas las inspiradas en el constitucionalismo clásico (el cual tuvo su origen a fines del siglo XVIII y floreció durante el XIX) nuestra Constitución está dividida en dos partes. La primera de ellas, denominada también parte dogmática, contiene una serie de preceptos de diversa naturaleza jurídica. Éstos, en su conjunto, tienden a colocar un dique de contención al poder, tratando de limitarlo, de confinarlo, para evitar que se desboque y desmesure, usurpando así el espacio de la libertad.²

Cuando hablamos de derechos civiles estamos diciendo que, en la más tradicional de las clasificaciones, la distinción hace pie en la naturaleza del derecho y con arreglo a ella un derecho es civil cuando se titulariza en el hombre por su sola calidad de tal. Por ejemplo los derechos a la libertad ambulatoria, propiedad, comerciar, navegar, transitar, asociarse.³

En contrapartida, completando la ejemplificación, los derechos políticos se reservan a quienes tienen la investidura de ciudadanos, es decir aquellos que pueden participar en la vida política de la nación. Por ejemplo, los derechos a elegir y ser electo, a votar en una consulta popular; a la iniciativa legislativa, la constitución de partidos políticos, a resistir la opresión de un gobierno de facto, etc.

Si bien el presente recorrido se hará según el hilo conductor que tiene el propio artículo 14 de la Constitución Nacional para no rebozar esta parte dogmática con explicaciones sobre abundantes de derechos que en muchos casos se han superado.

Pero habrá por lo menos un par a los que no les ocurrió este fenómeno y por ello serán tratados no digamos con preferencia, pero si con la puntilliosidad y quizá la jerarquía que ejercen y el primero de ellos es el derecho a la vida.

² EKMEKDJIAN, Miguel A. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo I, 3° Edición actualizada por Pablo Luis Manili, Abeledo Perrot, Bs.As., 2016, p. 69.

³ MIDON, Mario. *Manual de Derecho Constitucional Argentino*. 3° Edición, La Ley, 2013, p. 318.

2 Derecho a la vida

a) comienzo de la vida

Nuestro ordenamiento jurídico es muy claro sobre el comienzo de la vida, esta comienza con la concepción en el seno materno.

Esta afirmación se apoya en las siguientes normas que tienen jerarquía constitucional:

- La Convención Americana de Derechos Humanos, con jerarquía constitucional según lo dispuesto por el artículo 75, inciso 22, segundo párrafo, de la Constitución Nacional: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho esta protegido por ley, y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. (*art.4.1*);
- La Convención sobre los Derechos del Niño, con jerarquía constitucional según lo dispuesto por la misma norma constitucional referida en el párrafo anterior y en estos términos: “La República Argentina declara que [...] debe interpretarse que se entiende por niño a todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad” (La Republica Argentina formuló la siguiente reserva, que también goza de jerarquía constitucional, al art.1 de la citada Convención en el sentido de que se considera niño “a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”)⁴ (3);
- Como si esto no fuese suficiente, la Constitución Nacional en el inciso 23 de su artículo 75 dispone que el Congreso deberá: “Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.”

b) concepción en clave convencional

Como el dialogo entre “cortes” de nuestro país y el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos no es, por llamarlo de algún modo, optimo haremos algunos comentarios y citas, a modo de dejar sentado la importancia del tema del comienzo de la vida y el error de querer resolverlo

⁴ ROSATTI, Horacio. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo I, Rubinzal Culzoni, 2010, Bs.As., p. 210.

sin conocer por lo menos un orden de prelación básico aplicable en un país y en un momento determinado, veremos entonces como la Corte Interamericana de Derechos Humanos trato el término “concepción” en el fallo *Artavia Murillo vs. Costa Rica* del año 2012.⁵

En dicho caso, relacionado con la prohibición de una fecundación in vitro, la Corte IDH se puso una meta interesante como es interpretar el término “concepción”.

La primera resolución que adoptó la Corte IDH fue bastante razonable, coincidió con distintos tribunales nacionales e internacionales en que, y en cuanto a que no existe una definición consensuada aun hoy sobre el inicio de la vida, no obstante lo cual “para la Corte es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados (in vitro) una vida humana plena”.⁶

La segunda resolución fue entender que el termino “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer dado que un embrión no implantado no tiene posibilidad alguna de sobrevivir.⁷

En cuanto a la frase o expresión “en general” del artículo 4 de la CADH infiere excepciones a la regla pero no precisa el alcance.⁸

Finalmente, y en este pequeño apartado referido a estas dos expresiones, la Corte IDH en *Artavia Murillo* estimo pertinente interpretar literalmente la expresión “en general”, afirmando que “la interpretación literal indica que dicha expresión se relaciona con la provisión de posibles excepciones a una regla particular. Los demás métodos de interpretación permitirán entender el sentido de una norma que contempla excepciones”.⁹

Pero aun así las normas deben interpretarse como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función al sistema jurídico al cual pertenecen.

Esto ultimo nos lleva a concluir que aquí en la Argentina mientras el debate no sea jurídicamente mas serio el ordenamiento jurídico y con él el orden de prelación de las leyes es muy claro como para admitir modificaciones

⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS; *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, Serie C, N°257.

⁶ MEDINA QUIROGA, Cecilia. *La Convención Americana de Derechos Humanos*. Ediciones Universidad Diego Portales, 2018, Santiago de Chile, p. 215.

⁷ Ídem.

⁸ *Ibidem*, p. 216

⁹ Ídem.

a través de humores sociales faccionados, si el norte es buscar modificar profundamente la legislación que protege el derecho a la vida los consensos deberán ser de una amplitud muy generosa.

3 Derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita

El primero de los derechos que enuncia el art. 14 es el “de trabajar”. En este contexto tal derecho significa que el individuo tiene derecho a elegir la actividad que será su medio de vida, cualquiera que sea la naturaleza de aquella (industrial, comercial, profesional, laboral en sentido estricto, etc.) sin interferencias de terceros.

Enseña Ekmekdjian que el constitucionalismo clásico pensaba al derecho de trabajar como un derecho de cada individuo frente al Estado y frente a los demás habitantes. El Estado debía, como dijimos, garantizar a cada persona la libre elección de su actividad profesional. Con tal alcance lo reconocen la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (arts. 17 y 18) y las constituciones decimonónicas, entre ellas la nuestra, en su art. 14.¹⁰

Este contenido negativo del derecho de trabajar (derecho a elegir la actividad profesional sin la interferencia de terceros) fue producto de la lógica reacción contra los regímenes impuestos por las corporaciones medievales.¹¹

El trabajo estaba protegido por el estado como “profesión” pero simplemente en ese sentido, no iba un centímetro más allá.

El art. 14 reconoce el derecho a realizar esta actividad, ejercer industria lícita, el cual – en cierto modo – es redundante porque está incluido en el más genérico concepto de “derecho de trabajar”. No obstante ello, lo analizaremos separadamente de aquél, tal como lo dispone el texto constitucional.¹²

El aspecto más vital y rico en lo tocante a la regulación de este derecho emerge con la definición de “licitud”. Para la Corte el temperamento constitucional que resuelve si una industria es lícita no puede ser el de la utilidad y conveniencia de sí misma, sino que ella no sea contraria al orden y la moral pública o perjudique a terceros.

En 1887, el guardián de la Constitución resolvió una interesante cuestión suscitada ante la clausura de que fueron objeto varios saladeros que

¹⁰ EKMEKDJIAN, Miguel A.; ob. cit., Tomo II, p. 8.

¹¹ Ídem.

¹² EKMEKDJIAN Miguel A.; ob. cit.; Tomo I, p.447.

funcionaban en Barracas. Como las condiciones en que desarrollaban sus actividades tales industrias resultaban nocivas para la salubridad de la población la Legislatura, a través de una ley, dispuso su clausura. Alegando el perjuicio que les irrogaba la medida los saladeristas acudieron a la Corte planteando la inconstitucionalidad de tal disposición.

“Los saladeristas – dijo el tribunal al desestimar la acción – no pueden invocar derechos adquiridos para comprometer la salud pública con el uso que hagan de su propiedad”. Asimismo, sostuvo que “... la autorización para el funcionamiento de un establecimiento industrial está fundada en la presunción de inocuidad del mismo, pero destruida esa presunción por los hechos el deber de proteger la salud pública recobra toda su fuerza y pueden imponerse al establecimiento nuevas condiciones y hasta retirar la autorización concedida”.¹³

“Ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública, y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que haga de su propiedad y especialmente con el uso que haga de una profesión o de una industria”.¹⁴

La reglamentación de las actividades industriales (poder de policía de la industria) es compartida por los tres niveles del gobierno. Así, hay normas de carácter nacional (v.gr., Código Alimentario Nacional), provincial (v. gr., Leys n°s 7229, 7982 y 7983 de la prov. de Buenos Aires) y municipales (v. gr., ordenanzas). La intervención del Estado en las actividades industriales no se limita a reglamentarlas (restringirlas) con miras a la salubridad, moralidad o el orden públicos, sino que también les brinda protección especial en ciertos casos, fomentando determinadas actividades industriales, ya sea mediante exenciones impositivas, créditos preferenciales, privilegios temporarios, etc. Tal es el carácter de las Leys n°s 20.545, 20.636, 21.014, 21.015, 19.831, 20.496, 19.098 y 21.608, entre otras.¹⁵

4 Derecho de navegar y comerciar

“Navegar” significa surcar el agua a bordo de un navío. El art. 14 CN que reconoce el derecho de navegar, se refiere a la navegación comercial, es decir a aquella que realiza una persona denominada armador o naviero, que es

¹³ MIDON, Mario; *Ibidem*, p. 405.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ EMEKDJIAN, Miguel A.; *Ibidem*, p. 448.

quien pone un buque equipado a disposición de otras personas o de sí mismo, para trasportar mercaderías o personas a través del mar, para pescar o bien para realizar en él cualquier otra actividad productiva.¹⁶

Explica Miguel A. Ekmekdjian que el derecho de navegar comprende:

- a) el de equipar un buque o artefacto naval y de explotarlo comercialmente;
- b) el de ejercer todas las actividades profesionales y comerciales auxiliares y vinculadas con la navegación comercial (v.gr., tripulantes de buques, agentes marítimos, seguros marítimos, sociedades de clasificación de buques, etc.).¹⁷

El derecho de navegar reconocido en este artículo se complementa con el del art. 26, que otorga la libre navegación de los ríos interiores, sujeta sólo a la reglamentación del Congreso, según lo dispone el art. 75, inc. 10 (ver sus comentarios). El derecho de navegar, al igual que casi todos los demás, está tan intensamente reglamentado por un haz tan complejo y sofisticado de normas de todo tipo, que podemos afirmar sin temor a equivocarnos que tales reglamentos lo han reducido sustancialmente.¹⁸

Así, existen leyes nacionales que reglamentan numerosos aspectos del derecho de navegar; v.gr., la Ley General de la Navegación (Ley n° 20.094); el Código Aduanero; la Ley n° 19.170, del Registro Nacional de Buques; la Ley n° 20.447, de la Marina Mercante; la Ley n° 18.250, de reserva de cargas marítimas; el Dec. Ley n° 19.492/1944, denominado Ley de Cabotaje; La Ley n° 24.093, de actividades portuarias; numerosas conferencias de fletes; aprobadas algunas por tratados internacionales, otras por acuerdos de navieros, numerosos reglamentos dictados por las autoridades marítimas (Prefectura Naval Argentina, Capitanía General de Puertos, etc.), que a veces llegan a un detallismo absurdo.¹⁹

Toda esta complejísima trama de normas ahoga y enerva, en la práctica, al derecho de navegar reconocido en este artículo.²⁰

¹⁶ Ibidem, p. 449.

¹⁷ Ibidem, 450

¹⁸ Ídem.

¹⁹ Ídem.

²⁰ Idem.

5 Derecho a entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino

Los derechos que el art. 14 enuncia en este apartado, suelen ser estudiados en forma conjunta, bajo el rótulo común de “derecho de locomoción”²¹, aquí serán vistos de manera separada analizaremos porque tienen distinta extensión y efectos.

El primer atisbo normativo de “derecho de locomoción” en lo que podemos significar como derecho patrio lo podemos ver en el Decreto de Seguridad Individual de 1813, en su artículo 7°.²²

Este derecho, claro está, no es absoluto y ya desde 1853 momento de su creación con rango constitucional existe como un derecho consustancial al ejercicio de la libertad.

La libertad de locomoción por otra parte está sujeta a reglamentación y al control de las autoridades competentes, como decía Joaquín V. González:

- A la documentación identificatoria personal exigible;
- A la documentación identificatoria vehicular exigible y al cumplimiento de los requisitos de seguridad de los vehículos utilizados para ingresar, trasladarse, egresar;
- A las diferentes modalidades de ingreso o egreso;
- A razones fundadas de seguridad y salubridad públicas;
- Eventualmente, en el caso de los extranjeros, al cumplimiento de los plazos o finalidades de sus radicación.²³

Entrar al país

Dice Ekmekdjian que el derecho de entrar en el territorio argentino debe ser analizado más detalladamente que el de transitar o de salir, por las implicancias que tiene sobre la autodefensa de la comunidad política, frente a extranjeros que pudieran perturbar el orden público, competir con los nacionales en el mercado de trabajo, afectar – en suma – el modo de vida del país.²⁴

²¹ GONZALEZ, Joaquín V. *Manual de la Constitución Argentina*. Estrada, Bs. As., 1983, p. 135.

²² Artículo 7° del Decreto de Seguridad Individual de 23 de noviembre de 1811, firmado por Chiclana, Sarratea, Paso y Rivadavia: “*Todo hombre tiene libertad para permanecer en el territorio del Estado, o abandonar cuando guste su residencia*”.

²³ ROSATTI, Horacio; *Ibidem*, p. 327.

²⁴ EKMEKDJIAN, Miguel A.; *Ibidem*, p. 457.

A su vez la Constitución Nacional ha sido muy clara, pacífica y unificadora al expresar el ideal alberdiano en sus artículos 20 y 25:

Artículo 20: – Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República.

Artículo 25: El Gobierno Federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes.

El derecho de un nacional no puede ser restringido de modo alguno. Las normas que hoy reglamentan la cuestión de modo bastante restrictivo refieren al ingreso de los extranjeros.

Fieles a la inspiración de Alberdi, los padres fundadores quisieron abrir las puertas del país a la inmigración. En tal sentido, el art. 25 establece que el gobierno fomentará la inmigración europea y no podrá restringir, limitar o gravar la entrada de los extranjeros que quieran trabajar en el país.²⁵

A partir de la vigencia de la Constitución fueron sancionadas diversas normas (leyes, decretos y resoluciones) que regulan lo relativo al ingreso en el país, tanto de inmigrantes como de extranjeros transitorios, etc., incluidos los residentes clandestinos.²⁶

Actualmente el tema de las migraciones está regido por la Ley n° 25.871, que sustituyó a la Ley n° (de facto) 22.439, la cual, a su vez, había sustituido a la anterior Ley n° 817, de inmigración, y sus normas complementarias (Dec. 1434/1987, que aprueba el Reglamento de Migraciones y sus modificaciones).²⁷

La autoridad de aplicación es la Dirección Nacional de Migraciones, que otorga los permisos de ingreso, y de residencia, los cambios de categorías, etc. (art. 107, Ley n° 25.871), pudiendo aplicar sanciones en caso de violación a sus disposiciones.²⁸

²⁵ Idem.

²⁶ Idem.

²⁷ Idem.

²⁸ Idem.

Permanecer en el país

Es complementario del anterior. De este derecho gozan tanto los argentinos como los extranjeros entrados legalmente en el país. Durante su permanencia, ya sea residente o transitorio, el extranjero está sujeto a la jurisdicción y a las leyes del Estado argentino, con las excepciones que prevé el derecho internacional (público y privado).²⁹

El derecho de permanecer en el territorio argentino no se limita a una simple presencia física en él, sino que está íntimamente relacionado con el derecho de trabajar y de contratar, mientras la persona se halle en él. Por supuesto, el argentino no tiene ningún tipo de restricción en este sentido, ni puede ser expulsado (deportado) de su país, ya que la pena de deportación o exilio forzoso, común en otras épocas, no existe hoy en los códigos penales de los países civilizados.³⁰

Con respecto a los extranjeros, en cambio, esos derechos que dan contenido concreto al de permanecer, sufren diversas limitaciones según la categoría con que el extranjero haya ingresado en el país.³¹

La Ley n° 25.871 clasifica a los extranjeros en residentes “permanentes”, “temporarios” y “transitorios” (art. 20), a los cuales se agregan los “precarios” (art. 20), los “asilados políticos” (art. 23, inc. k) y los “ilegales” (arts. 61 y ss.). Los residentes permanentes gozan de todos los derechos civiles en el país, con la misma amplitud que los argentinos (arts. 4° a 17 de la ley ya referida).³²

Los residentes temporarios gozan de los derechos civiles, pero están limitados en su derecho de trabajar al período de la autorización que les otorgue la Dirección Nacional de Migraciones (v.gr., los trabajadores de temporada, provenientes de países vecinos, los que se utilizan en tareas agrícolas, tales como la recolección de cosechas, etc.). Los residentes transitorios gozan de los derechos civiles, excepto del derecho de trabajar, que les está prohibido, salvo autorización especial. Igual limitación rige para los residentes precarios.³³

Los asilados políticos tienen limitados ciertos derechos civiles: el de transitar, el de expresar sus ideas, etc., conforme al régimen especial que se establezca (art. 25). Los residentes ilegales gozan de los derechos civiles,

²⁹ *Ibidem*, p. 458.

³⁰ *Idem*.

³¹ *Idem*.

³² *Idem*.

³³ *Idem*.

excepto el derecho de trabajar, de realizar contratos civiles o comerciales, aunque los que lleguen a realizar son válidos. La Dirección Nacional de Migraciones puede cambiar de categorías a los extranjeros, e incluso cancelar la autorización y ordenar la expulsión de los extranjeros bajo determinadas condiciones, pudiendo a tal efecto ordenar su detención. Al igual que lo expresado más arriba, es casi innecesario aclarar que tales restricciones no rigen para los argentinos.³⁴

Creemos que la reglamentación mencionada, sino es vista en su mejor luz o por el contrario si fuese objeto de un riguroso escrutinio acerca de su constitucionalidad no podemos estar seguros de que no viole el artículo 20 de la Constitución Nacional aquí transcrito.

Transcribimos a continuación la parte que consideramos más importante del régimen reglamentario mencionado para el ingreso y permanencia del país por parte de los extranjeros que se encuentra en la mencionada Ley n° 25.871:

TITULO II
DE LA ADMISION DE EXTRANJEROS A LA REPUBLICA ARGENTINA Y SUS
EXCEPCIONES
CAPITULO I
DE LAS CATEGORÍAS, REQUISITOS Y PLAZOS DE ADMISIÓN

(Denominación del Capítulo sustituido por art. 1° del Decreto n° 70/2017 B.O. 30/01/2017. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial)

ARTICULO 20. – Los extranjeros serán admitidos para ingresar y permanecer en el país en las categorías de “residentes permanentes”, “residentes temporarios”, o “residentes transitorios”.

Hasta tanto se formalice el trámite correspondiente, la Autoridad de Aplicación podrá conceder una autorización de “residencia precaria”, que será revocable por la misma, cuando se desnaturalicen los motivos que se tuvieron en cuenta para su otorgamiento. Su validez será de hasta NOVENTA (90) días corridos, pudiendo ser renovables hasta la resolución de la admisión solicitada, y habilitará a sus titulares para permanecer, salir y reingresar al territorio nacional, trabajar y estudiar durante su período de vigencia.

La extensión y renovación de la residencia precaria no genera derecho a una resolución favorable respecto de la admisión solicitada, ni resulta residencia

³⁴ Ibidem, p. 459.

válida a los efectos del arraigo, necesario para la obtención de la residencia permanente, o para la adquisición de la nacionalidad por naturalización.

Podrá otorgarse a pedido del interesado, autorización de residencia precaria, a los extranjeros sobre los cuales, por disposición judicial, recayera un impedimento de hacer abandono del país, o a aquéllos sobre quienes dicha autoridad hubiera manifestado su interés en su permanencia en la República.

(Artículo sustituido por art. 2º del Decreto nº 70/2017 B.O. 30/01/2017. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial)

ARTÍCULO 20 bis. – En caso de interposición de recursos administrativos o judiciales contra medidas de declaración de irregularidad, la autoridad de aplicación podrá otorgar un “permiso de permanencia transitoria”, que será revocable por la misma cuando se desnaturalicen los motivos que se tuvieron en cuenta para su otorgamiento.

Su validez será de hasta NOVENTA (90) días corridos, pudiendo ser renovables hasta la resolución de los recursos interpuestos, y habilitará a su titular para permanecer en el territorio nacional, estudiar y trabajar en los plazos y términos que la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES establezca durante su período de vigencia.

El “permiso de permanencia transitoria” en ningún caso habilitará el reingreso de su titular a la REPÚBLICA ARGENTINA.

(Artículo incorporado por art. 3º del Decreto nº 70/2017 B.O. 30/01/2017. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial)

ARTICULO 21. – Las solicitudes de ingreso al país que se peticionen en el territorio nacional o en el extranjero, deberán formalizarse en las condiciones de la presente ley.

ARTICULO 22. – Se considerará “residente permanente” a todo extranjero que, con el propósito de establecerse definitivamente en el país, obtenga de la Dirección Nacional de Migraciones una admisión en tal carácter. Asimismo, se considerarán residentes permanentes los inmigrantes parientes de ciudadanos argentinos, nativos o por opción, entendiéndose como tales al cónyuge, hijos y padres.

A los hijos de argentinos nativos o por opción que nacieren en el extranjero se les reconoce la condición de residentes permanentes. Las autoridades permitirán su libre ingreso y permanencia en el territorio.

ARTICULO 23. – Se considerarán “residentes temporarios” todos aquellos extranjeros que, bajo las condiciones que establezca la reglamentación, ingresen al país en las siguientes subcategorías:

a) Trabajador migrante: quien ingrese al país para dedicarse al ejercicio de alguna actividad lícita, remunerada, con autorización para permanecer en el país por un máximo de tres (3) años, prorrogables, con entradas y salidas múltiples, con permiso para trabajar bajo relación de dependencia;

b) Rentista: quien solvente su estadía en el país con recursos propios traídos desde el exterior, de las rentas que éstos produzcan o de cualquier otro ingreso lícito proveniente de fuentes externas. Podrá concederse un término de residencia de hasta tres (3) años, prorrogables, con entradas y salidas múltiples;

c) Pensionado: quien perciba de un gobierno o de organismos internacionales o de empresas particulares por servicios prestados en el exterior, una pensión cuyo monto le permita un ingreso pecuniario regular y permanente en el país. Podrá concederse un término de residencia de hasta tres (3) años, prorrogables, con entradas y salidas múltiples;

d) Inversionista: quien aporte sus propios bienes para realizar actividades de interés para el país. Podrá concederse un término de residencia de hasta tres (3) años, prorrogables, con entradas y salidas múltiples;

e) Científicos y personal especializado: quienes se dediquen a actividades científicas, de investigación, técnicas, o de asesoría, contratados por entidades públicas o privadas para efectuar trabajos de su especialidad. De igual forma, directivos, técnicos y personal administrativo de entidades públicas o privadas extranjeras de carácter comercial o industrial, trasladados desde el exterior para cubrir cargos específicos en sus empresas y que devenguen honorarios o salarios en la República Argentina. Podrá concederse un término de residencia de hasta tres (3) años, prorrogables, con entradas y salidas múltiples;

f) Deportistas y artistas: contratados en razón de su especialidad por personas físicas o jurídicas que desarrollan actividades en el país. Podrá concederse un término de residencia de hasta tres (3) años, prorrogables, con entradas y salidas múltiples;

g) Religiosos de cultos reconocidos oficialmente, con personería jurídica expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, que ingresen al país para desarrollar en forma exclusiva actividades propias de su culto. Podrá concederse un término de residencia de hasta tres (3) años, prorrogables, con entradas y salidas múltiples;

h) Pacientes bajo tratamientos médicos: para atender problemas de salud en establecimientos sanitarios públicos o privados, con autorización para permanecer en el país por un año, prorrogable, con entradas y salidas múltiples. En caso de personas menores de edad, discapacitados o enfermos que por la importancia de su patología debieran permanecer con acompañantes, esta autorización se hará extensiva a los familiares directos, representante legal o curador;

i) Académicos: para quienes ingresen al país en virtud de acuerdos académicos celebrados entre instituciones de educación superior en áreas especializadas, bajo la responsabilidad del centro superior contratante. Su vigencia será por el término de hasta un (1) año, prorrogable por idéntico período cada uno, con autorización de entradas y salidas múltiples;

j) Estudiantes: quienes ingresen al país para cursar estudios secundarios, terciarios, universitarios o especializados reconocidos, como alumnos regulares en establecimientos educativos públicos o privados reconocidos oficialmente, con autorización para permanecer en el país por dos (2) años, prorrogables, con entradas y salidas múltiples. El interesado deberá demostrar la inscripción en la institución educativa en la que cursará sus estudios y, para las sucesivas renovaciones, certificación de su condición de estudiante regular;

k) Asilados y refugiados: Aquellos que fueren reconocidos como refugiados o asilados se les concederá autorización para residir en el país por el término de dos (2) años, prorrogables cuantas veces la autoridad de aplicación en materia de asilo y refugio lo estime necesario, atendiendo a las circunstancias que determine la legislación vigente en la materia;

l) Nacionalidad: Ciudadanos nativos de Estados Parte del MERCOSUR, Chile y Bolivia, con autorización para permanecer en el país por dos (2) años, prorrogables con entradas y salidas múltiples; (Nota Infoleg: Por art. 1° de la Disposición N° 29.929/2004 de la Dirección Nacional de Migraciones B.O. 21/9/2004 se considera que el detalle de países incluidos en el presente inciso es meramente enunciativo, debiendo considerarse incluidos a todos los Estados Parte y Asociados del MERCADO COMUN DEL SUR (MERCOSUR).).

m) Razones Humanitarias: Extranjeros que invoquen razones humanitarias que justifiquen a juicio de la Dirección Nacional de Migraciones un tratamiento especial;

n) Especiales: Quienes ingresen al país por razones no contempladas en los incisos anteriores y que sean consideradas de interés por el Ministerio del Interior y el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

ARTICULO 24. – Los extranjeros que ingresen al país como “residentes transitorios” podrán ser admitidos en algunas de las siguientes subcategorías:

a) Turistas;

b) Pasajeros en tránsito;

c) Tránsito vecinal fronterizo;

d) Tripulantes del transporte internacional;

e) Trabajadores migrantes estacionales;

f) Académicos;

g) Tratamiento Médico;

h) Especiales: Extranjeros que invoquen razones que justifiquen a juicio de la Dirección Nacional de Migraciones un tratamiento especial.

ARTICULO 25. – Los extranjeros admitidos en el país como “residentes temporarios” o “residentes transitorios” podrán permanecer en el territorio nacional durante el plazo de permanencia autorizado, con sus debidas prórrogas, debiendo abandonar el mismo al expirar dicho plazo.

ARTICULO 26. – El procedimiento, requisitos y condiciones para ingresar al país, según las categorías y subcategorías mencionadas, serán fijados en el Reglamento de Migraciones.

Si por responsabilidad del organismo interviniente, los trámites demoraran más de lo estipulado, la Dirección Nacional de Migraciones deberá tomar todos los recaudos pertinentes a fin de evitar que los extranjeros, a la espera de la regularización de su residencia en el país, tengan inconvenientes derivados de tal demora.

ARTICULO 27. – Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta ley, a condición de reciprocidad, los extranjeros que fueren:

a) Agentes diplomáticos y los funcionarios consulares acreditados en la República, así como los demás miembros de las Misiones diplomáticas permanentes o especiales y de las oficinas consulares y sus familiares que, en virtud de las normas del Derecho Internacional, estén exentos de las obligaciones relativas a la obtención de una categoría migratoria de admisión;

b) Representantes y delegados, así como los demás miembros y sus familiares de las Misiones permanentes o de las Delegaciones ante los Organismos Intergubernamentales con sede en la República o en Conferencias Internacionales que se celebren en ella;

c) Funcionarios destinados en Organizaciones Internacionales o Intergubernamentales con sede en la República, así como sus familiares, a quienes los Tratados en los que la República sea parte eximan de la obligación de visación consular;

d) Titulares de visas argentinas diplomáticas, oficiales o de cortesía.

De no mediar Convenio o Tratado celebrado por la República, la admisión, ingreso, permanencia y egreso de los extranjeros contemplados en el presente artículo se regirán por las disposiciones que al efecto establezca el Poder Ejecutivo nacional.

En los casos previstos en el presente artículo la Dirección Nacional de Migraciones se limitará al contralor de la documentación en el momento del ingreso o del egreso, dejando constancia en la misma del carácter del ingreso; de la fecha del egreso y del plazo de permanencia en la República.

ARTICULO 28. – Los extranjeros incluidos en Acuerdos o Convenios de Migraciones suscriptos por la República Argentina se regirán por lo dispuesto en los mismos y por esta ley, en el supuesto más favorable para la persona migrante. El principio de igualdad de trato no se considerará afectado por la posibilidad que tiene el Estado, conforme a los procedimientos establecidos en la Constitución y las leyes, de firmar acuerdos bilaterales de alcance general y parcial, que permitan atender fenómenos específicos, como el de la migración laboral fronteriza, ni por la posibilidad de establecer esquemas diferenciados de tratamiento entre los países que con la Argentina forman parte de una región respecto de aquellos países que resulten terceros dentro del proceso de regionalización, priorizando las medidas necesarias para el logro del objetivo final de la libre circulación de personas en el MERCOSUR.

En nuestro país la Ley n° 26.165 rige todo lo respectivo a los denominados “refugiados” que son aquellos seres humanos que son protegidos por los Estados o por algunos Estados en situaciones de carácter humanitario.

Transitar y salir del país

Transitar consiste en la facultad de trasladarse de un lugar a otro del territorio argentino. Es el más amplio de los derechos que generalmente se agrupan bajo el rótulo común de “locomoción”.³⁵

Existen pocas restricciones legales a este derecho. Así, por ejemplo, podemos mencionar: los asilados políticos cuando se les hubiera limitado, los confinados durante el estado de sitio (ver comentario del art. 23), los arrestados, los condenados a pena privativa de libertad, los dementes confinados por orden judicial y, en menor grado, las personas que están afectadas de enfermedades infecto-contagiosas.³⁶

Las restricciones en estos casos rigen tanto para los argentinos como para los extranjeros. A ello se agregan, por supuesto, los distintos reglamentos de tránsito nacionales y provinciales, los reglamentos de la navegación fluvial y de cabotaje, etcétera.³⁷

En cuanto al derecho a “salir” del país es el derecho de dejar el país y dirigirse al extranjero, en forma transitoria o permanente. Este derecho no se limita a la mera posibilidad física de cruzar la frontera, sino que debe incluir lo necesario para que el viaje y la estadía sean posibles. Así, por ejemplo, las tasas elevadas a la obtención de pasaportes, las disposiciones cambiarias que limitan excesivamente o enervan la posibilidad de viajar al exterior, prohibiendo la adquisición de divisas, son inconstitucionales.³⁸

De igual manera, todo impuesto, depósito, recargo o traba de cualquier índole, que tengan por efecto impedir o dificultar el viaje, también es violatorio del derecho aquí descripto. No se nos escapa que tales restricciones pretenden, generalmente, desalentar el turismo argentino en el exterior, y con ello obtener un ahorro de divisas importante para el país. Pero no se puede pretender tal objetivo al costo de convertir al país en una gigantesca cárcel.³⁹

³⁵ *Ibidem*, p. 461.

³⁶ *Idem*.

³⁷ *Idem*.

³⁸ *Ibidem*, p. 462.

³⁹ *Idem*.

6 Derecho a publicar sus ideas por la prensa sin censura previa

La libertad de expresión enseña Gelli, constituye uno de los derechos sustantivos, naturales e inalienables de la persona. Es una manifestación anterior al Estado e integra por ello, o es una parte, de la denominada primera generación de derechos, aquella característica natural es la que hace que se considere una facultad humana anterior a la existencia del Estado y por ello deberá ser reconocido y respetado por el mismo.⁴⁰

Una segunda justificación es de tipo social en el sentido, según J. S. Mill, de que no es lo mismo creer que una idea es verdadera porque no ha podido ser refutada cada vez que fue puesta a prueba y por ello suponer que como es verdadera no debe permitirse la posibilidad de su refutación.⁴¹

La libertad de expresión en la democracia se sustenta en la necesidad de facilitar el debate acerca de las cuestiones de interés público para que el ciudadano se forme su propio juicio, critique, enmiende, discuta y perfeccione el sistema a través de su participación.⁴²

Censura previa

En su más pura acepción el vocablo refiere al examen y aprobación o tacha que anticipadamente hace alguien (generalmente la autoridad gubernamental) de ciertos materiales antes de darse a publicidad.⁴³

La metodología que pone el acento en la existencia de un censor es práctica que por sus groseras implicancias, aunque no desaparecida, ha sido sustituida por modalidades más sofisticadas entre las que se computan el acaparamiento de los stocks de papel por parte del Estado (cuando él detenta el monopolio de las ventas); las trabas y discriminaciones para importación y abastecimiento de maquinarias, repuestos o refacciones y materias primas destinadas a los servicios de prensa; la distribución discriminatoria de avisos oficiales; el secuestro de una edición o el impedimento de una emisión radial o televisiva para que dicha noticia no llegue a sus lectores, escuchas o televidentes; la clausura de un medio de difusión; el monopolio de los medios de difusión por parte de los organismos gubernamentales; las persecuciones a

⁴⁰ GELLI, María A. *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, Tomo I, 4° Edición ampliada, Bs.As., 2008, p. 127.

⁴¹ *Ibidem*, p. 128.

⁴² *Ibidem*, p. 129.

⁴³ MIDON, Mario; *Ibidem*, p. 333.

periodistas, el corte de suministro eléctrico cuando responde a motivaciones arbitrarias, etc.⁴⁴

Con miras a proteger esos abusos, el Pacto de San José de Costa Rica prescribe que no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódico, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones (art. 13, apartado 3°).⁴⁵

Caso “Verbistky”

Este caso se suscitó en razón de que un grupo de ciudadanos, a través de una solicitada, intentó expresar su reconocimiento y solidaridad a Jorge Rafael Videla, “quien como presidente de la República y comandante en Jefe del Ejército, junto a la totalidad de las Fuerzas Armadas, de seguridad y policiales, defendieron a la nación en la guerra desatada por la agresión subversiva y derrotaron a las organizaciones terroristas que pretendieron imponernos un régimen marxista” (sic).

En conocimiento de tal propósito y ante la denuncia realizada por el ciudadano Horacio Verbistky, el juez ante el cual se radicó la denuncia prohibió la difusión de dicha solicitada entendiendo que el documento, en el caso de publicarse, hubiera comportado para sus promotores la comisión del delito de apología del crimen, toda vez que la persona a quien se le reconocían tales servicios había sido condenada por la justicia, precisamente por su intervención en la llamada guerra contra la subversión.⁴⁶

La Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I, ante la cual fuera apelada la determinación del inferior revocó la resolución argumentando que:

“...la prohibición constitucional de censura previa configura un aspecto de la libertad de expresión en que esta adquiere el carácter de derecho absoluto, no susceptible de reglamentación por ley, sin perjuicio de las responsabilidades que pueden generar los abusos producidos por su ejercicio...”.

“...el carácter absoluto que posee en principio este derecho, si por tal ha de entenderse la prohibición de vedar una publicación, a pesar de que con ella se va perpetrar un delito, encuentra razón de ser en el valor político de

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Ibidem, p. 334.

⁴⁶ Idem.

esa libertad, posibilitadora de la vigencia de los valores que la Constitución consagra...”.

El razonamiento del tribunal se basó en que:

1) La garantía de la libertad de prensa supone la prohibición de toda forma de restricción o de censura sobre el material a publicarse, por parte de cualquiera de los poderes del Estado.

2) Solo es posible actuar ex post sobre la responsabilidad emergente de la publicación.

3) Excepcionalmente podrá prohibirse una publicación y aun así, deberá actuarse con criterio restringido.⁴⁷

Atendiendo al hecho de que la Cámara dejó a salvo que en caso de publicarse la solicitada sus firmantes podrían estar incurso en el delito de apología del crimen, los autores de la misma se sintieron agraviados por tal considerando y recurrieron la decisión ante la Corte, quien desestimó la pretensión por considerar que la determinación de la Cámara no causaba gravamen pues les permitía la publicación prohibida por el juez de primera instancia.⁴⁸

La responsabilidad civil de los medios. “Campillay”

Nadie puede ignorar que somos parte de una sociedad que ha potenciado la existencia de una exigente opinión pública. Todo lo que dicen los diarios, cuanto se emite por las radios, televisión o a través de cualquier medio de difusión puede afectar seriamente la reputación, honra y dignidad de una persona.⁴⁹

El caso de Julio Campillay tuvo sus orígenes en una información difundida por los diarios “La Razón” y “Diario Popular”, quienes reprodujeron una gacetilla policial de la que se desprendía que la citada persona se hallaba involucrada en la comisión de diversos hechos delictivos entre los que se computaban asociación ilícita y tráfico de estupefacientes.

Campillay, luego de ser sobreseído por esos hechos en sede penal, reclamó a los medios que habían difundido tal información un resarcimiento en concepto de daño moral.

⁴⁷ JA, 1988-III-606.

⁴⁸ MIDON, Mario; *Ibidem*, p. 335.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 341.

Lo verdaderamente significativo de éste leading case es que a través de él la Corte determina cuáles son los presupuestos con arreglo a los cuales un medio escrito ejerce el derecho de crónica para evitar ulteriores responsabilidades.

“Un enfoque adecuado a la seriedad que debe privar en la misión de difundir noticias que puedan rozar la reputación de las personas – admitida aún la imposibilidad práctica de verificar su exactitud – impone propalar la información atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente, utilizando un tiempo de verbo potencial o dejando en reserva la identidad de los implicados en el hecho ilícito”.⁵⁰

En consecuencia, para nuestra Corte cuando un medio difunde informaciones que pueden afectar la honorabilidad de una persona deben satisfacerse, al menos, estos requisitos, a saber:

- a) individualizar la fuente informativa;
- b) usar el verbo en forma potencial; o
- c) no identificar a los supuestos implicados.

Ninguno de estos recaudos había sido llenado por los medios, quienes, si bien afirmaron que habían difundido un comunicado emanado de la autoridad policial, lo tomaron como propio, sin individualizar de donde provenía esa información.

“El hecho de que las publicaciones que motivaron la condena se hayan limitado a transcribir prácticamente el comunicado policial respectivo – continúa diciendo la Corte – al margen de la responsabilidad de dicha autoridad extraña al marco del proceso no excusa la atribuible a los editores involucrados, toda vez que éstos hicieron ‘suyas’ las afirmaciones contenidas en aquél, dándolas por inexcusablemente ciertas, pese a que un prudente examen de tal memorándum evidenciaba que la versión respectiva daba cuenta de que el actor no había sido oído, ni juzgado por la autoridad judicial interviniente, la que concluyó a la postre con un sobreseimiento definitivo a su respecto”.⁵¹

⁵⁰ Fallos 308:789.

⁵¹ Fallos 321:2848.

La doctrina de la “real malicia”

En estrecha conexión con el tema de la responsabilidad de los medios de difusión, viene al caso – por sus implicancias en nuestro derecho – tratar ahora la creación de la doctrina de la “real malicia”, emanada de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, a partir del fallo recaído en el caso “New York Time Co. vs. Sullivan”.⁵²

En virtud de ella se amparan los dichos vertidos por la prensa, aún cuando sean inexactos o falsos, a menos que se pruebe de modo fehaciente que al momento de emitirla su autor lo hizo con pleno conocimiento de su falsedad o extrema imprudencia. De allí lo de “actual malicia”, con que también se la denomina.

El enunciado de la propuesta pasa por invertir la carga de la prueba en los procesos civiles y penales, cuando el afectado por la noticia es un funcionario público o una persona pública. En esos casos – para responsabilizar al autor o editor por los daños causados por la noticia – es el lesionado por la publicación quien debe demostrar en la causa que aquél que difundió la información actuó con dolo, mala fe o culpa grave.⁵³

El objeto de la doctrina ha sido el de preservar el derecho que tienen los medios para criticar el accionar de los funcionarios de un gobierno o de personas que por su gravitación en la sociedad son reputadas como públicas.⁵⁴

El caso fallado por la Corte Norteamericana tuvo como escenario temporal y político las luchas por la segregación racial registradas en la nación del norte, cuando en 1960 los integrantes de un Comité de Defensa de Martín Luther King publicó una solicitada en el diario “The New York Times”. Sintiendo agravado por los contenidos de aquella solicitada el comisario Sullivan demandó por daños y perjuicios a los firmantes de la misma y al diario que la había dado la publicidad⁵⁵. Al llegar los autos a la Corte, el tribunal sentenció que un funcionario público no puede pretender indemnizaciones alegando injuria a su honor por informaciones falsas referidas a cuestiones relacionadas con su función – y por ello de interés público – salvo que el damnificado probara que: a) fueron publicadas a sabiendas de su falsedad, o, b) con culpa grave acerca de si las mismas eran falsas.⁵⁶

⁵² 276 U.S.C. 255.

⁵³ MIDON, Mario; *Ibidem*, p. 343.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 344.

⁵⁶ GELLI, María A. *Dimensiones de la “Real Malicia” y Afectación del Honor en el Caso “Gesualdi”*, Ley n° 1997-B, p. 749.

Internet y secreto de la fuente informacón periodística

Final y brevemente decimos con la jurisprudencia⁵⁷ que los discursos emitidos por internet tienen la protección que depara la libertad de expresión y por otra parte a partir de 1994 nuestra Constitución Nacional enumera en su artículo 43 tercer párrafo algo que ya existía, pero ahora también está plasmado en la letra constitucional como es la protección del secreto de las fuentes de información periodística.

7 Libertad de cultos. Libertad de conciencia. Enseñar y aprender

Libertad de cultos y de conciencia

El artículo 14 de la Constitución Nacional reconoce el derecho a todas las personas a profesar libremente su culto.

En su aspecto positivo es el derecho a realizar todos los actos externos de reverencia, homenaje y participación en la liturgia religiosa, y en su aspecto negativo es el derecho a no ser obligado a compartir ceremonias religiosas de cualquier credo y a que la no pertenencia religiosa no genere algún efecto jurídico discriminatorio.⁵⁸

Por otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos asegura la mas amplia libertad de conciencia y religión y distingue y protege la libertad de profesar – practicar en publico o privado los ritos de cada creencia – , de la libertad de divulgar la religión, relacionando esto ultimo con la enseñanza y el proselitismo religioso, todo sujeto a las limitaciones legales que tengan por objeto proteger la seguridad, el orden, la salud, la moral pública o los derechos y libertades de los demás.⁵⁹

La libertad de culto se complementa y amplia constitucionalmente con la libertad de conciencia amparada por el derecho a la privacidad que contiene el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Esta norma protege de cualquier interferencia en la zona de reserva de la libertad personal y reconoce el derecho a la intimidad que impide al Estado y a

⁵⁷ Conf. “Vita, Leonardo G. y otro” CNFed. Crim. y Correc., sala I, 2002.

⁵⁸ GELLI, María A. *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*. Tomo I, 4° Edición ampliada, Bs.As., 2008, p. 174.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 175.

terceros de tomar conocimiento de las creencias religiosas de que las personas prefieran no manifestar.⁶⁰

Es doctrina de la Corte Suprema que la religión de las personas o sus creencias religiosas no deben ser tomadas en cuenta para restringir el ejercicio de otros derechos, por ejemplo en “Carrizo Coito” la manifestación de pertenecer a los Testigos de Jehova (religión prohibida en al Republica Argentina al momento de dictarse esta resolución) consignada en un formulario requerido por la administración no debe ser tenido en cuenta para denegar radicación o expulsar del país al extranjero pues sigue siendo una acción privada la pertenencia a un culto.⁶¹

Libertad religiosa en espacios públicos

La libertad religiosa implica el derecho a profesar el propio culto, a manifestarlo de innumerables maneras tanto en el ámbito público como privado.⁶²

En el derecho comparado se dio el caso en que una ley estatal (provincial), nos referimos al Estado de Baviera en Alemania, obligaba a las escuelas estatales publicas a colgar un crucifijo en sus aulas; esta ley fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional Alemán en la denominada “Decisión de los crucifijos” por encontrarla contraria a la libertad de creencia y de conciencia.⁶³

Según el tribunal alemán, afirma Gelli, el conflicto que surge entre el ejercicio de la libertad negativa de creencia de unos y la libertad positiva de creencia de otros no puede ser resuelto según el principio de la mayoría, pues el derecho fundamental a la libertad de creencias persigue, en forma especial, el respeto a las minorías. Esto que puede entenderse restrictivo del derecho de las mayorías debe entenderse en el contexto alemán donde estas tienen acceso a la clase de religión y a las oraciones voluntarias en los ámbitos escolares.⁶⁴

⁶⁰ Idem.

⁶¹ Fallos 304:1524.

⁶² GELLI, Maria A.; *Ibidem*, p. 177.

⁶³ *Ibidem*, p. 178.

⁶⁴ Idem.

El fallo “Castillo” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre Educación religiosa en las escuelas públicas⁶⁵

ANTECEDENTES DEL CASO.

Un grupo de madres de alumnos de escuelas públicas salteñas y la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) iniciaron una acción de amparo colectiva contra la Provincia de Salta (Ministerio de Educación) planteando la inconstitucionalidad del art. 27, inc. ñ, de la ley provincial de educación 7546.

Dicha norma dispone que la instrucción religiosa integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase, atendiendo a la creencia de los padres y tutores y que los contenidos y la habilitación docente requerirán el aval de la respectiva autoridad religiosa.

Solicitaron, además, que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 49 de la Constitución Provincial y 8°, inc. m, de la ley mencionada, que establecen que los padres o tutores tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones, para el caso de que se les otorgare una interpretación que no tuviere compatibilidad con los derechos invocados por ellas.

Consideraron que la enseñanza de la religión católica en dichas escuelas y las prácticas religiosas dentro del horario escolar resultaban violatorias de los derechos constitucionales de libertad de culto, religión y conciencia, de igualdad, educación libre de discriminación y respeto a las minorías étnicas y religiosas, y de privacidad.

La Sentencia.

La Corte comenzó por recordar que del debate de la Convención Constituyente surge que el privilegio que recibió la Iglesia Católica en la Constitución de 1853/60 como religión mayoritaria no importa que aquella sea establecida como religión de Estado, sino que el término “sostenimiento” debe entenderse limitado al “sostenimiento económico” del culto católico, en el contexto de una posición neutral del Estado en todo otro aspecto frente a las religiones.

Señaló que del debate que precedió la aprobación del inc. 19 del art. 75 – que introdujo modificaciones significativas respecto al anterior art. 67, inc. 16, surge que el constituyente persiguió un doble objetivo: consagrar expresamente con la máxima jerarquía normativa ciertos principios básicos que habían caracterizado a la educación pública argentina – como su carácter neutral y gratuito – y a la vez asegurar, mediante nuevos mecanismo, la igualdad real de oportunidades en el acceso a la educación.

⁶⁵ CSJN, Secretaría de Jurisprudencia, Fallo “Castillo” (*Educación Religiosa en la Escuela Pública*), 12 de diciembre de 2017.

Destacó el Tribunal que la noción de neutralidad comprende no solo la no preferencia respecto de ninguna posición religiosa en particular – incluso la de los no creyentes – , sino también una faz de tolerancia hacia todos aquellos que quieran profesar su culto en el ámbito escolar.

Consideró que para determinar si la norma cuestionada lesiona los derechos a la igualdad y a la no discriminación correspondía la utilización de criterios de control de control de constitucionalidad más estrictos que aquellos utilizados en un enfoque tradicional de aquella garantía. Y que, más allá de analizar la mera razonabilidad, cuando las diferencias de trato que surgen de las normas están basadas en categorías “específicamente prohibidas” o “sospechosas” corresponde aplicar un examen más riguroso, donde se parte de una presunción de invalidez y se invierte la carga de la prueba.

Afirmó entonces el Tribunal que la norma atacada – que incluye la educación religiosa en horario escolar, dentro del plan de estudios y con el aval de la respectiva autoridad religiosa – es en apariencia neutral, en tanto de su letra no surge preferencia de ningún culto respecto de otro, pero que sin embargo resulta incuestionable que el contexto social en el que se aplica la norma se caracteriza por una preponderancia de la población que profesa la religión católica.

Agregó que las constancias de la causa demuestran que en numerosas escuelas públicas salteñas se ha adoctrinado a los alumnos en el catolicismo y que también se halla debidamente probado que las prácticas y usos propios del catolicismo no se efectuaron exclusivamente en el espacio curricular destinado a la educación religiosa.

De todo ello surge que existen patrones sistemáticos de trato desigualitario hacia grupos religiosos minoritarios y hacia los no creyentes.

Concluyó la Corte que el texto del inc. “ñ” del art. 27 de la ley de educación provincial no contiene un supuesto de discriminación directa sino que, bajo la apariencia de neutralidad, tiene decisivos efectos discriminatorios y, de ese modo, viola el principio de igualdad y no discriminación que debe orientar e inspirar las políticas con miras a alcanzar una educación inclusiva que priorice la igualdad plena de oportunidades, lo que lleva a declarar su inconstitucionalidad.

También trató el Tribunal el agravio referido a la obligación impuesta a los padres de manifestar, a través de unos formularios, si querían que sus hijos reciban educación religiosa y, en caso afirmativo, en qué creencia. Consideró que la obligación de completar y entregar dicho formulario – que queda agregado al legajo escolar del alumno – resulta claramente violatorio del derecho que tiene toda persona de no revelar un aspecto de su esfera personal en tanto obliga a divulgar una faceta de la personalidad espiritual destinada a la dimensión propia de cada individuo.

Se recordó como plenamente vigente el derecho que tienen los alumnos de las escuelas públicas a recibir contenidos de historia y filosofía de las religiones dentro del plan de estudios y en horario escolar, expuestos de manera objetiva y neutral.

La Corte declaró procedente el recurso extraordinario y revocó parcialmente la sentencia apelada, declarando la inconstitucionalidad del inc. “ñ” del art. 27 de la Ley nº 7546 y de la disposición 45/09 de la Dirección General de Educación Primaria y Educación Inicial de la Provincia de Salta y, en consecuencia, de las prácticas religiosas tal como se venían desarrollando en las escuelas públicas de dicha provincia.

El Juez Rosatti, en disidencia parcial consideró que la libertad religiosa no debe ni puede ser entendida en el sentido de excluir todo lo religioso del espacio de la enseñanza escolar y, a su vez, tampoco puede implicar la coerción en la formación religiosa, cualquiera fuera ella. Así, cree que el conflicto no puede resolverse ni con la “imposición” ni con el “veto” sino maximizando el goce de los derechos constitucionales en juego.

A estos fines, consideró que el contenido de la asignatura – materializado en los planes de estudio – debe avocarse a otorgar conocimientos sobre el núcleo de las creencias y valores junto a los hechos históricos más relevantes de los cultos reconocidos oficialmente que respondan a las convicciones de los padres con una pedagogía neutral y objetiva que valide la pluralidad.

Concluyó el Juez Rosatti que la educación religiosa en las escuelas públicas salteñas, impartida dentro del horario de clase y como parte del plan de estudios no lesiona los derechos constitucionales a la libertad religiosa y de conciencia, a la igualdad y a la intimidad, a condición de no ser obligatoria o coercitiva para quienes no quieran recibirla.

Aceptó la constitucionalidad de la normativa cuestionada, pero advirtió que, en la práctica, por el modo en que el estado provincial llevó a cabo su implementación, en lugar de contribuir a los fines del pluralismo y educación integral, operó como un elemento de diferenciación y coerción entre los alumnos.

Cree entonces que la solución no puede ni debe pasar por suprimir tales normas sino por declarar la antijuridicidad de las prácticas que las desvirtúan y por establecer las condiciones necesarias para que alcancen plena vigencia.

Derecho a enseñar y aprender

En principio el artículo 75, inciso 19 de la Constitución Nacional, en armonía con la obligación para las provincias que emana de la letra del artículo 5 de la Constitución Nacional, atribuye al Congreso Nacional la legislación organizativa y base de la educación respetando, repetimos, las competencias mencionadas en el mencionado artículo 5 CN.

Desde 1994 se debe respetar los principios de gratuidad y equidad, sin distinguir niveles de enseñanza, que marca el nuevo inciso 19 del artículo 75 y que no están presentes en el clásico artículo 5 de la Constitución Nacional.

Dada la multiplicidad social admitimos adecuada la facultad de una educación intercultural a todos los habitantes, artículo 75, inciso 19 CN, y no únicamente a los pueblos indígenas según manda el artículo 75, inciso 17 CN, respetando de una vez y como quizá nunca antes las particularidades de los estados provinciales y locales.

En cuanto a la objeción de conciencia, en el caso “Barros” la Corte decidió y armonizó la objeción de conciencia de dos niños Testigos de Jehová que no hacían reverencia a los símbolos patrios lo cual les estaría valiendo la expulsión del establecimiento educativo, con la obligación estatal de brindar educación primaria.⁶⁶

En “Barros” la Corte estableció valiosa las obligaciones de respeto impuesta por el establecimiento educativo hacia los símbolos patrios, pero también actuó de la misma manera con el modo y actitud de los niños (pasiva y respetuosa ante los símbolos patrios) y finalmente privilegio el derecho constitucional de los menores de recibir educación primaria.⁶⁷

Finalmente en cuanto a la aptitud o aptitudes personales de un aspirante/s la Corte, esta vez en el caso “Almiron”, decidió que la exigencia de la visión de los dos ojos no guarda relación alguna y mucho menos de proporción con el objeto de estudiar el profesorado de geografía⁶⁸, un llamado de atención aquí hacia los otros poderes del Estado y sus autoridades que generalmente no actúan con la razonabilidad y hasta la idoneidad exigida para establecer requisitos para el ejercicio de enseñar y aprender.

8 Reglamentación de los derechos

La ley reglamentaria a la que se refiere el artículo 14 de la Constitución Nacional es la ley formal emanada del Congreso Nacional, luego el presidente por facultad atribuida por el artículo 99, inciso 2 CN puede a su vez reglamentar los pormenores de las leyes dictadas por el congreso en ocasión de la reglamentación de los artículos constitucionales.

En el marco de sus competencias también las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires también reglamentan derechos constitucionales.

⁶⁶ Fallos 301:151.

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ Fallos 305:1489.

De esto se derivan dos principios: a) no hay derecho absoluto en su ejercicio y b) solo la ley puede reglamentarlos.⁶⁹

El primero de los principios significa que los derechos son relativos, presupone que todos los derechos pueden tener limitaciones porque para el goce de estos derechos las normas imponen a su turno obligaciones a terceros.⁷⁰

El segundo principio es el de legalidad y tiene desarrollo general en el artículo 19 de la CN con aplicaciones específicas en materia penal, tributaria. El principio quedan a cargo del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial, este último a través del dictado de su sentencias en casos concretos, pero siempre aquellas estarán limitadas por la ley y la Constitución Nacional.⁷¹

Finalmente, los límites al poder reglamentario del Estado: el principio de privacidad del artículo 19 CN, que resguarda un núcleo de decisión propio y ajeno a la intromisión del Estado, y el principio de razonabilidad del artículo 28 CN que impide alterar los derechos en ejercicio de la función reglamentaria, aun en tiempo de crisis y emergencia.⁷²

⁶⁹ GELLI, Maria A.; *Ibidem*, p. 88.

⁷⁰ *Idem*.

⁷¹ *Idem*.

⁷² *Ibidem*, p. 89.



Esta obra foi composta na fonte Noto Serif, corpo 10,
entrelinhas de 14 pontos em papel Cartão Supremo 250g/m² (capa)
e papel AP 75g/m² (miolo).



EJE
Escola Judiciária Eleitoral
Tribunal Superior Eleitoral



**Tribunal
Superior
Eleitoral**

ISSN 1414 - 5146



9 771414 514001