



ISSN 2447-9403

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO

REVISTA

DEMOCRÁTICA

VOLUME 5 • 2019



Escola Judiciária
ELEITORAL

Desembargador Palmiryo Pimenta
TRE-MT



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO

REVISTA

DEMOCRÁTICA

VOLUME 5 • 2019

ISSN 2447-9403

Rev. Democrát.	Cuiabá	v. 5	p. 1-307	2019
----------------	--------	------	----------	------

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO

Composição da Escola Judiciária Eleitoral – EJE

Diretor

Antônio Veloso Peleja Júnior
Juiz-Membro do TRE-MT

Vice-Diretor

Desembargadora Marilsen Andrade Addário
Juiza-Membro do TRE-MT

Conselho Consultivo

Antônio Veloso Peleja Júnior
Diretor da EJE

Lúis Aparecido Bortolussi Júnior
Juiz-Membro

Lídio Modesto da Silva Filho
Juiz-Membro

Janis Eyer Nakahati
Secretária da EJE

Conselho Editorial da Revista da Escola Judiciária Eleitoral

Presidente

Antônio Veloso Peleja Júnior
Diretor da EJE

Titulares

Antônio Veloso P. Júnior - Juiz de Direito
Pedro Francisco da Silva - Juiz Federal
Nilson Fernando Gomes Bezerra
Júlia Viñe
Janis Eyer Nakahati
Frederico Franco Alvim
Felipe Gelbecke Simões

Suplentes

Marcela Alves Lopes Mendes de Oliveira
Lener Aparecida Galinari
Adriana das Graças Faverão

Revisão de Normas ABNT

Júlia Viñe

Catálogo na Publicação – Cuiabá, 2015.

Revista Democrática / Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso. –
Vol. 1 (2015)- . – Cuiabá: Tribunal Regional Eleitoral de
Mato Grosso, 2015 -
v. ; 23 cm.

Anual
ISSN 2447-9403

I. BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso
1. Direito eleitoral 2. Direito constitucional
3. Gestão pública

Notas

1. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.
2. Proibida a comercialização desta obra.
3. Os artigos doutrinários publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores e não refletem, necessariamente, o posicionamento deste Tribunal.
4. Disponível também em: [www.tre-mt.jus.br / eje/revistademocratica](http://www.tre-mt.jus.br/eje/revistademocratica).

Tiragem

500 exemplares.

Endereço

Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso Escola
Judiciária Eleitoral
Avenida Historiador Rubens de Mendonça, 4750 Centro
Político Administrativo, Setor E. CEP: 78050-908
Fones: (65) 3362-8123 e 3362-8156

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO

COMPOSIÇÃO DO PLENO

Presidente

Desembargador Gilberto Giraldelli

Vice-Presidente e Corregedor Regional Eleitoral

Desembargador Sebastião Barbosa Farias

Juízes-Membros Titulares

Antônio Veloso Peleja Júnior

Luís Aparecido Bortolussi Júnior

Vanessa Curti Perenha Gasques

Ricardo Gomes de Almeida

Juízes-Membros Substitutos

Desembargadora Marilsen Andrade Addário

Desembargador Rui Ramos Ribeiro

Yale Sabo Mendes

Mário Roberto Kono de Oliveira

Paulo César Alves Sodré

Jackson Francisco Coleta Coutinho

Procurador Regional Eleitoral

Pedro Melo Pouchain Ribeiro

Procurador Regional Eleitoral Substituto

Raul Batista Leite

José Ricardo Custódio de Melo

SECRETARIA DO TRIBUNAL

Diretor-Geral

Mauro Sérgio Rodrigues Diogo

Secretário Judiciário

Breno Antonio Sirugi Gasparoto

Secretária de Adm. e Orçamento

Rafael Zornitta

Secretário de Gestão de Pessoas

Valmir Nascimento Milomem Santos

Secretário de Tecnologia da Informação

Luis Cezar Darienzo Alves

APRESENTAÇÃO

O Direito Eleitoral brasileiro vivencia, na quadra atual, um turbilhão de mudanças em níveis administrativo e jurisdicional. Sem dúvidas, esse ramo do direito público experimenta extrema valorização por estar inato à consolidação da democracia, trazendo a reboque grandes alterações no cenário fático-jurídico.

Normas são aprovadas e a jurisprudência se consolida, sendo essencial a estabilidade, a integridade e a coerência dos tribunais ordinários e das cortes de vértice, de maneira pela qual haja a previsibilidade essencial à consolidação da igualdade e da segurança jurídica.

Nesse contexto, avulta-se a importância das revistas especializadas de Direito Eleitoral, que contribuem em tal missão.

Os artigos viabilizados neste quinto volume buscam sintonizar o leitor aos temas mais atuais e importantes nesse contexto.

Discussões alvissareiras, como a cota de gênero na planificação da participação feminina na política, a mutação da causa de pedir nas ações eleitorais, a propaganda antecipada, a cláusula de desempenho e o ativismo judicial, entre outros de igual importe, fazem desta edição tão bem valorizada quanto às demais já publicadas pela Revista Democrática.

Uma Corte forte depende de publicações bem abalizadas e consentâneas com as constantes mutações. É nossa pretensão.

Oferecemos este quinto volume, recheado de artigos da lavra de respeitados juristas - entre estes advogados, servidores e doutrinadores - na intenção de contribuir com a mencionada evolução do Direito Eleitoral e, quiçá, da própria democracia. Nossos agradecimentos aos doutos autores.

Esperamos que seja apetecível ao leitor e o convidamos ao desfrute de uma saborosa leitura, na intenção de que possa participar desse contexto de mudanças.

Boa leitura!

Sumário

- A cota de gênero em benefício de candidatura de mulheres:
essência, preenchimento, aferição e estatísticas9**
Cáio César Nogueira Martins
- A impossibilidade de alteração da causa de pedir após a
propositura da ação eleitoral à luz do princípio da vedação
à decisão surpresa33**
Ronaldo de Araújo Júnior
- A propaganda eleitoral antecipada.....67**
Arthur Rollo
- Ativismo Judicial e Justiça Eleitoral87**
Rodrigo López Zilio
- Cláusula de desempenho e reflexões sobre o cenário
partidário brasileiro..... 107**
Marina Almeida Morais
- Dez motivos para não votar nulo e um para votar..... 121**
Carlos Henrique Cândido
- Impactos da aprovação do Projeto de Lei (PL) 4.424/2016,
na prestação de contas dos partidos políticos..... 165**
Ivan Leite Louredo
- (Im)possibilidade de ampliação da causa de pedir na Ação de
Investigação Judicial Eleitoral..... 189**
Jéssica Silva Pires dos Santos

O Fundo Especial de Financiamento de Campanha como instrumento de financiamento público de campanhas eleitorais no Brasil: natureza e aspectos críticos221

Denise Goulart Schlickmann

Propaganda eleitoral na internet: limites do poder de polícia da Justiça Eleitoral251

Rodrigo Rodrigues Del Papa

Utilização da Escala de Fibonacci na avaliação de riscos: vantagens, aplicações e didática.....277

Benedito Antonio da Costa

A COTA DE GÊNERO EM BENEFÍCIO DE CANDIDATURA DE MULHERES: ESSÊNCIA, PREENCHIMENTO, AFERIÇÃO E ESTATÍSTICAS

Cáio César Nogueira Martins¹

RESUMO

A efetiva conquista da Capacidade Eleitoral pelas mulheres no Brasil deu-se no ano de 1932, no Governo do presidente Getúlio Vargas. Contudo, ao longo de nossa história política, observamos um enorme abismo ao compararmos o número de homens e mulheres detentores de cargos eletivos no Poder Legislativo, predominando os homens no exercício da atividade legiferante. Buscando diminuir essa desproporção contemplou-se a partir de 1995 a política afirmativa de reserva de vagas para as mulheres disputarem cargos eletivos pelo Sistema Proporcional. Mesmo com advento da Lei e posteriores reformas, ainda se observa a baixa taxa de ocupação destas nas Esferas Federal, Estadual/Distrital e Municipal. Realizar-se-á a análise do instituto a partir de apontamentos bibliográficos e documentais junto a diplomas normativos, artigos, dissertações e sites de conteúdos relevantes. Por fim, far-se-á uma análise quantitativa referente aos dados das eleições de 2008 a 2018 divulgados pelo site oficial do Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

PALAVRAS-CHAVE: 1. Candidatura 2. Cota de gênero
3. Eleições 4. Mulheres

¹ Advogado regularmente inscrito nos quadros da OAB/MG, graduado em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC), especialista em Direito Eleitoral pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG), graduado em Ciência Política pelo Centro Universitário Internacional (Uninter), graduando em Ciências Sociais pela Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG). Endereço eletrônico: <caio_martins.007@hotmail.com>.

1 A conquista dos direitos políticos pelas mulheres

Desde o início dos tempos o ser humano, observou a necessidade de se expressar e viver em harmonia com o meio que o cerca. A necessidade do homem em viver sempre no convívio com seu semelhante deu origem aos primeiros grupamentos de pessoas, estes peculiarmente familiares e nomádicos. O humano primevo deslocava seus grupamentos em prol de alimentos, esta característica dava-se principalmente pelo não domínio das técnicas de plantio.

As condições geográficas em determinadas regiões propiciaram a algumas destas tribos o estabelecimento de forma permanente em determinados lugares. A fauna e a flora diversificada contribuíram para a caça, as terras férteis e os rios para a efetivação da agricultura de subsistência, fundamental para a alimentação de todos os indivíduos do grupo.

No início a vida humana era em comunidade, ou seja, possuíam-se intensos laços afetivos, relações constantes e ideais em comum como a perpetuação da espécie e expansão da tribo. Porém, o aumento do número de membros e conseqüentemente dos limites territoriais destas comunidades fez surgir uma gradativa redução da proximidade de relacionamentos entre as pessoas, resultando na busca por ideais próprios ou de determinados grupos de menores proporções, nascia a então sociedade.

Por longos anos tinha-se a mentalidade de que a mulher era incapaz de se inserir na vida pública sem prejuízo dos afazeres do lar. Tanto que nas cidades-estados gregas – também denominadas *Polis* – havia o ponto de encontros públicos onde somente os cidadãos gregos (homens detentores de terras) podiam frequentar a fim de opinar sobre a vida social, econômica e política da cidade-estado. A chamada *Ágora* é considerada a manjedoura da Democracia; esta, porém, era excludente das mulheres, crianças, escravos e estrangeiros. Nota-se que a participação da mulher na sociedade era ínfima, pois a sua submissão ao homem a impedia de participar da vida extrafamiliar, ou

seja, pública.

As transformações sociais, econômicas e políticas ocorridas inicialmente na Europa no século XVIII alteraram o modo de produção de bens. A transição da manufatura para a maquinofatura resultou na substituição da força humana utilizada no processo produtivo pela atividade realizada pelas máquinas a vapor. A crescente demanda de operários nos centros europeus permitiu que a mão de obra feminina começasse a compor os quadros de proletariados fabris. Este fato marca a ascensão, em parte, da mulher na sociedade.

Com a inserção da mulher na sociedade através da atividade laboral surgiu no século XIX os Movimentos Feministas cujo objetivo era igualar os direitos entre ambos os sexos. Sob lentos passos estes movimentos conquistaram o direito ao voto em diversos países.

A ativista Emmeline Pankhurst, com outras, estabeleceu o Sindicato Social e Político das Mulheres (WSPU, no inglês) na Grã-Bretanha em 1903. Conhecidas como as sufragetes (ou sufragistas), essa ação de militância e de desobediência civil incluía a quebra de vidraças, ataques e incêndios criminosos. [...] Quando Pankhurst, num discurso ainda em 1913, disse “ou se matam as mulheres ou se lhes dá o voto”, chamava a atenção para a autoridade moral das sufragetes de agirem como quisessem na luta por uma causa justa e também enfatizava sua aparentemente implacável determinação em vencer (KELLY, 2013, p. 207).

Segundo Cerqueira e Cerqueira (2013, p. 121), o direito ao voto por parte das mulheres aparece no Ocidente, nos Estados Unidos em 1869, sendo incorporado à Constituição Federal apenas em 1920. Até então as mulheres eram excluídas deste direito sob a alegação de serem insensíveis e de possuírem inabilidade congênita para as questões políticas – adotava-se o sufrágio sexual.

Embora não existisse expressa vedação legal ao exercício do sufrágio por parte das mulheres no Brasil no início do século XX, tal proibição dava-se por vias transversais. Em uma sociedade onde se predominava o voto censitário e a submissão das mulheres no seio familiar – ao pai, cônjuge ou filho varão – dificilmente conseguia-se a comprovação de renda para se obter o direito ao voto.

Explica Cerqueira e Cerqueira (2013, p. 121) que o voto feminino aparece inicialmente no Brasil no ano de 1927 no Estado do Rio Grande do Norte (RN). Contudo, estes votos foram anulados, pois as mulheres participaram do processo eleitoral na escolha de Senadores, e o seu direito ao voto era limitado apenas ao âmbito estadual². Em 1928 definiam-se os eleitores como os cidadãos maiores de 21 anos, sem restrição expressa da mulher. Marieta Santiago, estudante de Direito, pleiteou e obteve êxito não apenas no direito de votar, mas também de ser votada.

A primeira prefeita eleita no Brasil, segundo Dantas (2011, p. 52), foi Alzira Soriano, pela cidade de Lages – RN, em 1928. Empossada em 1929 ela não pode terminar seu mandato em virtude de uma manobra de anulação de todos os votos das mulheres. Em 1933, com a definitiva conquista do voto feminino, Carlota Pereira de Queiroz foi eleita como Deputada Federal, participando do Poder Constituinte Originário³ em 1934.

Sobre o voto feminino diz Silva (2012, p. 14-15) que o Presidente Getúlio Vargas atendeu de forma restritiva as pretensões femininas, encarregando uma comissão para estudar o assunto em 1930 e proclamando em 24 de fevereiro de 1932 o Decreto nº 21.076, que instituiu o voto secreto e o direito ao voto às mulheres casadas. Tal

2 Antes da Constituição de 1934, os Estados possuíam autonomia para legislar sobre matéria eleitoral.

3 Poder Constituinte Originário: para Lenza (2012, p.185) é aquele que instaura uma nova ordem jurídica, rompendo por completo com a ordem jurídica precedente. É o nascimento de um novo Estado através de uma nova Constituição.

direito carecia de autorização dos maridos e em alguns casos abrangia algumas solteiras ou viúvas, condicionando-as à renda própria.

Em 1930, ano da Revolução, Getúlio Vargas em seu governo provisório encarregou uma comissão para estudar o assunto. No ano seguinte, o governo Vargas atendeu as pretensões eleitorais das mulheres homologadas no II Congresso Internacional Feminista, promovido no Rio de Janeiro. Embora não ser um profundo apreciador das aspirações feministas, Vargas proclamou, mesmo que restritivamente, em 24 de fevereiro de 1932 o Decreto nº 21.076, onde aprovava o voto secreto e o voto feminino às mulheres casadas, essas somente com autorização dos maridos e a algumas solteiras ou viúvas condicionadas a renda própria (SILVA, 2012, p. 14-15).

Mesmo com a conquista por parte das mulheres das Capacidades Eleitorais Ativa (direito de votar) e Passiva (direito de ser votada) na década de 1930, hoje pouco se observa a participação destas no processo eleitoral como candidatas. Para favorecê-las foi instituída em 1995 uma política pública afirmativa, almejando a reserva de vagas para que estas concorram a cargos eletivos. Tal contemplação ficou popularmente conhecida como Cota de Gênero.

2 A cota de gênero: a evolução dos diplomas legais no Brasil

Para Silva (2012, p. 22-23) a necessidade de equilíbrio entre os sexos motivou, principalmente na América Latina, a proposta de ação afirmativa através da Política de Cotas, onde se acreditava alcançar melhores resultados na redistribuição de cargos públicos eletivos⁴.

4 O autor complementa dizendo que, América Latina, a Argentina foi o país pioneiro na

No Brasil, tal reserva contempla apenas os cargos do Poder Legislativo disputados pelo Sistema Proporcional, a saber: Deputados Federais, Deputados Estaduais/Distritais e Vereadores.

A priori, adotou-se a reserva de 20% (vinte por cento) das vagas para as mulheres disputarem cadeiras nas Câmaras Municipais. Tal previsão ingressou no ordenamento jurídico pátrio através do Art. 11, §3º da Lei nº 9.100/95.

Com o advento da Lei nº 9.504/97, houve uma ampliação do percentual de vagas e a adoção do princípio da reserva para o sexo minoritário – seja homem ou mulher.

Art. 10 § 3º: Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo.

Mesmo com a alteração do percentual inerente à política de cotas, pouco resultado prático se obteve. A redação da época ensejava a percepção de que bastava a reserva de vagas para o sexo minoritário, em regra as mulheres, que independente de seu preenchimento o objetivo da criação deste parágrafo já estaria satisfeito. Eram vagas facultadas de ocupação, porém de reserva obrigatória, conforme ensina Cerqueira e Cerqueira (2013, p. 298).

A fim de resolver tal impasse, a redação do §3º do Art. 10, sofreu importante alteração pela Lei nº 12.034/09 (Minirreforma Eleitoral), onde foi substituído o termo “deverá reservar” por “preencherá”.

Art. 10 § 3º: Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo

implantação, no ano de 1991, posteriormente Paraguai, Uruguai, Chile, Colômbia, Venezuela e o Brasil.

de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo.

Diante da nova redação, o entendimento adotado foi de que estes 30% (trinta por cento) são de obrigatório preenchimento, não restando margem a outra interpretação pelos Partidos Políticos⁵ e Coligações⁶.

3 O preenchimento e aferição do percentual de cotas

A Convenção Partidária é o ato pelo qual são escolhidos os candidatos que participarão da disputa a determinado cargo eletivo, bem como a forma que o Partido pretende se apresentar à sociedade – isolado ou através de alianças denominadas Coligações.

Via de regra as Convenções se realizarão entre os dias 20 de julho e 5 de agosto do ano em que ocorrerá o pleito eleitoral, consoante previsão na Lei nº 9.506/97 e alteração promovida pela Lei nº 13.165/15.

5 Partido Político: para Rabello Filho (2001, p. 69) “o Partido Político é o meio pelo qual os homens exercem sua influência nas diversas esferas governativas. Por intermédio de seu estímulo de sociabilidade, os homens se associam com o intuito de compartilhar suas opiniões, objetivando conquistar um ideal comum”. Em uma visão mais clássica, Weber (1982, p. 227) define Partido como uma forma de estratificação social na qual a distribuição de poder se dá pela capacidade de controle de uma organização; a característica central do partido é o poder, e a orientação da ação social do partido é a aquisição deste poder. Segundo Sartori (2001, p. 175), o termo Partido, em seu sentido político, apareceu apenas no início do século XVIII, entretanto plenamente em uso somente a partir da metade daquele século. Os partidos tais como conhecidos hoje, entretanto, surgiram ao longo do século XIX, tomando uma forma de fato estabelecida apenas no início do século XX.

6 Coligação: é o consórcio de Partidos Políticos formados com o propósito de atuação conjunta e cooperativa na disputa eleitoral. Ensina Cerqueira e Cerqueira (2013, p. 273) que “Coligação é a aliança entre dois ou mais partidos políticos, dentro de uma mesma circunscrição, com o objetivo comum de, conjuntamente, escolherem seus candidatos para disputarem as eleições a se realizarem, seja pelo Sistema Proporcional, Majoritário ou ambos”.

Art. 8º: A escolha dos candidatos pelos partidos e a deliberação sobre coligações deverão ser feitas no período de 20 de julho a 5 de agosto do ano em que se realizarem as eleições, lavrando-se a respectiva ata em livro aberto, rubricado pela Justiça Eleitoral, publicada em vinte e quatro horas em qualquer meio de comunicação.

Pelo Sistema Proporcional (utilizado nas eleições para os cargos de Vereadores, Deputados Estaduais, Federais e Distritais), a determinação do número máximo de candidaturas por partido ou coligação dar-se-á considerando o número de vagas disponíveis em cada casa, observando as regras estabelecidas pelo Art. 10 e seus incisos I e II, da Lei nº 9.504/97, cuja redação foi alterada pela Lei nº 13.165/15. Vigê a seguinte redação:

Art. 10: Cada partido ou coligação poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, a Câmara Legislativa, as Assembleias Legislativas e as Câmaras Municipais no total de até 150% (cento e cinquenta por cento) do número de lugares a preencher, salvo:

I - nas unidades da Federação em que o número de lugares a preencher para a Câmara dos Deputados não exceder a doze, nas quais cada partido ou coligação poderá registrar candidatos a Deputado Federal e a Deputado Estadual ou Distrital no total de até 200% (duzentos por cento) das respectivas vagas;

II - nos Municípios de até cem mil eleitores, nos quais cada coligação poderá registrar candidatos no total de até 200% (duzentos por cento) do número de lugares a preencher.

Determinado o número máximo de candidatos a ser lançado, o

próximo passo é a aclamação dos nomes em convenção. Tal procedimento necessita de atenção, pois embora a escolha dos nomes seja matéria *interna corporis*, há necessidade de se observar o instituto das cotas no que diz respeito ao preenchimento mínimo de 30% de candidaturas ao sexo minoritário.

Indaga Gomes (2015, p. 306): “*e se da operação (cálculo de 30%) resultar número fracionário?*” Respondendo a pergunta, explica que quando o valor der fracionado, este “deverá” ser arredondado sempre para o próximo número inteiro.

Decorrida as Convenções faz-se necessário o preenchimento do Demonstrativo de Regularidade dos Atos Partidários, também conhecido como DRAP. É através deste instrumento que os Partidos/Coligações se apresentam a Justiça Eleitoral demonstrando a forma como pretendem concorrer às eleições. Caso não apresentado até o dia 15 de agosto, o representante partidário será notificado para fazê-lo em até 72 (setenta e duas) horas.

Válida a ressalva de que o DRAP é um dos documentos que instruem os autos de requerimento de registro de cada candidatura, logo deverá ser julgado antes destes, conforme a redação do Art. 47 da Res. nº 23.455/15 TSE:

Art. 47: O julgamento do processo principal (DRAP) precederá ao dos processos individuais de registro de candidatura, devendo o resultado daquele ser certificado nos autos destes.

Identificada alguma impropriedade no DRAP, tal como o desrespeito à Cota de Gênero, o juiz não o indeferirá de plano. Nesse caso, o Partido ou Coligação deverá ser intimado para no prazo de 72 (setenta e duas) horas sanar as falhas ou prestar esclarecimentos.

O indeferimento do DRAP resulta, conseqüentemente, no indeferimento de todos os registros de candidaturas vinculados a este, conforme dispõe o Art. 47 § único Res. nº 23.455/15 TSE.

Art. 46 [...]

Parágrafo único. O indeferimento definitivo do DRAP implica o prejuízo dos pedidos de registros de candidatura individuais a ele vinculados, inclusive aqueles já deferidos.

Ensina Queiroz (2014, p. 410-412) que se tratando de matéria cível eleitoral, admite-se apenas o Recurso Inominado contra atos, decisões, resoluções ou sentenças de juiz ou Junta Eleitoral, mesmo nas hipóteses em que no processo civil caberia agravo de instrumento ou apelação. Sendo o DRAP o processo principal, cujo deferimento instruirá o Requerimento de Candidaturas, cabe contra ele o Recurso Inominado no prazo de 3 (três dias).

Transitada em julgado a sentença de deferimento ou indeferimento do DRAP, em regra, não mais é possível arguir sobre seu conteúdo, pois se a causa de prejudicialidade fosse passível de inversão, a aprovação do DRAP seria consequência da aprovação das candidaturas, ficando a regularidade dos atos partidários à mercê da satisfação dos quesitos individuais de candidatura.

3.1 Superveniência de fatos após o julgamento do DRAP

São três os fatos que podem ocorrer após o julgamento do DRAP e que impliquem em alterações quanto ao número de candidaturas apresentadas à Justiça Eleitoral, vejamos:

- 1- Indeferimento do registro de candidatura: ocorre quando o candidato não satisfaz os requisitos de elegibilidade exigidos em lei e/ou recai em hipótese de inelegibilidade. Como exemplos podemos citar a falta de filiação partidária mínima de seis meses ou prazo diverso estabelecido em seu estatuto e a condenação criminal por órgão colegiado.

- 2- Cancelamento do registro de candidatura: ocorre por iniciativa do Partido, com amparo em seu estatuto, ou pelo óbito do candidato, tornando, em ambas as hipóteses, impossível o prosseguimento da candidatura.
- 3- Desistência do registro de candidatura: advém da vontade do candidato, de forma unilateral, a não mais permanecer no pleito eleitoral na condição de candidato.

Sendo o DRAP o momento derradeiro para aferição das cotas, como fica a situação em caso de indeferimento, cancelamento e desistência de candidaturas do sexo minoritário?

Para todas essas situações fáticas, a legislação eleitoral faculta aos Partidos e Coligações realizarem a substituição dos seus candidatos a fim de ocupar as respectivas vagas, porém, se o fizer deverá observar a Cota de Gênero – conforme dispõe o Art. 67 da Res. nº 23.455/TSE

Art. 67: É facultado ao partido político ou à coligação substituir candidato que tiver seu registro indeferido, inclusive por inelegibilidade, cancelado ou cassado, ou, ainda, que renunciar ou falecer após o termo final do prazo do registro (Lei nº 9.504/1997, art. 13, caput; Lei Complementar nº 64/1990, art. 17; e Código Eleitoral, art. 101, § 1º).

[...]

§ 6º Não será admitido o pedido de substituição de candidatos quando não forem respeitados os limites mínimo e máximo das candidaturas de cada sexo previstos no § 2º do art. 20.

3.2 Críticas aos partidos políticos

Uma crítica levantada pela professora Roberta Maia Gresta (2016), e pertinente à temática, é à postura comumente adotadas por dirigentes partidários em coagir mulheres a serem candidatas ou até mesmo lançam nomes de pessoas não filiadas como candidatas apenas para o cumprimento da cota e no momento do deferimento essas candidaturas serem indeferidas.

São fraudes comuns a serem praticadas, objetivando o preenchimento da cota:

- Candidaturas fictícias do sexo minoritário: cujos gastos de campanha e número de votos recebidos são ínfimos;
- Candidaturas com proposital documentação incompleta: que, se não sanado o vício, ocasiona o seu indeferimento;
- Substituição de candidaturas do sexo minoritário pelo majoritário após o julgamento do DRAP.

4 Estatísticas eleitorais brasileiras

As informações a seguir foram inferidas a partir de conteúdo disponível no site oficial do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), sendo posteriormente organizados em Tabelas (Anexo I e Anexo II).

4.1 Eleições locais de 2008

Nas eleições para Vereadores em 2008, constatamos a baixa participação das mulheres na disputa eleitoral. Em todas as Regiões Brasileiras⁷ o número de candidaturas de mulheres também se mostrou

⁷ Regiões Brasileiras: o Brasil é dividido geograficamente em cinco regiões, a saber:

menor do que o número de candidaturas de homens. Embora a legislação vigente reservasse 30% (trinta por cento) do número de candidaturas lançadas às mulheres, nenhuma das Regiões Brasileiras preencheu de fato este percentual.

Quanto ao número de candidatos eleitos, as mulheres se apresentaram como minoria. Destaque para o maior percentual e maior número de mulheres eleitas para a Região Nordeste, com 14,82% (quatorze vírgula oitenta e dois por cento), elegendo 2.459 (duas mil quatrocentos e cinquenta e nove) mulheres para as Câmaras Municipais.

4.2 Eleições gerais de 2010

No que se refere às eleições para Câmara dos Deputados e Assembleias Legislativas de 2010, constatamos naquelas eleições a baixa participação feminina na disputa destes cargos. Embora a legislação vigente estabelecesse o preenchimento obrigatório pelo sexo minoritário de no mínimo de 30% (trinta por cento) do número de candidaturas lançadas, nenhuma das Regiões Brasileiras, alcançou este percentual. Tal afirmativa demonstra um claro descumprimento da norma eleitoral naquele ano.

Quanto ao número de candidatos eleitos, as mulheres se apresentaram como minoria em ambos os cargos.

Das 513 (quinhentas e treze) cadeiras de Deputados Federais, as mulheres conquistaram 45 (quarenta e cinco) nas eleições de 2010.

Norte: Acre (AC), Amazonas (AM), Amapá (AP), Pará (PA), Rondônia (RO), Roraima (RR), Tocantins (TO);

Nordeste: Alagoas (AL), Bahia (BA), Ceará (CE), Maranhão (MA), Paraíba (PB), Pernambuco (PE), Piauí (PI), Rio Grande do Norte (RN), Sergipe (SE);

Centro-oeste: Goiás (GO), Mato Grosso (MT), Mato Grosso do Sul (MS), Distrito Federal (DF);

Sudeste: Espírito Santo (ES), Minas Gerais (MG), Rio de Janeiro (RJ), São Paulo (SP);
Sul: Paraná (PR), Rio Grande do Sul (RS), Santa Catarina (SC).

Este número corresponde a aproximadamente 8,77% (oito vírgula setenta e sete por cento).

O maior percentual de mulheres eleitas naquele ano foi na Região Norte, com 15,38% (quinze vírgula trinta e oito por cento), das 65 (sessenta e cinco) vagas disponíveis, 10 (dez) foram ocupadas por mulheres.

A Região que mais elegeu mulheres a Câmara dos Deputados foi a Sudeste, com 15 (quinze) eleitas; contudo das 179 (cento e setenta e nove) vagas disponíveis para a Região, apenas 8,38% (oito vírgula trinta e oito por cento) foram ocupadas por elas.

O maior percentual de Deputadas Estaduais eleitas naquele ano localiza-se na Região Norte com 15,68% (quinze vírgula sessenta e oito por cento), correspondendo a 29 (vinte e nove) vagas ocupadas por mulheres.

A Região que mais elegeu mulheres para as Assembleias Legislativas foi a Nordeste, com 52 (cinquenta e duas) eleitas, correspondendo a 15,25% (quinze vírgula vinte e cinco por cento).

4.3 Eleições locais de 2012

Nas eleições para Vereadores em 2012, também constatamos a baixa participação das mulheres na disputa destes cargos. Em todas as Regiões Brasileiras o número de candidaturas de mulheres foi menor que o número de candidaturas de homens, contudo elas conseguiram alcançar o mínimo de 30% (trinta por cento) estabelecidos em Lei⁸.

Quanto ao número de candidatos eleitos, as mulheres se apresentaram como minoria. A Região com maior percentual e maior número de mulheres eleitas neste ano foi a Nordeste com 15,54% (quinze vírgula cinquenta e quatro por cento), elegendo 2.937 (duas mil novecentos e trinta e sete) mulheres para o legislativo municipal.

8 Atendimento a Lei nº 12.034/09 (Minirreforma Eleitoral).

4.4 Eleições gerais de 2014

Sobre as eleições de 2014, também constatamos a baixa participação feminina na disputa aos cargos de Deputada Federal e Estadual/Distrital. Em todas as Regiões Brasileiras o número de candidaturas de mulheres foi menor que o número de candidaturas de homens, contudo elas conseguiram alcançar o mínimo de 30% (trinta por cento) estabelecidos em Lei.

Quanto ao número de candidatos eleitos, as mulheres se apresentaram como minoria em ambos os cargos.

Das 513 (quinhentas e treze) cadeiras de Deputados Federais as mulheres conquistaram 51 (cinquenta e uma) nas eleições de 2014. Este número corresponde a aproximadamente 9,94% (nove vírgula noventa e quatro por cento).

A Região com maior percentual de mulheres eleitas neste ano foi a Norte, com 23,08% (vinte e três vírgula zero oito por cento), das 65 (sessenta e cinco) vagas disponíveis, 15 (quinze) foram ocupadas por mulheres.

A Região que mais elegeu mulheres a este cargo foi a Sudeste, com 17 (dezesete) eleitas; contudo das 179 (cento e setenta e nove) vagas disponíveis para a Região, apenas 9,5 % (nove vírgula cinco por cento) foram ocupadas por elas.

A Região com maior percentual de Deputadas Estaduais eleitas foi a Norte com 13,51% (treze vírgula cinquenta e um por cento), correspondendo a 25 (vinte e cinco) vagas ocupadas por mulheres.

A Região que mais elegeu mulheres para as Assembleias Legislativas foi a Nordeste, com 40 (quarenta) eleitas, correspondendo a 11,73% (onze vírgula setenta e três por cento).

4.5 Eleições locais de 2016

No que tange às eleições para Vereadores em 2016, continuamos a constatar a baixa participação das mulheres na disputa destes

cargos. Em todas as Regiões Brasileiras o número de candidaturas de mulheres foi menor que o número de candidaturas de homens, contudo elas conseguiram alcançar o mínimo de 30% (trinta por cento) estabelecidos em Lei.

Quanto ao número de candidatos eleitos, as mulheres se apresentaram como minoria. A Região com maior percentual e maior número de mulheres eleitas neste ano foi a Nordeste com 15,15% (quinze vírgula quinze por cento), elegendo 2.881 (duas mil oitocentos e oitenta e uma) mulheres para as Câmaras Municipais.

4.6 Eleições gerais de 2018

Sobre as eleições de 2018, mais uma vez constatamos a baixa participação feminina na disputa aos mesmos cargos analisados anteriormente. Em todas as Regiões Brasileiras o número de candidaturas de mulheres foi menor que o número de candidaturas de homens, contudo elas conseguiram alcançar o mínimo de 30% (trinta por cento) estabelecidos em Lei.

Quanto ao número de candidatos eleitos, as mulheres se apresentaram como minoria em ambos os cargos.

Das 513 (quinhentas e treze) cadeiras de Deputados Federais as mulheres conquistaram 77 (setenta e sete) nas eleições de 2018. Este número corresponde a aproximadamente 15,00% (quinze por cento).

A Região com maior percentual de mulheres eleitas neste ano foi a Região Norte, com 23,08% (vinte e três vírgula zero oito por cento), das 65 (sessenta e cinco) vagas disponíveis, 15 (quinze) foram ocupadas por mulheres.

A Região que mais elegeu mulheres a este cargo foi a Sudeste, com 28 (vinte e oito) eleitas; contudo das 179 (cento e setenta e nove) vagas disponíveis para a Região, apenas 15,64 % (quinze vírgula sessenta e quatro por cento) foram ocupadas por elas.

A Região com maior percentual de Deputadas Estaduais eleitas foi a Norte com 21,04% (vinte e um vírgula zero quatro por cento),

correspondendo a 39 (trinta e nove) vagas ocupadas por mulheres.

A Região que mais elegeu mulheres a este cargo foi a Nordeste, com 57 (cinquenta e sete) eleitas, correspondendo a 16,71% (dezesseis vírgula setenta e um por cento).

5 Conclusão

A atual legislação eleitoral, em consonância com a Constituição da República Federativa do Brasil, garante às mulheres o direito à participação no processo eleitoral como candidata a cargos eletivos.

Adotando a postura extremamente garantista, a Carta Magna contempla em seu Art. 5º, inciso I, a igualdade entre homens e mulheres no que tange a direitos e obrigações. Logo o Ordenamento Jurídico Brasileiro não traz vedação à capacidade eleitoral ativa e passiva das mulheres.

Contudo, observa-se um enorme abismo entre o número de representantes de cada sexo, predominando a figura masculina como a detentora do poder emanado do povo. Ao realizarmos um estudo histórico sobre a participação das mulheres na sociedade relatamos que por longos anos elas eram incumbidas apenas das atividades familiares e a vida pública destinava-se apenas aos homens.

Mesmo com a aquisição da capacidade eleitoral ativa e passiva pelas mulheres as atividades políticas se concentravam nos homens, tornando-as uma minoria. Fato este que levou países como o Brasil, Argentina, Paraguai, Uruguai, Chile, Colômbia e Venezuela a adotar medidas que beneficiassem a candidatura desta minoria através da criação legal de cotas que as beneficiassem.

No Brasil, contemplou-se a partir de 1995 a política afirmativa de reserva de vagas para as mulheres, porém mesmo com advento de Lei e suas posteriores reformas ainda se observa a baixa taxa de ocupação deste sexo nos cargos eletivos, consoante foi demonstrado no decorrer deste estudo.

Mediante a análise dos resultados das eleições realizadas entre

os anos de 2008 a 2018, observamos que a Cota de Gênero, bem como o Sistema Eleitoral Brasileiro não garante efetivamente a ocupação de cargos eletivos pelas mulheres, na verdade, ambos garantem a participação feminina como opção de escolha pelo eleitorado.

Outro fato que conseguimos observar é que o percentual de reserva de vagas para candidaturas de mulheres não consegue se converter no mesmo percentual de mulheres eleitas. Isso porque a chegada ao poder resvala em questões exógenas ao Art. 10 § 3º Lei nº 9.504/95 (mesmo após a Minirreforma Política – Lei nº 12.034/09), tais como: influência cultural, apoio de lideranças e apadrinhamento político, interesses partidários, *marketing político/eleitoral* e, indiscutivelmente, a liberdade de escolha individual que cada cidadão possui no Estado Democrático de Direito.

O Sistema Eleitoral Brasileiro não colabora com a eleição das mulheres, mas com a participação destas em número não inferior a 30% das candidaturas, sendo obrigatório aos Partidos Políticos e Coligações o preenchimento deste percentual. Contudo, dentre uma das principais práticas adotadas para se burlar a intenção do legislador estão as candidaturas fictas e a substituição de candidaturas de mulheres por homens após o julgamento do DRAP. Sendo o julgamento do DRAP o momento derradeiro de aferição do preenchimento das cotas, dificilmente vislumbramos a rediscussão do assunto em sede de AIME (Ação de Impugnação de Mandato Eletivo) por fraude eleitoral.

Medeiros (2016, p.42) ressalta que uma característica da contemporaneidade é justamente a de apresentar sociedades cada vez mais heterogêneas e diferenciadas, com grande pluralidade de interesses e demandas. Logo, as democracias precisam se ocupar do dissenso, da competição e das diferenças oriundas dos diversos grupos que compõem a nossa sociedade. Esse dilema, muitas vezes, traduz-se na necessidade de criar mecanismos que deem oportunidade às minorias. O sistema de preenchimento obrigatório de candidaturas de mulheres almeja justamente garantir a uma minoria o direito de servir como

opção de escolha ao eleitorado em geral.

Silva (2012, p. 23) considera que alguns países tiveram resultados positivos no que tange ao aumento de representantes políticos do sexo minoritário, como a Argentina e o Paraguai. Outros não obtiveram grande alteração, no caso o Panamá, a Bolívia, a Venezuela e o Brasil.

Para Silva e Santos (2015, p. 20) ainda falta, no Brasil, normas que impliquem na efetiva observância dos limites mínimos de candidatura por gênero, e conversão, ao mesmo percentual, dessas candidaturas em mandatos.

Há que se fazer uma ressalva: o ordenamento jurídico brasileiro ao contemplar a cota de Gênero como forma de benefício a uma minoria, acaba por dar margem a outras de reivindicarem também suas políticas afirmativas. Se a legislação regulamentar a participação política de todos os grupos minoritários, os partidos poderão encontrar dificuldades para suprir estas imposições legais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Dados estatísticos das eleições 2008**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleicoes-2008>> Acesso em: 23 de mar. 2017.

_____. **Dados estatísticos das eleições 2010**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleicoes-2010>> Acesso em: 23 de mar. 2017.

_____. **Dados estatísticos das eleições 2012**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleicoes-2012>> Acesso em: 23 de mar. 2017.

_____. **Dados estatísticos das eleições 2014**. Disponível em:

<<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleicoes-2014>> Acesso em: 23 de mar. 2017.

_____. **Dados estatísticos das eleições 2016.** Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleicoes-2016>> Acesso em: 23 de mar. 2017.

_____. **Dados estatísticos das eleições 2018.** Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>> Acesso em: 09 de out. 2018.

CERQUEIRA, Thales Tácito; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. **Direito eleitoral esquematizado.** 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

DANTAS, Ana Cecília de Moraes e Silva. **O segundo sexo na política:** o papel do direito na inclusão das mulheres na democracia brasileira. Maceió: EdUFAL, 2011.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral.** 11. ed. rev. atual. e ampli. São Paulo: Atlas, 2015.

GRESTA, Roberta Maia. **Registro de candidatura:** quota de candidatura por gênero. Belo Horizonte: PUC-Minas, 2016.

KELLY, Paul. **O livro da política.** São Paulo: Globo, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEDEIROS, Pedro. **Uma introdução à teoria da democracia.** Curitiba: Intersaberes, 2016.

QUEIROZ, Ari Ferreira de. **Direito eleitoral**. 12. ed. Leme: J.H. Mizuno, 2014.

RABELLO FILHO, Benjamin Alves. **Partidos políticos no Brasil: doutrina e legislação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARTORI, G. **A teoria da democracia revisitada: as questões clássicas**. São Paulo: Ática, 1994. vol. 2.

SILVA, Adriana Campos; SANTOS, Polianna Pereira. Participação política feminina e regulamentação legal das cotas de gênero no Brasil: breve análise das eleições havidas entre 1990 e 2014. Congresso do CONPEDI, 24, 2015. **Anais [...]**. 2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/18390134/PARTICIPA%C3%87%C3%83O_POL%C3%8DTICA_FEMININA_E_A_REGULAMENTA%C3%87%C3%83O_LEGAL_DAS_COTAS_DE_G%C3%8ANERO_NO_BRASIL_BREVE_AN%C3%81LISE_DAS_ELEI%C3%87%C3%95ES_HAVIDAS_ENTRE_1990_E_2014>. Acesso em: 22 jun. 2016.

SILVA, Walmyr Jorge Freitas. **A efetividade da política de cotas para as mulheres nos partidos políticos: uma revisão teórica**. 2012. Monografia (Especialização) - Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2012. Disponível em: <<http://www.amde.ufop.br/tccs/Lafaiete/Lafaiete%20-%20Walmyr%20Silva.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

WEBER, Max. Classe, estamento e partido. In: _____. **Ensaios de sociologia**. 5. ed. Rio de Janeiro. LTC, 1982.

ANEXO I

Tabela referente à quantidade e percentual de candidatas ao cargo de Vereador eleitos nas Eleições Locais de 2008, 2012 e 2016, classificados por Sexo e Região

Dados		Eleições 2008				Eleições 2012				Eleições 2016			
		Candidatos		Eleitos		Candidatos		Eleitos		Candidatos		Eleitos	
Região	Sexo	Qtde	%	Qtde	%	Qtde	%	Qtde	%	Qtde	%	Qtde	%
Norte	Masculino	25.866	77,30	3.619	86,48	26.294	68,39	4.069	85,25	30.179	66,99	4137	86,03
	Feminino	7.597	22,70	568	13,57	12.151	31,61	704	14,75	14.869	33,01	672	13,97
Nordeste	Masculino	75.014	78,09	14.133	85,14	77.478	68,53	15.961	84,46	82.662	67,04	16.137	84,85
	Feminino	21.049	21,91	2.459	14,82	35.572	31,47	2.937	15,54	40.642	32,96	2.881	15,15
Centro- oeste	Masculino	21.213	77,86	3.732	87,50	22.602	68,43	4.131	87,60	24.237	66,63	4.123	87,02
	Feminino	6.031	22,14	533	12,50	10.426	31,57	585	12,40	12.140	33,37	615	12,98
Sul	Masculino	45.260	78,91	9.704	88,55	46.465	67,88	10.112	86,92	47.543	66,45	9.970	85,70
	Feminino	12.099	21,09	1.255	11,45	21.985	32,12	1.522	13,08	24.004	33,55	1664	14,30
Sudeste	Masculino	104.415	77,53	14.211	89,38	113.948	67,83	15.506	89,05	125.441	67,04	15.468	88,77
	Feminino	30.267	22,47	1.689	10,62	54.035	32,17	1.907	10,95	61.659	32,96	1.956	11,23

Fonte: TSE

ANEXO II

Tabela referente à quantidade e percentual de candidatos e eleitos aos cargos de Deputado Federal e Estadual/Distrital nas Eleições Gerais de 2010, 2014 e 2018, classificados por Cargo, Sexo e Região

Dados			Eleições 2010				Eleições 2014				Eleições 2018			
			Candidatos		Eleitos		Candidatos		Eleitos		Candidatos		Eleitos	
Região	Cargo	Sexo	Qtde	%	Qtde	%	Qtde	%	Qtde	%	Qtde	%	Qtde	%
Norte	Dep. Federal	Masculino	347	76,60	55	84,62	476	66,48	50	76,92	905	75,99	50	76,92
		Feminino	106	23,40	10	15,38	240	33,52	15	23,08	286	24,01	15	23,08
	Dep. Estadual	Masculino	1.760	76,66	156	84,32	2.397	68,72	160	86,49	2358	67,37	146	78,92
		Feminino	536	23,34	29	15,68	1.091	31,28	25	13,51	1142	32,63	39	21,08
Nordeste	Dep. Federal	Masculino	875	85,28	140	92,72	1.084	67,88	141	93,38	1319	66,89	139	92,05
		Feminino	151	14,72	11	7,28	513	32,12	10	6,62	653	33,11	12	7,95
	Dep. Estadual	Masculino	2.258	81,14	289	84,75	2.654	69,59	301	88,27	2794	68,07	284	83,92
		Feminino	525	18,86	52	15,25	1.160	30,41	40	11,73	1311	31,93	57	16,71
Centro- oeste	Dep. Federal	Masculino	277	79,60	37	90,24	373	67,45	37	90,24	465	66,71	31	75,61
		Feminino	71	20,40	4	9,76	180	32,55	4	9,76	232	33,29	10	24,39
	Dep. Estadual/Distrital	Masculino	1.379	76,48	103	91,15	1.816	68,66	88	90,72	1761	67,91	107	94,69
		Feminino	424	23,52	10	8,85	829	31,34	9	9,28	832	32,09	6	5,31
Sul	Dep. Federal	Masculino	533	78,04	72	93,51	554	67,81	72	93,51	767	68,30	65	84,42
		Feminino	150	21,96	5	6,49	263	32,19	5	6,49	356	31,70	12	15,58
	Dep. Estadual	Masculino	1.046	75,96	133	89,26	1.407	68,27	135	90,60	1423	68,12	131	87,92
		Feminino	331	24,04	16	10,74	654	31,73	14	9,40	666	31,88	18	12,08
Sudeste	Dep. Federal	Masculino	1.922	80,86	164	91,62	2.379	68,88	162	90,50	2697	68,50	151	84,36
		Feminino	455	19,14	15	8,38	1.075	31,12	17	9,50	1240	31,50	28	15,64
	Dep. Estadual	Masculino	3.521	81,04	240	88,56	4.097	69,03	244	90,04	4533	68,31	228	84,13
		Feminino	824	18,96	31	11,44	1.838	30,97	27	9,96	2103	31,69	43	15,87

Fonte: TSE

A IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR APÓS A PROPOSITURA DA AÇÃO ELEITORAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À DECISÃO SURPRESA¹

Ronaldo de Araújo Júnior²

RESUMO

Analisar-se-á com este trabalho os valores constitucionais e garantias processuais fundamentais que impedem a modificação da causa de pedir no curso do processo judicial eleitoral, sem haver surpresa as partes, tudo a prestigiar o devido processo legal e as regras dele decorrentes.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Processo eleitoral 2. Causa de pedir
3. Contraditório 4. Decisão surpresa

1 Introdução

É cediço que as ações eleitorais estão vocacionadas a tutelar direitos e interesses indisponíveis, isto é, matéria de ordem pública, com escopo a proteger os valores constitucionais estabelecidos (normalidade e legitimidade no prélio eleitoral).

Com o advento do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) – que reafirmou inúmeras garantias constitucionais –, houve inegável reflexo e incidência dessas novas normas ao pro-

1 TCC apresentado e aprovado na Pós-Graduação em Direito Eleitoral no IDDE, em parceria com a faculdade Arnaldo/MG, adaptado para publicação em artigo.

2 Advogado. Especialista em Processo Civil pela PUC/SP (COGEAE). Pós-Graduado em Direito Eleitoral pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático – IDDE, em parceria com a Faculdade Arnaldo, Belo Horizonte - MG.

cesso judicial eleitoral, ante a existência de lacuna normativa nesta ambiência.

Numa ponderação de valores constitucionais, é preciso prestigiar, antes de tudo, a garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, e, mais que isso, da segurança jurídica, de modo a evitar surpresa às partes no curso do processo judicial eleitoral, por meio de uma atividade jurisdicional que muitas vezes acaba por conhecer de fatos, indícios, provas e circunstâncias não alegados e nem submetidos ao debate prévio nos autos, a pretexto de resguardar uma legitimidade e normalidade do processo eleitoral, quando isso, por si só, não autoriza violação a direitos fundamentais já consagrados.

Uma vez delimitado o objeto da lide após a propositura da ação eleitoral, sobretudo, depois de apresentado a defesa, cria-se uma legítima expectativa ao réu de que não haverá mais alteração dos fatos e da respectiva capitulação jurídica imputada inicialmente, na medida em que a atividade probatória a ser desenvolvida estará vinculada dentro do que foi demandado e defendido, sem nenhuma surpresa, como decorrência do princípio da segurança jurídica, garantindo-se assim um procedimento judicial justo e equânime às partes.

Diante desse contexto introdutório, buscar-se-á examinar as regras e garantias processuais que impedem a alteração da causa de pedir da ação eleitoral após a sua propositura, percorrendo-se pelo conceito de contraditório em sua dimensão formal e substancial; analisando-se o conteúdo dos princípios, dispositivo da demanda e da imparcialidade do juízo eleitoral; bem como abordando os prazos decadenciais para o manejo das ações eleitorais; verificando-se ainda o que compõe os elementos da ação e o conceito de causa de pedir. Por fim, a temática da vedação de modificação da causa de pedir depois de ajuizada a ação eleitoral será enfrentada com enfoque no art. 23 da Lei Complementar nº 64/90 e na Súmula nº 62 do TSE; concluindo-se, ao final, que toda solução jurisdicional deverá ser construída em um processo dialético de interação entre o Esta-

do-juiz e as partes, para que estas não sejam apanhadas por odiosa decisão surpresa.

Ao longo deste trabalho, inúmeras questões deverão ter respostas, tais como: *I-* após o ajuizamento de uma ação eleitoral, a exemplo da AIJE, seria possível inserir novos elementos fático-probatórios que levassem à sua reconfiguração inicial? *II-* seria possível a inserção de novos elementos fático-probatórios depois de escoado o prazo decadencial de propositura da ação eleitoral? *III-* seria lícito ao juiz conhecer de ofício desses novos elementos fático-probatórios com fundamento no art. 23 da LC n° 64/90 sem a oitiva das partes? *IV-* haveria possibilidade do juiz alterar – com base nesses novos elementos fático-probatórios – à capitulação jurídica do ilícito imputado quando da prolação de sentença com espeque na súmula n° 62 do TSE? *V-* nesse caso, vigora o princípio do *iura novit curia* mesmo sem prévia manifestação das partes? *VI-* os princípios constitucionais da normalidade e da legitimidade do processo eleitoral, por si só, autorizariam a ocorrência das situações mencionadas?

Nessa perspectiva será feito a abordagem doravante.

2 O princípio do contraditório no âmbito eleitoral: dimensão formal e substancial

O princípio constitucional do contraditório é expressão da democracia, que significa garantia de participação no processo, a fim de legitimar o exercício do poder jurisdicional.

Na ciência processual percebe-se, entretanto, que o contraditório não se limita à mera garantia *formal* de bilateralidade da audiência³, isto é, ter a oportunidade apenas de participação no processo, mas tal garantia abrange também seu aspecto *substancial*, pelo qual

3 Na doutrina tradicional, o contraditório é concebido como o direito à ciência/informação/comunicação ou bilateralidade de audiência das partes. Assim, já se manifestavam Cintra et al. (2003), ao considerarem que o contraditório seria “*a necessidade de que se dê ciência a cada litigante dos atos praticados pelo juiz e pelo adversário. Somente*”

se faculta às partes a possibilidade de manifestação preventiva sob qualquer questão fática e jurídica – até mesmo àquelas cognoscíveis de ofício pelo juízo, de maneira que possam influenciar com seus argumentos no desenvolvimento do processo e na formação do conteúdo de decisões judiciais, sem serem apanhadas de surpresa no curso do procedimento.

Nessa perspectiva, Didier Júnior (2016) e decompõe o princípio do contraditório em duas dimensões garantista:

A garantia da participação é a dimensão *formal* do princípio do contraditório. Trata-se da garantia *de ser ouvido*, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. [...]

Há, porém, ainda, a dimensão *substancial* do princípio do contraditório. Trata-se do “poder de influência”. Não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo. [...]

Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional – e isso é o *poder de influência*, de interferir com argumentos, ideias, alegando fatos, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão.

Essa dimensão substancial do contraditório impede a prolação de decisão surpresa; toda questão submetida a julgamento deve passar antes pelo contraditório. Isso porque o “Estado democrático não se compraz com a ideia de atos repentinos, inesperados, de qualquer dos seus órgãos, mormente daqueles destinados à aplicação

conhecendo-os, poderá ele efetivar o contraditório.”

do Direito. A efetiva participação dos sujeitos processuais é medida que consagra o princípio democrático, cujos fundamentos são vetores hermenêuticos para aplicação das normas jurídicas.

Como se vê, a concepção do contraditório substancial pode ser cunhada como “garantia de influência e não surpresa”⁴, sendo encampada especialmente no art. 10 do Novo CPC⁵, com reflexo em inúmeros outros dispositivos (v.g., arts. 7º; 369; 437, §1º, 493; 927, §1º, CPC)⁶.

4 O principal fundamento da comparticipação é o contraditório como garantia de influência e não surpresa. Nesse sentido, o princípio do contraditório receberia uma nova significação, passando a ser entendido como “*direito de participação na construção do provimento, sob a forma de uma garantia processual de influência e não surpresa para a formação das decisões.*” (THEODORO JÚNIOR et al., 2015, p. 75)

5 Art. 10 O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

6 Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. (grifo do autor)
 Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz. (grifo do autor)

Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.” (grifo do autor)

Art. 437. O réu manifestar-se-á na contestação sobre os documentos anexados à inicial, e o autor manifestar-se-á na réplica sobre os documentos anexados à contestação.

§ 1º Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra parte, que disporá do prazo de 15 (quinze) dias para adotar qualquer das posturas indicadas no art. 436. (grifo do autor)

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acordãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional

Diante do atual modelo de contraditório, mais afinado com a Constituição da República, inegável a sua incidência no processo judicial eleitoral (art. 15, CPC)⁷, tendo assim o Tribunal Superior Eleitoral regulamentado sua aplicação no art. 3º da resolução nº 23.478/2016:

Art. 3º Aplicam-se aos processos eleitorais o contido nos arts. 9º e 10 do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015).

Fulcrado nessas premissas fundamentais é certo que na temática das ações eleitorais (v.g., AIRC – *Ação de Impugnação de Registro de Candidatura*, AIJE – *Ação de Investigação Judicial Eleitoral*, RP – *Representação Eleitoral*, AIME – *Ação de Impugnação de Mandato Eletivo*, RCED – *Recurso Contra Expedição de Diploma*), uma vez deflagrado o respectivo processo judicial, indubitável que o contraditório substancial passe a integrar esse procedimento até o seu desfecho, sob pena de grave mácula caso não seja observado, conforme anunciado por Didier Júnior (2016, p. 85) “decisão-surpresa é decisão nula, por violação ao princípio do contraditório.”

Logo, em processo judicial eleitoral não há mais espaço para surpresas provocadas pelos sujeitos processuais (partes, ministério público e juiz), impondo por isso, antes de haver qualquer decisão escudada em ponto fático ou em ponto jurídico fundamental não alvitado nos autos, o dever de prévia oitiva das partes sobre tal ponto,

e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. (grifo do autor)

7 Art. 15. Na ausência de Normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente. (grifo do autor)

a fim de preservar o caráter dialético do processo e a legitimidade de eventual decisão exarada pelo magistrado.

Em vista da garantia do contraditório substancial concretizada no art. 10 do CPC, não há mais espaço sequer para o aforismo *iura novit curia* (juiz conhece a lei), mormente em face da imputação de ilícitos eleitorais – tipificados no ordenamento jurídico – que possam gerar gravíssimas sanções. Disto resulta que a liberdade do juízo eleitoral em realizar o enquadramento jurídico – subsunção do fato à norma – de determinado ilícito eleitoral, não imputado pela parte e nem mesmo defendido pela outra, implicará potencial risco de se proferir decisão sancionatória calcada em “fundamento-surpresa”, ou em *decisione della terza via* como dizem os italianos (GRADI, 2010), em flagrante nulidade.

Sob essa ótica, a aplicação do direito à espécie pelo juízo eleitoral em eventual decisão sancionatória, deve se dar com base em questões jurídicas controvertidas pelas partes, ou que tenham sido oportunizado a elas o debate prévio nos autos, uma vez que o órgão jurisdicional encontra-se vinculado aos fundamentos jurídicos deduzidos (causa de pedir) e debatidos nos autos na construção do provimento judicial.

Asseveram Marinoni et al. (2015, p. 109), que o prévio diálogo em contraditório condiciona a aplicação da máxima *iura novit curia*:

O direito ao contraditório – lido na perspectiva do direito ao diálogo, inerente à colaboração – condiciona a aplicação da máxima *Iura novit curia* ao prévio diálogo judicial. É certo que o juiz continua com o poder de aplicar o direito ao caso concreto, inclusive invocando normas jurídicas não invocadas pelas partes. No entanto, a validade da aplicação ao caso concreto dessa inovação está condicionada ao prévio diálogo com as partes. Vale dizer: o juiz tem o dever de oportunizar às partes que o influenciem a respeito do acerto ou desa-

certo da solução que pretende outorgar ao caso concreto (art. 10, CPC).

A ideia tangenciada pela teoria da substanciação da causa de pedir, ora aplicada pelo Tribunal Superior Eleitoral em seus precedentes⁸, segundo a qual apenas os fatos vinculam o julgador, que poderá atribuir-lhes a qualificação jurídica que entender adequada ao acolhimento ou à rejeição do pedido na ação eleitoral (como decorrência do aforismo *iura novit curia, da mihi factum dabo tibi ius*), agora, a utilização dessa teoria encontra-se subordinada ao conteúdo normativo do art. 10^a do CPC, de modo que, eventual qualificação jurídica dada pelo magistrado deve ter sido submetida, necessariamente, ao prévio diálogo das partes, observando-se assim o contraditório substancial (garantia de influência e não surpresa).

Diante desse cenário até aqui delineado, pode-se dizer que o processo judicial instaurado pela propositura de qualquer ação eleitoral, mesmo que disciplinado por leis especiais (v.g., Lei n° 9.504/97, LC n° 64/90), deverá ser conduzido pela filtragem imposta pelo atual modelo de contraditório vigente no art. 10^a do CPC, vinculando os sujeitos processuais e tudo aquilo que com eles esteja conectado (v.g., regra da congruência/adstrição, causa de pedir, regra de estabilização da demanda, regra de produção de provas), limitando-se com isso a atuação do órgão jurisdicional na formação de provimentos que ensejam sanções.

3 O princípio dispositivo das ações eleitorais e o princípio da imparcialidade do juízo eleitoral

Prepondera no âmbito do processo judicial eleitoral o princí-

8 Vide: TSE – Representação n° 29912, Rel. Min. Herman Benjamin, DJE 22/11/2017; Representação n° 29827, Rel. Min. Herman Benjamin, DJE 22/11/2017; Recurso Especial Eleitoral n° 956654823, Rel. Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio, DJE 06/05/2014.

pio ne procedat judex ex officio, em que concretiza a regra da inércia da jurisdição (primeira parte do art. 2º, CPC)⁹, também denominado princípio dispositivo ou da demanda, segundo o qual nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando provocado pela parte; noutras palavras, não pode a autoridade judiciária postar-se como veículo da própria pretensão da parte, para que não haja quebra da sua imparcialidade.

Como decorrência do devido processo legal, vigora o princípio da imparcialidade no processo judicial eleitoral, já que o magistrado não pode ter vínculos objetivos com o fato concreto imputado e colocado à discussão processual. Aliás, imparcialidade significa que o órgão jurisdicional deve manter-se equidistante dos candidatos, coligações e das contendas trazidas por estes, devendo estar desguarnekido de qualquer interesse, para que possa proferir uma decisão justa e íntegra, imprescindível para a legitimação do judiciário como poder democrático responsável pela solução de demandas.

Na temática das ações eleitorais, a legitimidade ativa é restrita, como regra, por atribuir a lei, o exercício da ação, a quatro sujeitos processuais: candidatos, partidos políticos, coligações e ministério público.¹⁰

Todavia, será possível a atuação *ex officio* do juízo eleitoral no exercício do poder de polícia, como por exemplo, no caso da propaganda eleitoral irregular, em que poderá determinar sua imediata cessação; mas estará proibido de instaurar o respectivo processo judicial de ofício visando a aplicação de sanção, sob pena de grave violação ao princípio dispositivo e ao princípio da imparcialidade do órgão jurisdicional se assim proceder.

A propósito, o Tribunal Superior Eleitoral já manifestou sobre o tema:

9 Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.” (grifo do autor)

10 Nesse sentido prelecionam Cheim et al. (2017, p. 418).

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROPAGANDA ELEITORAL. EXERCÍCIO DE PODER DE POLÍCIA. APLICAÇÃO DE MULTA DE OFÍCIO E SEM PRÉVIO AJUIZAMENTO DE REPRESENTAÇÃO. INVIABILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Nos termos da Súmula 18 do TSE, é vedado ao juiz eleitoral, no exercício do poder de polícia, de ofício, instaurar procedimento com a finalidade de impor multa pela veiculação de propaganda eleitoral em desacordo com a Lei nº 9.504/97.

2. Recurso provido e segurança concedida.

(Recurso em Mandado de Segurança nº 48696, Relator(a) Min. Fátima Nancy Andriighi, DJE 23/10/2012).

Já enfatizavam Cintra et al. (2003, p. 58) que: “o juiz que instaura o processo por iniciativa própria acaba ligado psicologicamente à pretensão, colocando-se em posição propensa a julgar favoravelmente a ela.”

Consequentemente, não se admite e não se tolera magistrado protagonista no processo judicial eleitoral, como sendo aquele que, a bel-prazer, realiza diligências probatórias pessoalmente, delimita um dos aspectos da causa de pedir (reenquadramento dos fundamentos jurídicos imputados por ocasião da sentença), sem qualquer manifestação das partes¹¹, em notório comprometimento da legitimidade de suas eventuais decisões, ante o evidente menoscabo aos princípios dispositivo e da imparcialidade.

O plenário do Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de decidir pelo comprometimento do princípio da imparcialidade

11 Princípio dispositivo. Respeita às questões deduzidas em juízo, não podendo o juiz conhecer de matéria a cujo respeito à lei exige a iniciativa da parte. (NERY JÚNIOR e NERY, 2016, p. 1074).

lidade¹², o magistrado que realizar diligências pessoalmente para coleta de provas – pertinentes à imputação –, e utilizá-las posteriormente como elemento valorativo de sua convicção final (decisão), razão pela qual, declarou a inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei nº 9.034/95, que previa uma espécie de juízo preparador e julgador numa única pessoa, na obtenção de provas relacionadas à persecução penal de atos de organizações criminosas.

É certo que a doutrina processual reconhece a existência de dois modelos de organização do processo: o adversarial e o inquisitorial. Porém, tanto um modelo como o outro pode preponderar no sistema processual brasileiro, tudo vai depender da intensidade de poderes, ônus e deveres atribuídos pelo legislador – ora ao juiz ora facultado às partes – na instauração, no desenvolvimento e na conclusão do processo. Nesse rumo, preleciona Didier Júnior (2016, p. 124) que:

Não há sistema totalmente dispositivo ou inquisitivo: os procedimentos são construídos a partir de várias combinações de elementos *adversariais* e *inquisitoriais*. Não é possível afirmar que o modelo processual brasileiro é totalmente *dispositivo* ou *inquisitivo*. O mais recomendável é falar em predominância em relação a cada um dos temas: em matéria de produção de

12 [...]

2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e consequente violação ao devido processo legal.

3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte. (ADI 1570, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2004, DJ 22-10-2004 PP-00004 EMENT VOL-02169-01 PP-00046 RDDP n. 24, 2005, p. 137-146 RTJ VOL-00192-03 PP-00838)

provas, no efeito devolutivo dos recursos, na delimitação do objeto litigioso etc.

Atualmente, o processo civil brasileiro prestigia o modelo cooperativo de condução do litígio, instituído pelo art. 6º do CPC¹³. Nesse modelo, fomenta-se o diálogo no processo que reverbera na formação do provimento jurisdicional, não sendo mais possível cogitar-se na centralidade do juiz ou das partes, inobstante cada sujeito processual (parte, ministério público e juiz) tenha um papel distinto nos autos. Nessa compreensão, a cooperação é corolário do contraditório como garantia de influência, na lição de Didier Júnior (2016, p. 130):

A concretização do princípio da cooperação é, no caso, também uma concretização do princípio do contraditório, que assegura aos litigantes o poder de influenciar na solução da controvérsia.

Assim, é inegável que esse modelo cooperativo repercute no processo judicial eleitoral, existindo assim plena compatibilidade sistêmica para sua aplicação supletiva e subsidiária, como forma de resguardar o princípio dispositivo e da imparcialidade do órgão jurisdicional eleitoral, principalmente, a paridade de armas entre as partes.

4 O prazo decadencial nas ações eleitorais

A Constituição da República fez uma clara opção pela estabilização do processo eleitoral e do próprio exercício da democracia (decisão popular), ao estatuir o derradeiro prazo para ajuizamento de

13 Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. (grifo do autor)

ação eleitoral – que objetiva impugnar o mandato eletivo – em 15 (quinze) dias após a diplomação (art. 14, §10), que, uma vez exaurido, não haverá mais instrumentos para questionar ilícitos eleitorais após essa data.

Fundada nessa premissa de estabilização do pleito e das legítimas expectativas dos eleitores, o Tribunal Superior Eleitoral promoveu uma adequação aos demais instrumentos processuais existentes, como no caso da AIJE, firmando entendimento de que tal ação apenas poderá ser ajuizada até a diplomação dos candidatos, porquanto após esse ato, será possível propor RCED e a AIME.

A propósito:

1. As ações de investigação judicial eleitoral podem ser propostas até a data da diplomação, mas antes que a diplomação tenha se concretizado, momento a partir do qual será cabível AIME (Ação de Impugnação ao Mandato Eletivo) ou RCED (Recurso contra Expedição de Diploma). Precedente: RO 1.453 [31766-24]/PA, Rel. Min. Felix Fischer, DJE 5.4.2010. (TSE – Recurso Ordinário nº 105277, Acórdão, Relator(a) Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Publicação: DJE – Diário de justiça eletrônico, Tomo 233, Data 01/12/2017, Página 81/82).

Simplificando, na hipótese de Representação por Captação Ilícita de Sufrágio, esta poderá ser ajuizada até a data da diplomação (art. 41-A, §3º, Lei nº 9504/97);¹⁴ na Representação por Conduta Vedada, esta poderá ser ajuizada até a data da diplomação (art. 73, §12, Lei nº 9504/97);¹⁵ a Ação de Investigação Judicial Eleitoral poderá

14 Art. 41-A. [...] §3o A representação contra as condutas vedadas no caput podará ser ajuizada até a data da diplomação. (grifo do autor)

15 Art. 73. [...] §12. A representação contra a não observância do disposto neste artigo observará o rito do art. 22 da Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990, e podará

ser proposta até a data da diplomação; o Recurso Contra Expedição de Diploma poderá ser interposto no prazo de 03 (três) dias contados da diplomação (art. 258, Código Eleitoral);¹⁶ a Representação por Captação e Gastos Ilícitos de Recursos poderá ser ajuizada no prazo de 15 (quinze) dias da diplomação (art. 30-A, Lei nº 9504/97);¹⁷ e a Ação de Impugnação ao Mandato Eletivo poderá ser promovida em 15 (quinze) dias após a diplomação (art. 14, §10, CF/88).¹⁸

O prazo decadencial para propositura das demandas eleitorais é contado na forma do art. 132 do Código Civil,¹⁹ excluindo-se o dia do começo e incluindo o dia final.

Por fim, reafirme-se, transcorrido aqueles prazos decadenciais das ações eleitorais que têm o potencial de ensejar a cassação de mandatos eletivos, não será mais possível questionar quaisquer outros ilícitos eleitorais posteriormente que poderiam redundar nessa espécie de sanção.

ser ajuizada até a data da diplomação.” (grifo do autor)

16 [...]

1- O prazo para interposição do recurso contra expedição de diploma é de três dias contados da diplomação. (TSE – Recurso contra Expedição de Diploma nº 1501591, Acórdão, Relator(a) Min. Laurita Hilário Vaz, Publicação: DJE – Diário de justiça eletrônico, Data 14/02/2014, Página 97).

17 Art. 30-A. Qualquer partido político ou coligação poderá representar à Justiça Eleitoral, no prazo de 15 (quinze) dias da diplomação, relatando fatos e indicando provas, e pedir a abertura de investigação judicial para apurar condutas em desacordo com as normas desta Lei, relativas à arrecadação e gastos de recursos. (grifo do autor).

18 Art. 14 [...] §10. O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude. (grifo do autor).

19 Art. 132. Salvo disposição legal ou convencional em contrário, computam-se os prazos, excluído o dia do começo, e incluído o do vencimento. (grifo do autor).

5 Os elementos da ação e o conceito da causa de pedir

Identifica-se uma ação pela coexistência de seus três elementos: partes, causa de pedir, e pedido.²⁰ Nesse aspecto, o Código de Processo Civil (art. 337, §2º, CPC)²¹ adotou o critério da *triplice identidade* para identificação das ações (*tria eadem*).

Por sua vez, a causa de pedir é formada pela exposição dos fatos e dos fundamentos jurídicos do pedido (art. 319, III, CPC).²² Na definição de Marinoni (2006, p. 90): “trata-se da *causa de pedir* [...] das *razões fáticas e jurídicas* que justificam o pedido”.

Fixada essas balizas, é cediço que a alteração ou ampliação de qualquer um dos elementos da ação (partes, causa de pedir, e pedido) fará com que surja uma nova demanda, uma nova lide, a ser examinada judicialmente. Melhor dizendo, quando uma ação é proposta com diferentes circunstâncias de fato (mesmo repetindo-se as partes e o pedido), isso se constitui em outra causa de pedir, ou seja, trata-se de uma nova causa petendi que possibilita o exercício do direito fundamental de ação (art. 5º, XXXV, CF/88).²³

Assim preleciona Marinoni (2006, p. 636):

Desta forma, a alteração de *um destes elementos* importa, inquestionavelmente, na *alteração da própria causa de pedir*, gerando, por consequência, *nova ação*. [...] Frise-se que a mera alteração de parcela da causa

20 Observou-se, acima, que os elementos que identificam a ação são *partes, causa de pedir* (próxima e remota), e *pedido* (imediate e mediato)... (MEDINA e WAMBIER, 2009, p. 109).

21 Art. 337 [...] §2º Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

22 Art. 319. A petição inicial indicará: [...] III – o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

23 Art. 5º [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

de pedir (ou seja, de um de seus elementos), importa em *outra* ação, *uma vez que daí surgirá uma modificação evidente da causa de pedir e, por consequência, da ação.*

Contudo, na seara eleitoral, é vedada a ampliação (subjéctiva ou objectiva) da demanda após o respectivo prazo decadencial para seu ajuizamento.

É por esta razão que o Tribunal Superior Eleitoral não admite, após o prazo decadencial, a ampliação subjéctiva da demanda (incluindo de litisconsorte), vide:

[...]

2. Não merece guarida a argumentação de que não foi concedida oportunidade de promover a citação do litisconsorte, nos termos do parágrafo único do art. 47 do CPC, porquanto tal providência seria inviável nesta via processual, pois já escoado o prazo decadencial para a propositura da demanda.

3. Considerando a decadência do direito de ação, está prejudicada a análise da arguição de ofensa ao art. 37 da Constituição Federal, sob o argumento de que a diplomação do recorrido fere a moralidade administrativa. (Recurso Especial Eleitoral nº 145082, Relator(a) Min. Gilmar Ferreira Mendes, DJE 05/03/2015).

Sendo inadmissível a ampliação subjéctiva, com maior razão não se pode alterar ou ampliar objectivamente a demanda eleitoral depois de decorrido o prazo decadencial máximo, sobretudo, em razão da almejada estabilidade da democracia.

6 A impossibilidade de alterar ou ampliar a causa de pedir, após a propositura da ação eleitoral

É da tradição do processo eleitoral a existência de um procedimento rígido estruturado por fases marcadas pela preclusão. Trata-se de opção legislativa inspirada no direito fundamental ao processo com duração razoável (art. 97-A, §1º, Lei nº 9.504/97),²⁴ bem como no princípio da celeridade dos feitos eleitorais.

Proposta a ação eleitoral, existe um limite temporal para se alterar a causa de pedir, qual seja, até a citação do Réu, poderá aditá-la ou modificá-la livremente, sem o seu consentimento; e, até o saneamento do processo, a adição ou a modificação da causa de pedir, deverá ter necessariamente o consentimento do Réu, assegurando-se ainda o seu contraditório e produção de prova suplementar, nos termos do art. 329, incisos I e II, do CPC,²⁵ norma cogente que consagra regra da imutabilidade do objeto ou da estabilização da demanda, após esses lapsos temporais.

Nesse sentido, o Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina pronunciou-se:

RECURSO ELEITORAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. CONDUTAS VEDA-

24 Art. 97-A. Nos termos do inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, considera-se duração razoável do processo que possa resultar em perda de mandato eletivo o período máximo de 1 (um) ano, contado da sua apresentação à Justiça Eleitoral.

§1º A duração do processo de que trata o caput, abrange a tramitação em todas as instâncias da Justiça Eleitoral. (grifo do autor)

25 Art. 329. O autor poderá:

I – até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu;

II – até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar.

DAS A AGENTES PÚBLICOS EM CAMPANHA E ABUSO DO PODER DE AUTORIDADE. PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO POR OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA BUSCA DA VERDADE REAL E DA EFETIVIDADE DO PROCESSO. ADITAMENTO À INICIAL PROPOSTO, APÓS A APRESENTAÇÃO DA DEFESA. NÃO CONHECIMENTO PELO JUIZ ELEITORAL. ACRÉSCIMO DE CAUSAS DE PEDIR APÓS A NOTIFICAÇÃO. NECESIDADE DE CONSENTIMENTO DOS REQUERIDOS. ART. 264 DO CPC. PREFACIAL REJEITADA. Constitui verdadeiro aditamento inicial a petição que, sob o pretexto de apresentar documentos, acrescenta novas causas de pedir à ação.

Após a notificação para a apresentação de defesa, a alteração da causa de pedir ou do pedido só pode ser admitida se houver o consentimento do requerido, de acordo como previsto no caput do art. 264 do Código de Processo Civil.

Inexiste, nesse caso, ofensa aos princípios da busca da verdade real e da efetividade do processo. [...]. (RECURSO CONTRA DECISÕES DE JUIZES ELEITORAIS nº 28588, Acórdão nº 30218, Relator(a) Ivori Luis da Silva Scheffer, DJE 24/10/2014).

A razão de ser da regra de estabilização objetiva da demanda é prestigiar a segurança jurídica, pois, a manutenção indefinida de situações jurídicas pendentes, por lapsos temporais prolongados, importaria, inegavelmente, em total insegurança, hábil a constituir fonte inesgotável de conflitos e prejuízos diversos à democracia.

A respeito do tema, o professor Theodoro Júnior (2015) é enfático:

Em nosso sistema processual, portanto, os limites do

pronunciamento judicial possível estabilizem-se no momento em que a citação do demandado ocorre. Daí em diante, só é possível alterar o pedido e a causa de pedir, havendo consentimento do réu (NCPC, art. 329, II), caso em que o contraditório e a instrução probatória serão reabertos. Depois do saneamento, o NCPC não prevê a possibilidade de alterar o pedido ou a causa de pedir, por livre convenção dos litigantes.

[...]

O sistema de estabilização da demanda, adotado pelo novo Código de Processo Civil, é o mesmo do Código anterior, e que rigidamente estabelece a livre modificabilidade do pedido pelo autor, antes da citação do réu (art. 329, I), e que após a citação, sujeita qualquer modificação do objeto litigioso, ao acordo entre as partes (art. 329, II).

No âmbito do Direito Eleitoral, a ampliação objetiva da demanda encontrará ainda um limite nítido e intransponível: o prazo decadencial, tão caro à estabilidade da democracia. Dito de outro modo, novas circunstâncias fáticas supervenientes (caracterizadora de outros ilícitos eleitorais) apenas poderão ensejar a modificação ou ampliação da causa de pedir se respeitado as premissas do art. 329, I e II, do CPC, e, principalmente, o prazo decadencial, já que estará veiculando-se, verdadeiramente, uma nova ação eleitoral (com a modificação ou a alteração da *causa petendi*).

Disto resulta concluir ser terminantemente vedado acrescentar novos fatos ilícitos (nova causa de pedir, nova ação) no curso do processo eleitoral – ampliando-o objetivamente, se já esgotado o prazo decadencial da demanda, sob pena de caracterizar tumulto na marcha procedimental, em retrocesso incompatível com o sistema eleitoral de rápida solução do litígio, com grave risco de instabilidade da democracia.

6.1 O julgamento da AIJE nº 194.358 pelo TSE: o caso da chapa Dilma-Temer

Embora até a data de encerramento (agosto/2018) deste trabalho não tenha sido publicado e disponibilizado o acórdão proferido pelo TSE no julgamento da chapa Dilma-Temer, é possível fazer uma análise jurídica em vista da sua ampla divulgação.

Esse emblemático processo eleitoral foi envolvido pela principal circunstância da delação premiada, causa de perplexidade em variados aspectos: autoridade competente para a celebração, causas de rescisão, aproveitamento das declarações em tal hipótese, relação com os acordos de leniência, validade da prisão preventiva como meio para a sua obtenção, suficiência para justificar o recebimento de denúncia, etc. Assim, os reflexos do instituto no Direito Penal também chegaram ao âmbito do Direito Eleitoral, na tentativa de legitimar a instauração de ações eleitorais.

Todavia, o exame da validade da utilização da delação premiada no processo eleitoral pressupõe um breve estudo de tal instituto no Direito Penal, seu ramo embrionário.

É certo que a delação premiada – declarações do colaborador – não é qualificada como um meio de prova, mas sim como um instrumento que direciona as autoridades ao local da prova (art. 3º, I, Lei nº 12.850/2013); conseqüentemente, tais declarações não podem, por si só, fundamentar uma sentença condenatória (art. 4º, §16), exigindo-se a sua confirmação por robustas provas externas à delação.

Com base nessa compreensão, preleciona o eminente Professor Gustavo Badaró (2015):

A título de conclusão, podem ser formulados os seguintes enunciados:

A regra do §16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13 aplica-se a todo e qualquer regime jurídico que preveja a delação premiada.

O §16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13, ao não admitir a condenação baseada exclusivamente nas declarações do delator, implica uma limitação ao livre convencimento, como técnica de prova legal negativa.

É insuficiente para o fim de corroboração exigido pelo §16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13 que o elemento de confirmação de uma delação premiada seja outra delação premiada, de um diverso delator, ainda que ambas tenham conteúdo concordante.

Caso o juiz fundamente uma condenação apenas com base em declarações do delator, terá sido contrariado o §16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13.

Além disso, anotações à mão, em papéis, entregues pelo colaborador, são meras extensões de suas declarações dadas, sem valia como elemento de corroboração, conforme já advertiu o Ministro Dias Toffoli, no julgamento do Inquérito nº 3.994 pela 2ª Turma do STF:

Se o depoimento do colaborador necessita ser corroborado por fontes diversas de prova, evidente que uma anotação particular, dele próprio emanada, não pode servir, por si só, de instrumento de validação. (Inq 3994, Relator(a): Min. Edson Fachin, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 18/12/2017, DJE-065 DIVULG 05-04-2018 PUBLIC 06-04-2018).

Traçadas essas premissas, a histórica Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 194.358 é razoavelmente conhecida. Tal AIJE consistiu na junção de várias ações eleitorais de iniciativa do PSDB e da Coligação Muda Brasil, que tinham por objeto (causa de pedir), fundamentalmente, a ocorrência de abuso de poder econômico

e político por parte dos vencedores do pleito de 2014, com amparo em declarações dadas – em razão do acordo de delação premiada firmado – pelo ex-diretor da Petrobrás, o qual afirmou que a campanha eleitoral da chapa Dilma-Temer teria sido financiada mediante doações oficiais de empreiteiras contratadas pela referida empresa estatal (ora investigadas na operação Lava Jato), como parte da distribuição de propinas.

Ocorre que no curso da AIJE surgiram novos fatos – em virtude das novas fases da operação Lava Jato que culminaram nas delações premiadas de executivos ligados à Odebrecht e dos marqueteiros da campanha da chapa Dilma-Temer –, que ensejaram novas oitivas de testemunhas no processo, tudo a agregar e ampliar objetivamente a demanda, o que, durante o julgamento pelo Plenário do TSE, a maioria dos Ministros considera que essas provas extrapolavam o objeto da ação, sendo fatos estranhos à petição inicial apresentada, e, portanto, a julgaram extinta sem resolução do mérito.

Nesse contexto, é fácil perceber que a regra da estabilização objetiva da ação foi violada, ao reconfigurar as circunstâncias de fato da AIJE – a cada momento que surgia novos elementos na operação Lava Jato (delações premiadas da Odebrecht e dos marqueteiros), que implicou na modificação e ampliação da causa de pedir inicial, após apresentação das defesas, em um círculo vicioso surpreendente, o que resultou, na realidade, uma nova ação eleitoral fora do prazo decadencial.

Paga-se um preço por se viver na democracia, e esse preço é o respeito à ordem jurídica constitucional vigente, porquanto, da leitura que se faz desse caso concreto, constata-se que o pretexto de tutelar a verdade real e o interesse público de lisura eleitoral, não pode ser transformado na condução de julgamentos de ações eleitorais em total desrespeito a fundamental garantia do devido processo legal e das regras processuais dele decorrentes, uma vez que o juiz deve se pautar pelos limites da causa de pedir das partes, sendo vedada a

sua ampliação por vontade própria, ainda mais após exaurimento do prazo decadencial.

7 Uma releitura do art. 23 da Lei Complementar nº 64/90 à luz da garantia fundamental do contraditório e do princípio da vedação à decisão surpresa

Preconiza o art. 23 da Lei Complementar nº 64/90 que:

Art. 23. O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral.

Entretanto, referido dispositivo não pode ser transformado em um instrumento para legitimar medidas arbitrárias e autoritárias de restrições a direitos e garantias fundamentais, sob o alegado pretexto de tutelar o interesse público de lisura eleitoral.

É certo que o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do art. 23 da LC nº 64/90, ao julgar improcedente a ADI nº 1.082, em 22/05/2014, Relator Marco Aurélio; porém, o mesmo órgão colegiado referendou o voto do relator que impôs limites na aplicação do aludido dispositivo legal, ao consignar que:

É claro que se recomendam temperamentos na aplicação da regra. A atenuação do princípio dispositivo no direito processual moderno não serve a tornar o magistrado o protagonista da instrução processual. A iniciativa probatória estatal, se levada a extremos, cria, inegavelmente, fatores propícios à parcialidade, pois

transforma o juiz em assistente de um litigante em detrimento do outro. As partes continuam a ter a função precípua de propor os elementos indispensáveis à instrução do processo, mesmo porque não se extinguem as normas atinentes à isonomia e ao ônus da prova.

Com base nessa compreensão e com enfoque no art. 10 do CPC, imperioso fazer uma releitura do art. 23 da LC n° 64/90, não para suprimir a busca da moralidade, da lisura, do interesse público, e da igualdade de chances que norteiam o processo eleitoral, mas sim para prestigiar – antes de tudo – o respeito irrestrito aos direitos e garantias processuais vigentes, que também possuem fundamentos constitucionais.

É inegável que o art. 10 do CPC ampliou as garantias das partes dando maior paridade e isonomia durante a instrução processual, e, sob essa ótica, deve ser interpretado o art. 23 da LC n° 64/90, pois esse dispositivo não transformou o juízo eleitoral num investigador e inquisidor sem limites, numa busca desenfreada pela verdade real a qualquer custo.

É imprescindível fazer uma filtragem do art. 23 da LC n° 64/90 pela lente da Constituição Federal e das garantias processuais contemporâneas, porquanto conferir poderes ilimitados ao magistrado eleitoral, autorizando-o a julgar o processo com base em provas dele não constantes, causará inevitável risco à segurança jurídica, pois as partes poderiam ser surpreendidas a todo e qualquer momento no curso do procedimento, com a indevida ampliação e reconfiguração da causa de pedir inicial, frustrando-se as legítimas expectativas da defesa quando formada a convicção do julgador pela apreciação de elementos – extraprocessuais – até então desconhecidos, sem passar sequer pelo crivo do contraditório substancial (garantia de influência e não surpresa).

O modelo constitucional de processo repele a figura do juiz investigador, acusador, e julgador, numa única pessoa, por reputar-

-se violado o princípio da imparcialidade do magistrado, tão caro ao Estado Democrático de Direito, conforme já decidiu – em casos análogos – o Superior Tribunal de Justiça:

4. O magistrado que pratica atos típicos da polícia judiciária torna-se impedido para proceder ao julgamento e processamento da ação penal, eis que perdeu, com a prática dos atos investigatórios, a imparcialidade necessária ao exercício da atividade jurisdicional. (RHC 23.945/RJ, Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), Sexta Turma, julgado em 05/02/2009, DJE 16/03/2009).

Processo penal (natureza). Provas (produção). Inicial (juiz/Ministério Público). Magistrado (imparcialidade).

[...]

3. Pode o juiz ouvir outras testemunhas (Cód. de Pr. Penal, art. 209), porém não o pode fazendo às vezes da acusação, substituindo-a, em caso, como este, em que não havia testemunhas a serem inquiridas, porque não havia testemunhas arroladas pelo Ministério Público (tampouco pela defesa).

[...]

6. Ordem concedida a fim de se anular o processo desde quando se determinou a inquirição. (HC 143.889/SP, Rel. Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 18/05/2010, DJE 21/06/2010).

Ora, não há como encampar a ideia fulcrada no art. 23 da LC nº 64/90, de que autorizado estaria o magistrado eleitoral a formar sua convicção pela livre apreciação dos fatos não indicados ou alegados pelas partes, pois se assim proceder inusitadamente, inevitável seria o vício de decisão *extra petita*, ao julgar fora dos limites de fato

(causa de pedir) delineados na inicial, consoante já pronunciou o Tribunal Superior Eleitoral:

[...] o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito à lei exige a iniciativa da parte. Desse modo, é vedado ao magistrado decidir com base em fatos não constantes da petição inicial. (Recurso Especial Eleitoral nº 428765026, Relator(a) Min. José Antônio Dias Toffoli, DJE 10/03/2014, Página 93/94).

Ao criticar a redação do art. 23 da LC nº 64/90, o professor Streck (2017) afirmou em artigo publicado, que tal dispositivo criou uma usurpação funcional pelo magistrado, vide:

[...] o artigo 23 da Lei de Inexigibilidades cria uma usurpação funcional, pois imputa à autoridade judicial atribuição típica do Ministério Público Eleitoral. Pior: arranca o “im” da imparcialidade [= imparcialidade = não atuar como parte = ser funcionalmente neutro], atirando o juiz no mesmo patamar daqueles que se interessam ex ante pelo desfecho que será dado à causa. Em suma, o juiz se torna um “promotor eleitoral fantasiado com toga.

Diante desse contexto, as partes não podem ser surpreendidas pelo juízo eleitoral que empreende – de ofício – busca de elementos de provas até então desconhecidos ou leva em consideração fatos não alegados, a fim de amparar eventual decisão sancionatória, uma vez que assim agindo, estará suprindo eventual inércia ou desinteresse probatório das partes (ao substituí-las) em franca violação ao princípio da imparcialidade, constituindo-se futura decisão em fator inteiramente imprevisível – uma verdadeira loteria!

Quem busca provas, quem investiga ou leva em consideração fatos não alegados no processo eleitoral, compromete-se psicologicamente com uma determinada posição de parte interessada, não reunindo, depois, condição alguma para ser o juiz imparcial do processo.²⁶

É inquestionável a necessidade de se combater, de forma incansável, os abusos e ilícitos eleitorais que malferem a isonomia e a lisura do pleito eleitoral; todavia, os valores constitucionais decorrentes do devido processo legal e do contraditório substancial (garantia de influência e não surpresa) e, mais que isso, a segurança jurídica, devem ser de igual modo respeitados prioritariamente pelo magistrado eleitoral, sendo essa a releitura que se propõe ao art. 23 da LC n° 64/90.

8 Uma releitura da Súmula n° 62 do TSE à luz da garantia fundamental do contraditório e do princípio da vedação à decisão surpresa

O enunciado da súmula de jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral n° 62, dispõe que: “Os limites do pedido são demarcados pelos fatos imputados na inicial, dos quais a parte se defende, e não pela capitulação legal atribuída pelo autor.”

Tal enunciado autoriza o juiz eleitoral a dar ao fato, definição jurídica diferente da que lhe deu a parte autora, podendo, assim,

26 O Pacto de São José da Costa Rica (que foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n° 678, de 06/11/92, e que tem status de supralegalidade, conforme precedentes do STF: HC 87585 e RE 466343), assegura o direito de ser julgado por um juiz imparcial, nos termos do que dispõe o art. 8°, 1:

Artigo 8° – Garantias judiciais:

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (grifo do autor)

indicar, ao acolher o pedido da ação eleitoral, fundamento jurídico diverso do mencionado na inicial, para derradeiramente condenar o réu, situação inadmissível hodiernamente.

Na realidade, a súmula nº 62 do TSE tem uma nota altamente marcada pelo processo inquisitorial, ao pregar a ideia de que o juiz recebe os fatos e fundamentos jurídicos imputados na ação eleitoral, dos quais o réu se defende; entretanto, na expectativa de que o litígio terá uma resolução dentro daquilo que foi plenamente delimitado e debatido nos autos, sobrevém sanção calcada em fundamentos jurídicos alheios, numa lógica totalmente incompatível com o art. 10 do CPC, flagrantemente violadora do contraditório substancial (garantia de influência e não surpresa).

É nitidamente equivocado que no Direito Eleitoral invoque a lógica do processo penal, no sentido de que não é essencial para configuração da causa de pedir a delimitação dos fundamentos jurídicos, os quais poderão ser livremente alterados pelo magistrado eleitoral no momento da decisão sancionatória, quando isso, na verdade, significa um autoritarismo característico da tão malvista decisão-surpresa.

É hora de se propor uma releitura da súmula nº 62 do TSE, com esteio nos valores constitucionais e nas garantias processuais vigentes – até aqui explanadas, já que não se admite e não se tolera mais processos judiciais eleitorais que sejam resolvidos (impondo-se sanções gravíssimas) segundo fundamentos jurídicos diversos daqueles debatidos ao longo do procedimento, à revelia das partes, sem que estas tenham tido a oportunidade de exercer sua influência na formação da convicção do julgador.

Exemplificativamente, poderíamos imaginar situação em que numa ação eleitoral narrasse e imputasse um cenário fático-jurídico de reiterada veiculação de propagandas eleitorais – sejam extemporâneas ou irregulares –, das quais o réu defendesse a sua legalidade; contudo, o magistrado eleitoral no momento da sentença, após as eleições, invocando a súmula nº 62 do TSE, procede o reenquadra-

mento dos fundamentos jurídicos (causa de pedir) por entender configurado a prática de uso indevido de veículos ou meios de comunicação social, ou de abuso do poder econômico em tais propagandas, aplicando-se grave sanção de inelegibilidade e cassação do diploma do réu eleito e diretamente beneficiado, sem ter o autor da demanda nada disso imputado.

Por mais absurdo que pareça essa situação – passível de ocorrer na prática –, não se pode compactuar com essa perplexidade, afrontosa, a um só tempo, da regra de estabilização objetiva da demanda (*já que houve indevida alteração de um dos aspectos da causa de pedir sem o consentimento do réu*), do princípio do contraditório substancial (*garantia de influência e não surpresa*), do princípio da imparcialidade (*já que o juiz substituiu o papel do autor*), do princípio dispositivo da demanda eleitoral (*quem define os contornos da ação é o autor*), da regra da congruência (*por haver decisão extra petita ao apreciar causa de pedir diversa*), e da segurança jurídica (*já que houve reconfiguração da causa de pedir – que significa nova ação eleitoral – depois de esgotado o seu prazo decadencial*).

Ora, aguardar eventual reenquadramento jurídico dos fatos pelo juiz eleitoral, diferentemente do que se qualificou na inicial pelo autor, é potencializar a ocorrência de odiosa decisão-surpresa; mais do que isso, é obrigar o réu a se defender de inesperados e variados fundamentos jurídicos – ilícitos previstos no ordenamento – numa espécie de “defesa diabólica”, como sendo aquela apresentada genericamente sem ter havido qualquer indicação de elementos fático-jurídicos na ação eleitoral, situação deveras impossível.

Em precedente oriundo do Tribunal Regional Eleitoral do Pará, pronunciou-se pela impossibilidade de aplicar o princípio da substanciação (*segundo o qual apenas os fatos vinculam o julgador, que poderá atribuir-lhes a qualificação jurídica que entender adequada ao acolhimento do pedido*) para introduzir ilícito não descrito na inicial, em razão da vedação de se alterar a causa de pedir posteriormente, vide:

A parte se defende dos fatos e não da capitulação jurídica do ato que lhe é atribuído, mas se defende dos fatos descritos na peça vestibular, não podendo ser aplicado o princípio da substanciação para introduzir ilícito não descrito na inicial, já que não se pode modificar, posteriormente, a causa de pedir, sob pena de violação aos princípios da ampla defesa e contraditório. (TRE-PA – Recurso Eleitoral nº 53641, Rel.: Raimundo Holanda Reis, DJE, Tomo 106, Data 17/06/2014, Página 04).

Talvez um dos grandes problemas da súmula nº 62 do TSE é pretender fazer um recorte entre fundamentos fáticos e fundamentos jurídicos (elementos que compõe a causa de pedir), isolando-os como se fosse possível terem vida própria, de modo que um elemento não dependesse do outro no momento da propositura da ação eleitoral. Na realidade, não existe separação entre fato puro e puro direito, segundo entendimento de Marinoni et al. (2017, p. 98):

Inexistem fatos puros – assim como não existem ontologicamente direitos que independem dos fatos. A norma é sempre um programa para a interpretação dos fatos. Os fatos são sempre alegações que aparecem já formuladas através de determinada visão normativa no processo. É por essa razão que a causa de pedir, longe de ser uma neutra narrativa em que se pode separar com precisão, alegações de fato de fundamentos jurídicos, constitui uma unidade fático-jurídica em que as razões apresentadas em juízo pela parte são concebidas a partir de uma determinada visão a respeito do caso.

Do mesmo modo, já alertava Neves (1967, p. 586):

[...] enquanto o fato não tem existência senão a partir

do momento em que se torna matéria de aplicação do direito, o direito não tem interesse senão no momento em que se trata de aplicar o fato. Quando o jurista pensa o fato, o faz sempre como matéria do direito e quando reflete sobre o direito está a pensar como forma destinada ao fato.

Por conta disso, uma vez delimitados os fundamentos fáticos e jurídicos – causa de pedir – imputados na ação eleitoral pelo autor, a eles estará vinculado o juiz eleitoral, de maneira a não poder reconfigurá-los em eventual sentença sancionatória, mormente após a defesa do Réu, sem consultá-lo, porquanto o art. 10 do CPC proscreeve essa ideia de liberdade decisória quanto à requalificação dos fundamentos jurídicos da inicial.

É sabido que as partes não são apenas destinatárias da decisão, são também autoras dela, e por isso, têm o direito de participar (com seus argumentos) na construção do provimento judicial, sem serem surpreendidas com a reconfiguração da causa de pedir – reenquadramento dos fundamentos jurídicos – pelo magistrado eleitoral quando exarar sua decisão.

Diante desse quadro sintomático, é que se faz a releitura da súmula nº 62 do TSE, para que possa garantir a legitimidade democrática de eventual decisão sancionatória do juiz eleitoral, sem violação da confiança legítima e do direito ao contraditório do réu.

9 Conclusão

Como visto, a tutela da moralidade e do interesse público de lisura nos pleitos eleitorais, com lastro no art. 14, §9º, da Constituição, não se sobrepõe aos valores constitucionais do devido processo legal e das garantias processuais dele decorrentes e nem da segurança jurídica, devendo por isso serem respeitados igualmente.

O Direito Eleitoral em alguns aspectos processuais precisa se

libertar de comportamentos medievais, que remontam a uma época inquisitorial autoritarista, não mais condizentes com as garantias processuais contemporâneas advindas com o Novo Código de Processo Civil.

É necessário fazer uma constante releitura dos institutos do processo eleitoral à luz do vigente Código de Processo Civil, pois é inegável que todo provimento judicial deverá ser construído em um processo dialético de interação entre o Estado-juiz e as partes, para que estas não sejam apanhadas por odiosa decisão surpresa.

Assim, eventual decisão sancionatória somente terá legitimidade democrática se as partes puderem participar previamente no iter de sua formação, seja com argumentos e provas levados em consideração pelo julgador, já que elas serão as destinatárias finais de tal provimento.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. O valor probatório da delação premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13, **Consulex**, n. 443, p. 26-29, fev. 2015.

CHEIM, Flávio Jorge; LIBERATO, Ludgero; ABELHA, Marcelo Rodrigues. **Curso de direito eleitoral**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1.

GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e le questioni rilevabili d'ufficio. **Rev. Proc. - RePro.**, v, 35, n. 186. p. 109-160, ago. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: RT, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 3. ed. São Paulo: RT, 2017. v 2.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo civil moderno**: vol. 1: parte geral e processo de conhecimento. São Paulo: RT, 2009, p. 109.

NERY, Nelson Junior, ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado**. 16. ed. São Paulo: RT, 2016.

NEVES, Antônio Castanheira. **Questão de-fato, questão de direito**: o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Almedina, 1967.

STRECK, Lenio Luiz. **O julgamento no TSE: pedindo licença para uma análise jurídica**. 15 jun. 2017. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-15/senso-incomum-julgamento-tse-pedindo-licenca-analise-juridica#author>>. Acesso em: 29 ago. 2018

THEODORO JÚNIOR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Estabilização da demanda no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo: RePro.**, v. 40, n. 244, p. 195-205, jun. 2015.

A PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA

Arthur Rollo¹

RESUMO

O estudo aborda a propaganda eleitoral antecipada, com enfoque nas eleições de 2018, diante das alterações introduzidas pela Lei n° 13.165, de 29 de setembro de 2015. Discorre sobre a exigência de pedido direto de voto e da sua configuração, de acordo com a jurisprudência. Trata das situações expressamente ressalvadas pela Lei n° 9.504/97.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Propaganda eleitoral antecipada
2. Reforma Eleitoral de 2015
3. Eleições de 2018 4. Pré-candidato
5. Pré-campanha

1 Conceito de propaganda eleitoral e distinção em relação às demais espécies de propaganda política

A propaganda eleitoral consiste na modalidade de manifestação de pensamento através da qual, partidos políticos, coligações e candidatos pedem diretamente o voto do eleitor, com vistas às eleições. Trata-se de espécie de propaganda política, juntamente com a propaganda intrapartidária e a propaganda partidária, e costumeiramente está associada à divulgação de ideias, opiniões, princípios, pensamentos, propostas e teorias, visando captar a simpatia do eleitor.

¹ Doutor e mestre pela PUC/SP. Professor titular da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Advogado especialista em legislação eleitoral.

A propaganda eleitoral visa distinguir o candidato, o partido e a coligação postulantes dos demais, mediante o destaque de suas ideias, propostas, teses, qualidades e aptidões e também pode desmerecer seus adversários, ressaltando suas deficiências e características que os desfavorecem. Implica certamente no convite à reflexão e ao cotejo de características dos postulantes para a elaboração do voto, dentro da consciência de cada eleitor. Sua realização está protegida pelo art. 220 da Constituição Federal, desde que devidamente identificada e feita sob a responsabilidade dos partidos, coligações ou candidatos.

A propaganda eleitoral pode ser feita na modalidade positiva, pedindo diretamente para votar no postulante, ou negativa, pedindo diretamente para não votar em alguém.

Na lição de Cândido (2005, p. 149):

Propaganda Política é gênero; propaganda eleitoral, propaganda intrapartidária e propaganda partidária são espécies desse gênero. Propaganda Eleitoral ou Propaganda Política Eleitoral é uma forma de captação de votos usada pelos partidos políticos, coligações ou candidatos, em época determinada por lei, através da divulgação de suas propostas, visando à eleição de cargos eletivos.

A propaganda partidária tem o propósito de divulgar os ideários partidários, as ações e eventos do partido, bem como a forma de administrar e de atuar de seus membros que já ocupam cargos públicos.

A propaganda intrapartidária, por sua vez, é facultada pelo §1º do art. 36 da Lei nº 9.504/97: *“Ao postulante a candidatura a cargo eletivo é permitida a realização, na quinzena anterior à escolha pelo partido, de propaganda intrapartidária com vista à indicação de seu nome, vedado o uso de rádio, televisão e outdoor.”*

Essa espécie de propaganda também é denominada de pré-convencional, porque consiste em divulgações restritas ao âmbito do partido ou da coligação, a fim de que o postulante seja ungido candidato pelos convencionais de sua agremiação. Além do âmbito da sua difusão ser restrito, também existe limitação de ordem temporal, que a restringe à quinzena anterior à realização das convenções.

Como o prazo das convenções se inicia no dia 20 de julho e termina no dia 5 de agosto do ano da eleição², a propaganda intrapartidária só poderá ser veiculada entre os dias 5 e 21 de julho. O que determina o início da propaganda intrapartidária é a data designada para a convenção, nos termos da convocação realizada conforme o estatuto do partido político respectivo. O seu período, portanto, varia de agremiação para agremiação.

A propaganda intrapartidária não pode ser realizada através de rádio, televisão, outdoor e internet, que são formas amplas de divulgação à população em geral. Os meios de veiculação devem ser compatíveis com o âmbito restrito da sua difusão, destinada exclusivamente aos convencionais. Formas amplas de divulgação podem traduzir o objetivo de realizar propaganda eleitoral antecipada, ensejando a punição por parte da Justiça Eleitoral, porque na propaganda intrapartidária existe o pedido de voto direto visando a convenção. Esse pedido de voto direto, ainda que visando a convenção, se for divulgado amplamente pode desnaturar-se para a propaganda antecipada.

Nos termos da resposta dada à Consulta TSE nº 1673, a propaganda intrapartidária pode ser feita por meio: da remessa de mensagens eletrônicas, dirigidas exclusivamente aos filiados; da remessa de cartas, exclusivamente aos filiados; da utilização de faixas e cartazes, em locais próximos às convenções ou prévias³; da distribui-

2 Art. 8º, “caput” da Lei nº 9.504/97, com redação alterada pela Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015.

3 Que devem ser retirados imediatamente após a convenção, conforme previsto no art. 2º,

ção de folhetos aos filiados, nos limites do partido.

De acordo com a resposta a essa mesma Consulta, é vedada na propaganda intrapartidária: a participação de não filiados nas prévias e convenções; a divulgação do resultado das prévias pela internet; a veiculação de matérias pagas em meios de comunicação.

A propaganda intrapartidária, veiculada sob a forma de faixas e cartazes afixados nas imediações do local em que será realizada a convenção partidária, não possibilita que tais artefatos sejam espalhados por toda a cidade, a pretexto de divulgação destinada aos convencionais. Ainda que a lei não estabeleça parâmetros objetivos que limitem territorialmente a divulgação, existem decisões judiciais restringindo a veiculação a uma distância máxima de um quilômetro do local da convenção. Essa distância pode ser demasiada, em se tratando de cidades pequenas. Deve haver bom-senso do aplicador da lei, porque a divulgação pré-convencional é um direito daquele que almeja ser candidato que, de outro lado, não pode utilizar essa difusão como antecipação da propaganda eleitoral.

A regulamentação dessa forma de propaganda é realizada por meio das resoluções baixadas pelo C. TSE, por ocasião de cada pleito⁴.

O TSE já considerou como propaganda antecipada punível a difusão de propaganda intrapartidária por meio de *outdoor*, fixado em caminhão estacionado em via pública em frente ao local da convenção, no precedente AgR-AI nº 3815, Relatora Min. Laurita Vaz, j. 04.02.2014, DJE de 20.02.2014:

§2º da Resolução TSE nº 23.551/2017.

4 A questão vem regulada pelo §1º do art. 2º da Resolução TSE nº 23.551, Relator Ministro Luiz Fux, baixada para as eleições de 2018: “§ 1º Ao postulante a candidatura a cargo eletivo, é permitida a realização, na quinzena anterior à escolha pelo partido político, de propaganda intrapartidária com vista à indicação de seu nome, inclusive mediante a fixação de faixas e cartazes em local próximo da convenção, com mensagem aos convencionais, vedado o uso de rádio, televisão e outdoor (Lei nº 9.504/97, art. 36, § 1º).”.

Os limites da propaganda intrapartidária foram ultrapassados, pois foi realizada propaganda eleitoral antecipada por meio de outdoor, fixado em caminhão, estacionado em via pública, em frente ao local designado para a convenção partidária, de forma ostensiva e com potencial para atingir os eleitores.

De acordo com o entendimento adotado nesta Corte Superior: Para fins de configuração de outdoor, a que se refere o art. 39, § 8º, da Lei nº 9.504/97, não é exigido que a propaganda eleitoral tenha sido veiculada por meio de peça publicitária explorada comercialmente, bastando que o engenho ou o artefato, dadas suas características e/ou impacto visual, se equipare a outdoor. (Respe nº 2641-05/PI, Rel. Ministro Arnaldo Versiani, DJE 27.5.2011).

Todas essas diferenças, temporais e formais, das modalidades de propaganda política, podem ser sintetizadas no quadro seguinte:

Propaganda política⁵			
Espécies	Objetivo	Período de Divulgação	Formas
Eleitoral	Visa obter o voto do eleitor	A partir de 16 de agosto do ano eleitoral	Previstas na Lei nº 9.504/97
Intrapartidária	Visa à escolha do postulante em convenção	Na quinzena anterior à convenção designada. Entre 5 e 21 de julho.	Proibida a veiculação por meio de rádio, tv, <i>outdoor</i> e <i>internet</i>
Partidária	Visa à divulgação das ideias e ações partidárias	Não tem restrição de período	Previstas pela Lei nº 9.096/1995

5 Quadro extraído da obra: “Eleições no Direito Brasileiro atualizado com a Lei nº 12.034/09”, p. 139, adaptado de acordo com as Leis nº 13.165, de 29 de setembro de 2015 e nº 13.487, de 6 de outubro de 2017.

A propaganda eleitoral pode ser considerada ilícita pelo tempo, pela forma ou mesmo pela origem dos recursos nela empregados. Será considerada ilícita pelo tempo quando for veiculada antes do período permitido, dita propaganda eleitoral antecipada, ou depois do período permitido, porque a propaganda eleitoral lícita tem data para início e para fim.

Será também ilícita a propaganda eleitoral toda vez em que empregar meios proibidos pela legislação eleitoral e que for financiada por recursos de origem ilícita, como de sindicatos e igrejas, por exemplo.

A modificação da legislação em relação à propaganda eleitoral antecipada fez cair por terra a jurisprudência eleitoral anterior, que entendia configurada a propaganda eleitoral antecipada quando mencionados: os méritos e qualidades do postulante, a ação política a ser desenvolvida e o cargo almejado.

Embora *outdoor* seja vedado como artefato de propaganda eleitoral, a jurisprudência admite sua utilização na propaganda partidária, como forma de atrair os filiados para eventos do partido. Nesse sentido, outdoors contendo mensagem partidária visando atrair filiados, estampando a foto dos pré-candidatos a Prefeito e a Vice-Prefeito, não configuram propaganda antecipada conforme decidiu o TRE-RS no julgamento do recurso eleitoral nº 6715, j. em 15.03.2016, Relator Dr. Sílvio Ronaldo Santos de Moraes, DJE de 17.03.2016, p. 2⁶. O TSE afastou a configuração de propaganda ex-

6 *Recursos. Propaganda eleitoral extemporânea. Outdoor. Art. 36-A da Lei n. 9.504/97. Eleições 2016. Exposição de outdoors com imagem de pré-candidatos aos cargos de prefeito e vice, com suposto propósito de captação de votos. Conteúdo sem alusão ao pleito vindouro ou à eventual candidatura, inexistindo elementos que possam caracterizar propaganda eleitoral antecipada. Componentes do artefato publicitário restritos a atrair filiados para a grei partidária. Ademais, o marco temporal entre as datas de veiculação da imagem e da ocorrência do pleito mitiga os efeitos que poderia causar na intenção de voto do eleitorado. Irrelevante, no caso, eventual análise da recente modificação legislativa trazida pela Lei n. 13.165/15, já que o próprio conteúdo do material contestado afasta o reconhecimento da ocorrência da propaganda extemporânea. Reforma da sentença para julgar improcedente a representação e, por consequência,*

temporânea na divulgação de outdoor contendo foto e os seguintes dizeres: *Odelmo Leão e Arnaldo Silva. Juntos pela saúde. Juntos por Uberlândia*, TSE, Respe nº 621, Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 14.09.2017, DJE de 29.09.2017.

Ainda que esse tipo de divulgação não traduza a propaganda eleitoral antecipada, poderá configurar abuso dos meios de comunicação social, dependendo da quantidade de *outdoors* empregada e do seu impacto visual perante o eleitorado.

O exercício regular do direito de propaganda política consiste em realizar cada uma de suas espécies dentro dos seus respectivos objetivos, períodos de divulgação e formas, definidos pela legislação eleitoral e pelas resoluções baixadas pelo TSE.

2 A propaganda eleitoral antecipada

As definições de propaganda eleitoral antecipada estão previstas nos artigos 36-A e 36-B da Lei nº 9.504/97. O primeiro traz uma definição negativa, dizendo as situações que não configuram propaganda antecipada, enquanto que o segundo dispositivo traz uma definição positiva, trazendo uma das hipóteses em que ela restará configurada.

Nenhum dos dispositivos, entretanto, esgota o tema, devendo sua interpretação se dar em conjunto com o “caput” do art. 36 da Lei nº 9.504/97, que permite a veiculação de propaganda eleitoral a partir do dia 16 de agosto dos anos eleitorais.

Propaganda antecipada é aquela através da qual o pré-candidato pede diretamente o voto do eleitor, antes do dia 16 de agosto do ano da eleição. Trata-se de propaganda eleitoral irregular quanto ao tempo, por ser veiculada antes do período permitido, e sujeita o responsável pela sua divulgação, e também seu beneficiário desde que provado seu prévio conhecimento, a multa no valor de R\$5.000,00

afastar a condenação ao pagamento de multa.

(cinco mil) a R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais) ou equivalente ao custo da propaganda, se este for maior, conforme prescreve o art. 36, §3º da Lei nº 9.504/97.

A modificação introduzida pela Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015, no art. 36-A da Lei nº 9504/97 flexibilizou bastante a pré-campanha tendo a propaganda antecipada ficado restrita ao pedido direto de voto, que continua sendo interpretado por nossos Tribunais eleitorais casuisticamente. Acabou aquela hipocrisia de todo mundo saber que o sujeito seria candidato e dele mesmo não poder confirmar isso, quando questionado. O objetivo da alteração legislativa foi permitir que os pré-candidatos divulguem essa sua condição e angariem apoios antes mesmo do período de propaganda eleitoral, postergado para ter início apenas em 16 de agosto.

Tanto o art. 36-A quanto o art. 36-B da Lei nº 9.504/97 trazem hipóteses exemplificativas, cabendo aos Tribunais Eleitorais, de forma casuística, estabelecer em quais situações restará configurada a propaganda eleitoral antecipada. A minirreforma eleitoral de 2015, ao flexibilizar as divulgações pré-eleitorais, acompanhou a jurisprudência pacificada no TSE a respeito do tema.

O objetivo primordial da legislação eleitoral e da Justiça Eleitoral é assegurar que a vontade do eleitor, livre de vícios e de influências perniciosas, seja colhida pelas urnas.

A propaganda eleitoral tem papel fundamental na formação da consciência do eleitor e sua difusão ampla garante que todos, independentemente de condição social e econômica, tenham acesso ao poder. De acordo com Ribeiro (1990. p. 33), a propaganda eleitoral é fundamental para o amadurecimento das opiniões:

A dinâmica da ordem política necessita que se entrecruzem ideias divergentes, oferecendo posições contrapostas, dando margem a que no entrechoque de opiniões possam emergir soluções negociadas, para crescente ampliação das conquistas coletivas.

A liberdade política envolve discussão pública, possibilitando o progresso da ordem política seja alcançado pelas discrepâncias no interior da própria ordem política.

Pela liberdade de oposição no contexto da ordem política torna-se viável e regular a alternância no poder, sem riscos para a continuidade do regime político.

A propaganda eleitoral ampla é a arma de que dispõe o candidato para tornar-se conhecido perante o eleitorado. Quem realiza propaganda eleitoral antecipada, além de estar sujeito ao pagamento de multa, pode vir a cometer abuso do poder econômico, porque estará realizando despesas de campanha antes da expedição do CNPJ de campanha, antes da abertura de conta corrente específica e antes da época permitida para a arrecadação de recursos, ou mesmo abuso dos meios de comunicação social⁷. Dependendo, portanto, do vulto das despesas realizadas para a veiculação da propaganda antecipada, poderá restar também configurado o abuso, passível de cassação do registro ou do diploma do infrator.

Qualquer forma de propaganda eleitoral, mesmo que autorizada pela legislação, quando feita antes do dia 16 de agosto do ano da eleição será considerada irregular. Apenas a partir dessa data é que, do ponto de vista cronológico, passa a propaganda eleitoral a

7 Nesse sentido: “*O uso indevido dos meios de comunicação caracteriza-se, na espécie, pela veiculação de nove edições do Jornal Correio do Vale, no período de março a julho de 2010, nos formatos impresso e eletrônico, com propaganda eleitoral negativa e graves ofensas pessoais a Sebastião Pereira Nascimento e Carlos Eduardo Vilela, candidatos aos cargos de deputados estadual e federal nas Eleições 2010, em benefício do recorrido – único editor da publicação e candidato a deputado estadual no referido pleito. Na espécie, a potencialidade lesiva da conduta evidencia-se pelas graves e reiteradas ofensas veiculadas no Jornal Correio do Vale contra os autores da AIJE, pelo crescente número de exemplares distribuídos gratuitamente à medida que o período eleitoral se aproximava e pelo extenso período de divulgação da publicação (5 meses).*” TSE, Recurso Ordinário nº 938324, Relatora Ministra Fátima Nancy Andriighi, j. 31.05.2011, DJE de 01.08.2011, p. 231/232.

ser lícita.

A lei não prevê expressamente data para o início da incidência de punição pela propaganda eleitoral antecipada. Entretanto, tendo em conta que o objetivo da propaganda eleitoral é a obtenção do voto, não achamos viável a lembrança de um pedido verificado um ano antes da eleição. Achamos razoável que, para fins de interpretação, seja considerado como termo inicial da propaganda eleitoral antecipada o primeiro dia do ano eleitoral. Isso porque, fatos anteriores, a nosso ver, cairão no esquecimento, e não terão o potencial de desequilibrar a disputa.

A modificação do art. 36-A da Lei nº 950497, introduzida pela lei 13.165, de 29.9.2015, praticamente reservou a configuração da propaganda eleitoral antecipada para as situações em que o pedido de voto é direto. O postulante pode dizer que é pré-candidato, pedir apoio político e divulgar as ações políticas passadas e futuras.

Não obstante isso, persiste a proibição de realização de gastos típicos de campanha antes do pedido de registro de candidatura, da obtenção do CNPJ de campanha, da abertura de conta corrente específica e da arrecadação de recursos eleitorais de fontes lícitas. Isso significa que, ainda que a forma de divulgação não configure propaganda antecipada, pode representar abuso do poder econômico e dos meios de comunicação social, dependendo do volume de gastos empregado e do impacto visual da divulgação.

2.1 Pedido explícito de voto

De acordo com a expressa redação do art. 36-A, “caput” da Lei nº 950497, mesmo antes do dia 16 de agosto do ano da eleição, o pré-candidato pode assim dizer-se, inclusive mencionando o cargo a que pretende concorrer, e também ressaltar seus méritos e qualidades pessoais, que o destaquem perante a população, desde que não formule “pedido explícito de voto”. A jurisprudência do TSE é no

mesmo diapasão⁸.

Além do tradicional “vote em mim”, o TSE interpretou como pedido direto de voto a concessão de entrevista com os seguintes dizeres: “*eu vou ter muita honra de ser prefeito da cidade, se Deus permitir e o povo; a única coisa que eu peço ao povo é o seguinte: ter esta oportunidade de gerir*”. De acordo com o Ministro Relator, Jorge Mussi, tais colocações traduziram pedido direto de voto⁹.

O pré-candidato também pode participar de entrevistas¹⁰, encontros e debates no rádio, na televisão e na internet, devendo cuidar de atentar à observância da isonomia em relação aos dois primeiros. Vale dizer, o pré-candidato pode participar de entrevistas no rádio e na TV, desde que não monopolize a programação desses veículos, como costuma acontecer quando sua família ou algum amigo é proprietário da emissora. As emissoras de rádio e televisão devem cuidar de distribuir os convites entre os candidatos de diferentes agremiações, podendo, todavia, dar um pouco mais de ênfase a qualquer deles, desde que justificado no interesse jornalístico.

Estão igualmente permitidos, antes de 16 de agosto do ano da eleição, encontros, seminários e congressos em ambiente fechado, pagos pelos partidos políticos, visando a preparação das eleições, ou seja, a discussão de planos de governo, de alianças partidárias, es-

8 *A propaganda eleitoral extemporânea caracteriza-se somente quando há o pedido explícito de votos, nos termos do art. 36-A da Lei nº 9.504/97 (AgR-REspe nº 22-26/MA, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 7.3.2017 e REspe nº 51-24/MG, de minha relatoria, PSESS em 18.10.2016).*” TSE, Respe nº 25603, Relator Min. Luiz Fux, j. 05.12.2017, DJE de 08.03.2018, p. 27-28.

9 TSE, Agravo no Recurso Especial Eleitoral nº 10-87.2016, j. 27.02.2018, DJE de 26.03.2018.

10 *Representação. Matéria jornalística. Divulgação na internet. Propaganda eleitoral antecipada dissimulada. Não configuração. A teor do disposto no inciso I do art. 36-A da Lei nº 9.504, a divulgação de mera entrevista, através de jornal eletrônico, de pré-candidata onde discursa e leva ao conhecimento do população sua plataforma e projetos políticos, sem pedido expresso ou dissimulado de votos, não configura propaganda eleitoral antecipada, inexistindo qualquer ilicitude.* TRE-RO, RP nº 125232, Relator Dimis da Costa Braga, j. 31.03.2016, DJE de 08.04.2016.

estratégias de campanha, etc.. Por “ambiente fechado” entende-se que tais eventos não podem estar abertos ao público, até porque nesse tipo de evento, que congrega simpatizantes e apoiadores, os discursos costumam ser acalorados e podem ser interpretados como pedido explícito de voto. Também deve haver cuidado na divulgação desses eventos, porque poderá restar configurada a propaganda antecipada se o âmbito da divulgação extrapolar a esfera interna do partido político.

O TSE não considerou propaganda antecipada a realização de reunião eleitoral em hotel, no mês de julho do ano da eleição, para divulgação da pré-candidatura, mesmo com animação de artista se não houve pedido direto de voto. Também não importa que tenha havido a menção ao partido político, ao cargo a ser disputado, bem como a fotografia do candidato, que são conteúdos albergados “pelas liberdades de expressão e informação”.

Muito embora a lei eleitoral permita expressamente eventos preparatórios da campanha realizados em ambiente fechado, o TSE não considerou propaganda eleitoral antecipada a realização, antes de 16 de agosto do ano da eleição, de eventos de pré-campanha eleitoral, tais como passeatas, com abraços e cumprimentos a populares, e a sua divulgação, através de fotos, nas redes sociais mantidas pelo pré-candidato, por ausente o “pedido explícito de voto”. Nem mesmo as fotos com as mãos espalmadas, em clara alusão ao número do candidato, 55, foram consideradas pedido direto de voto¹¹.

No mesmo sentido, decidiu o TSE que podem ser promovidas “Caminhadas da Cidadania” por associação de bairro ligada a Depu-

11 *Consoante o entendimento mais atual desta Corte Superior, de acordo com a moderna interpretação jurisprudencial e doutrinária acerca do art. 36-A da Lei nº 9.504/97, a publicidade que não contenha expresso pedido de voto não configura propaganda eleitoral (AgR-REspe 1112-65/SP, rei. Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Nelo, DJe 5.10.2017). De acordo com o delineamento fático consignado no acórdão regional, não há falar em propaganda eleitoral extemporânea, tendo em vista que não houve pedido expresso de voto, mas, tão somente, mera menção a genéricos apoios políticos.*, TSE, AG no AG NO RESPE nº 310-56.2016.6.20.0009, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 19.12.2017, DJE de 22.02.2018, p. 119.

tado Estadual. Os discursos podem fazer menção a pré-candidatos e a partidos, desde que não haja pedido direto de voto¹².

Também está expressamente permitida a realização de prévias partidárias, precedidas das divulgações dos candidatos que as disputarão. A difusão de seus resultados deve ficar restrita ao âmbito partidário. O partido político pode, entretanto, destacar na sua propaganda seus filiados de relevo: *O destaque dado a lideranças de expressão não desvirtua a propaganda partidária, desde que sem teor eleitoral ou exclusiva promoção pessoal*. TSE, RP n° 29487, Relator Ministro Herman e Benjamin, j. 16.02.2017, DJE de 09.03.2017.

Estão assegurados os debates legislativos e atos parlamentares, inclusive transmitidos pelos canais oficiais no rádio, na televisão e na internet, desde que não haja pedido de voto.

Tanto os eleitores quanto os pré-candidatos podem assumir posicionamento pessoal sobre questões políticas na internet e nas redes sociais, até porque eles decorrem da liberdade de manifestação de pensamento do art. 220 da Constituição Federal.

Assegura o art. 23, VII da Lei n° 950497, a realização na pré-campanha da arrecadação de recursos por meio de vaquinhas na internet.

O §2° do art. 36-A da Lei n° 950497 garante, expressamente, o direito do pré-candidato divulgar sua pré-candidatura, suas ações políticas passadas e futuras. Vale dizer, o pré-candidato pode dizer a qual cargo pretende concorrer, assim como também divulgar seu currículo, suas realizações passadas e as razões que o motivaram a ingressar ou continuar na vida pública. Tudo isso pode ser feito, desde que não configure pedido direto de voto.

Pedir apoio para a pré-candidatura não se confunde com pedir o voto do eleitor. Pedir para que o povo permita a continuidade do trabalho do Deputado, conferindo-lhe seu voto, constitui pedido

12 TSE, Ag. Reg. em Respe 1-94.2016.6.25.0009, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJE de 03.11.2017.

direto de voto, conforme já decidiu o TSE no precedente de Aracati – CE¹³.

Não configura propaganda antecipada o festejo de aniversário do pré-candidato, se não houve o pedido direto de voto, mesmo que exaltadas suas qualidades e condição de postulante. Nesse sentido:

REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL EXTEMPORÂNEA. FESTA DE ANIVERSÁRIO CONDUZIDA PELO ANIVERSARIANTE. PRÉ-CANDIDATO ÀS ELEIÇÕES MUNICIPAIS DE 2016. MENÇÃO À FUTURA CANDIDATURA FEITA POR ELE E POR POLÍTICOS ALI PRESENTES. PROMOÇÃO PESSOAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 36-A DA LEI Nº 9.504/1997 COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 13.165/2015. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. MANTIDA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU.

1. Pela nova redação do art. 36-A da Lei nº 9.504/1997, é permitida a menção à pretensa candidatura e a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos, desde que não haja "pedido explícito de voto".

2. O evento organizado pelo pré-candidato ocorreu após a entrada em vigor da Lei nº 13.165/2015, passando a ser regido por ela.

3. A menção à futura candidatura e a manifestação de apoio por parte de políticos locais não caracterizam o ato como propaganda antecipada, pois não houve pedido ostensivo de voto.

4. Mantida a Sentença do Juízo de 1º Grau. TRE-PA, Recurso Eleitoral 3695, Relatora Lucyana Said Daibes Pereira, j. 29.04.2016, DJE de 09.05.2016, p. 4-5.

13 Agravo no Recurso Especial Eleitoral nº 10-87.2016, j. 27.02.2018, DJE de 26.03.2018.

Ausente o pedido explícito de voto, que pode ser inferido das circunstâncias se o pré-candidato pede o apoio da população para chegar na Câmara Federal ou na Assembleia Legislativa, não existe a propaganda eleitoral antecipada. Pode o pré-candidato dizer essa sua condição, mencionar suas qualidades, propostas e até mesmo pedir apoio para a sua pré-campanha e o engajamento de militantes.

2.2 Valor da multa a ser aplicada pela propaganda eleitoral antecipada

A multa decorrente da propaganda eleitoral antecipada deve ser individual, ou seja, havendo mais de um responsável pela sua realização cada um deverá ser apenado com multa individualmente, no valor de cinco a vinte e cinco mil reais, ou equivalente ao custo da propaganda, se for maior.

Não existe solidariedade na imposição da multa por propaganda antecipada. Nesse sentido a jurisprudência do TSE já está pacificada, como se infere do precedente:

Não cabe a redução de multa por propaganda eleitoral antecipada já imposta em seu grau mínimo e fundamentada nas circunstâncias averiguadas no caso concreto. Conforme já decidiu o TSE, existindo mais de um responsável pela propaganda irregular, a pena de multa deve ser aplicada individualmente, e não de forma solidária (AgR-AI nº 7.826, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJE de 24.6.2009). No mesmo sentido: ED-AgR-REspe nº 27.887, rel. Min. José Delgado, DJ de 4.10.2007.¹⁴

O valor da multa a ser aplicada, em princípio, sempre será o

¹⁴ TSE, AgR-REspe nº 6881, Relator Min. Henrique Neves, j. 19.09.2013, DJE de 08.10.2013.

mínimo. Sua elevação deve ser fundamentada na reiteração da conduta por parte do infrator ou mesmo na visibilidade e repercussão do meio utilizado. Essa fundamentação, sem dúvida, é a garantia da possibilidade de avaliação da proporcionalidade da pena imposta em sede de recurso.

Naqueles casos de propagandas eleitorais antecipadas de alto custo, como aquelas veiculadas pelo rádio e pela televisão, o limite máximo da multa será o custo estimado da propaganda de acordo com o mercado. De qualquer sorte, a aplicação da multa correspondente ao custo também deverá ser justificada na grande repercussão do meio de propaganda indevidamente empregado.

Além da multa pela propaganda eleitoral antecipada, poderá o candidato beneficiário ser punido por abuso do poder econômico ou dos meios de comunicação social, em casos mais extremos. A Resolução TSE nº 23.551, Relator Ministro Luiz Fux, reproduz, no seu art. 118 e parágrafo único, o art. 367, §2º do Código Eleitoral, que possibilita o aumento, em até dez vezes, das multas eleitorais de natureza não penal. Na prática, significa que a multa de vinte e cinco mil reais poderá ser de até duzentos e cinquenta mil reais, o que é valor mais do que suficiente para punir infrações dessa natureza.

A variação da multa de R\$5.000,00 a R\$250.000,00 permite ampla discricionariedade do julgador e assegura punição proporcional a qualquer tipo de infração e agravo.

2.3 Prévio conhecimento

A realização da propaganda antecipada acarreta a punição do “responsável pela divulgação” e do candidato beneficiário apenas “quando comprovado seu prévio conhecimento”. O ônus dessa prova cabe ao representante, que deve nos termos do art. 40-B da Lei nº 9.504/97¹⁵, instruir a petição inicial, desde logo, com documentos

15 Incluído pela Lei nº 12.034/09.

que demonstrem o prévio conhecimento do representado. Essa prova pode ser feita, por exemplo, a partir da demonstração de que esse reside ou trabalha na mesma rua em que foi veiculada a propaganda irregular, ou mesmo inferida das próprias circunstâncias e, principalmente, da notoriedade da veiculação, que demonstrem “a impossibilidade de o beneficiário não ter tido conhecimento da propaganda”¹⁶.

Diante da ausência da demonstração, “ab initio”, do prévio conhecimento, caberá à Justiça Eleitoral intimar o beneficiário para remover a propaganda irregular, em quarenta e oito horas. Ainda que ele não tenha sido o responsável pela propaganda irregular, o ônus da retirada é seu, sob pena de restar caracterizado seu prévio conhecimento, o que ensejará a aplicação da penalidade prevista no art. 36, §3º da Lei nº 9.504/97.

Será punido o beneficiário que, uma vez intimado da existência da propaganda irregular, não promover a sua regularização no prazo de quarenta e oito horas. Da mesma forma, quando as circunstâncias e peculiaridades do caso denotarem a impossibilidade de seu desconhecimento, também será ele responsabilizado. Não poderá esse negar, por exemplo, a propaganda eleitoral irregular de grande repercussão e impacto visual, notadamente quando realizada em cidade pequena.

Além de provar a existência da propaganda eleitoral antecipada, o representante deverá, na petição inicial da representação, fazer a prova também da responsabilidade e/ou do prévio conhecimento do beneficiário.

3 Conclusões

A propaganda eleitoral configura espécie de propaganda política e decorre do exercício da liberdade de manifestação de pensamento. Resta presente apenas e tão-somente com o pedido direto de

16 Parágrafo único do art. 40-B da Lei nº 9.504/97

voto, positivo ou negativo, para o partido, coligação ou candidato.

Essa modalidade de propaganda tem data para início e para fim. Se realizada antes do dia 16 de agosto do ano da eleição, diz-se antecipada, e configura propaganda eleitoral irregular quanto ao tempo, sujeita a multa de cinco mil a vinte e cinco mil reais ou equivalente ao custo da propaganda, se for maior. Ainda, em casos excepcionalíssimos, pode a multa máxima ser aumentada em dez vezes.

Havendo mais de um responsável pela veiculação da propaganda, todos merecerão punição individual, não comportando aplicação o instituto da solidariedade.

Considera-se propaganda eleitoral antecipada aquela que pede explicitamente o voto do eleitor, ainda que esse pedido seja inferido da solicitação de apoio para continuar na Câmara Federal ou na Assembleia Legislativa. Essa afirmação de continuidade, conforme precedente recente do TSE, configura o pedido direto de voto.

A propaganda eleitoral antecipada, a fim de alcançar seu objetivo, deve ser veiculada pouco tempo antes da eleição. Do contrário cai no esquecimento. Por isso, entendemos que apenas pode restar configurada no ano da eleição, porque pedir voto antes disso é inócuo.

Os partidos políticos podem organizar encontros e seminários fechados de preparação para as eleições. Os pré-candidatos podem participar de entrevistas e debates de ideias.

A punição do beneficiário da propaganda eleitoral antecipada exige a demonstração do seu prévio conhecimento, que pode ser inferido das circunstâncias do caso concreto. Ausente a prova do prévio conhecimento, o candidato beneficiário será notificado para retirar a propaganda irregular. Se o fizer no prazo de quarenta e oito horas, não será punido. Do contrário, será responsabilizado, ainda que, em princípio, não tenha sido o autor da divulgação irregular.

REFERÊNCIAS

CÂNDIDO, Joel José. **Direito eleitoral brasileiro**. 11. ed. Bauru: Edipro, 2005.

RIBEIRO, Fávila. **Abuso de poder no direito eleitoral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Pressupostos constitucionais do direito eleitoral no caminho da sociedade participativa**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1990.

ROLLO, Alberto; BRAGA, Enir. **Comentários à Lei nº 9.100, de 1995**. São Paulo: Fiuza, 1996.

_____. **Comentários à lei eleitoral nº 9.504/97**. São Paulo: Fiuza, 2000.

ROLLO, Arthur Luis Mendonça. Formas de propaganda eleitoral permitidas e proibidas: propaganda institucional – vedação nos três meses anteriores ao pleito. In: _____. **Propaganda eleitoral: teoria e prática**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Reforma política e propaganda eleitoral. In: _____. **Reforma política: uma visão prática**. São Paulo: Iglu, 2007.

_____. Propaganda eleitoral. In: _____. **Eleições no direito brasileiro: atualizado com a Lei nº 12.034/09**. São Paulo: Atlas, 2010.

ATIVISMO JUDICIAL E JUSTIÇA ELEITORAL

Rodrigo López Zilio¹

RESUMO

O artigo analisa a prática do ativismo judicial na Justiça Eleitoral. Para tanto, inicia por diferenciar o ativismo judicial do fenômeno da judicialização do processo na jurisdição constitucional e, na sequência, analisa a existência de ativismo judicial no Estado Democrático de Direito. Após, centra-se em pontuar alguns aspectos vinculados à atuação da Justiça Eleitoral. A partir da análise de decisões proferidas pela Justiça Eleitoral, seja na forma de resposta à consulta ou mesmo na edição de resolução, questiona-se o limite de atuação desse órgão do Poder Judiciário, ainda que a pretexto de proteção da normalidade e legitimidade do processo eleitoral.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Ativismo judicial 2. Consulta
3. Justiça Eleitoral 4. Resolução
5. Poder regulamentar

1 Introdução

A opção por um Estado Democrático de Direito fundada em uma Constituição com forte carga axiológica e dotada de uma plêiade de direitos fundamentais redundou em uma judicialização da política, ou seja, as decisões sobre matérias sensíveis e caras ao regime republicano passam a ter no Poder Judiciário o *locus* final de deliberação, havendo uma espécie de transferência na arena do poder decisional – fato que é (ou deve ser) reputado contingencial. A partir

¹ Promotor de Justiça, professor de Direito Eleitoral, mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. E-mail. rlzilio@mprs.mp.br.

desse desenho entabulado pela Carta Política de 1988, é lícito reconhecer que o Poder Judiciário passa a exercer uma “atuação que leve em conta a perspectiva de que os direitos construídos democraticamente – e postos na Constituição – têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias eventuais” (STRECK, 2014, p. 178), conquanto esse agir deva encontrar um limite claro na própria Constituição Federal.

A relevância da atuação da jurisdição constitucional é bem delineada por Luís Roberto Barroso (2013, p. 238), quando observa que “o grande papel de um tribunal constitucional” é “proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático” A defesa da importância da atuação da jurisdição constitucional é compartilhada por Souza Neto e Sarmento (2013, p. 159). os quais ressaltam, porém, que “a jurisdição constitucional não é e não deve ser concebida como a protagonista da narrativa constitucional da Nação”, já que a “Constituição é interpretada e concretizada também fora das cortes”.

De qualquer modo, instado a responder por demandas de grande complexidade social ou política (os denominados *hard cases*), o Poder Judiciário dá respostas que tangenciam ou, por vezes, ultrapassam o limite da separação dos poderes. Quando as decisões judiciais terminam por invadir matéria que é de estrita competência dos Poderes Executivo ou Legislativo, o Judiciário é acusado de promover um ativismo judicial. Ainda que tanto a judicialização da política como o ativismo judicial denotem uma ideia de um acentuado grau de judicialização no ordenamento jurídico, Tassinari (2013, p. 24-37) pontua relevantes distinções entre esses fenômenos: a judicialização da política possui relação com uma “questão social” e é “derivada de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição” (amplo reconhecimento de direitos; ineficiência estatal na implementação desses direitos; aumento de litigiosidade) e sua diminuição não depende apenas do Poder Judiciário, mas também de comprometimento dos demais poderes constituídos; o ativismo judicial, de seu turno,

se caracteriza por uma atuação expansiva do Poder Judiciário, com decisões discricionárias e interferência nos demais poderes “com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente”.

Conquanto não seja um espaço adequado para debater, com a profundidade necessária, sobre diversas questões atinentes ao ativismo judicial, é importante salientar que o ativismo judicial tem encontrado na fase pós Constituição Federal de 1988 um momento propício para uma ocupação maior de espaço, ainda que esse tema não tenha, no Brasil, um debate de viés histórico como o que ocorre no direito norte americano². Com efeito, após certa timidez inicial – o que levou o órgão de cúpula judicial brasileiro a ser taxado de

2 Quando se analisa o ativismo judicial sob um viés histórico, conforme rememora Campos (2014, p. 49-59). sempre se destacam três decisões da Suprema Corte Americana que são tidas como uma espécie de “pré-história” do ativismo judicial. Primeira afirmação do *judicial review* da Suprema Corte, no caso *Marburyvs Madison* (1803) a Suprema Corte negou o pedido de Marbury – que impetrou um Mandado de Segurança diretamente na Suprema Corte contra o Secretário de Estado James Madison, com o objetivo de obrigar o demandado a outorgar os poderes de Juiz de Paz no Estado de Columbia, cargo para o qual ele tinha sido nomeado pelo Presidente John Adams (nos últimos dias de mandato) – sob o argumento de que a Constituição não lhe outorgava competência originária para o caso concreto (a sua competência era apenas recursal) e, então, declarou inconstitucional o artigo III da Seção 13 do *JudiciaryAct* de 1789. No caso *Dred Scott vsSandford* (1856), a Suprema Corte – em uma decisão extremamente criticada até hoje – negou o pedido de liberdade formulado por Dred Scott, a partir da morte do seu proprietário o major do exército John Emerson, refutando o argumento da aquisição do direito à liberdade pelo fato de haver residido em Illinois e Wisconsin (estados que proibiam a escravidão); nessa oportunidade, para refutar o argumento de Dred Scott, o Juiz Roger Taney argumentou que: 1) a V Emenda garante o direito constitucional de propriedade dos escravos e isso não poderia ser contrariado por lei estadual; 2) deve-se interpretar a Constituição de acordo com o status do negro ao tempo em que o documento foi ratificado (1787/1788), e o negro não era considerado cidadão, mas pertencia a uma classe subordinada e inferior; 3) não é atribuição da Suprema Corte decidir sobre a justiça ou injustiça disso. Por fim, no caso *Lochnervs New York* a Corte reputou inconstitucional uma lei do Estado do Nova Iorque (*BakeshopAct*) que criminalizava a exigência de jornada de trabalho dos padeiros acima de 10 horas ao dia ou 60 horas por semana, com o objetivo de proteger a saúde e o bem-estar dos trabalhadores; de acordo com a maioria da Corte, a referida lei teria restringido, sem fundamento razoável, o direito de contrato entre o empregador e o empregado. Essa decisão relevou a face conversadora da Corte, marcada pela ideologia do *laissez faire* e por uma leitura ampliada da Emenda XIV e sua cláusula do devido processo legal substancial.

“passivismo judicial” –, o STF abandonou o apego a autorrestrição judicial e a deferência ao Poder Legislativo.

De qualquer sorte, é certo afirmar que essa transição – da autorrestrição para um ativismo judicial – causou (e ainda causa) bastante polêmica, até mesmo porque é matéria correlacionada a um (permanente) juízo de tensão entre poderes da República. As razões de eventual ativismo judicial exercido pelo Poder Judiciário são diversas e não excludentes, bem como a própria concepção do que exatamente consiste o ativismo judicial seja controvertida (e não é o objeto de fundo do presente articulado).

Pela própria forma de distribuição de competência prevista na Constituição Federal, o ativismo judicial tem se desenhado com mais regularidade nas decisões das cortes constitucionais; no Brasil, contudo, além do Supremo Tribunal Federal, é certo que existem fortes sinais de decisões taxadas de ativistas que são emanadas do Tribunal Superior Eleitoral – que trata de matérias estreitamente vinculadas com a representação política e partidária da nação. Com efeito, é certo que a forte vocação política do TSE é traduzida pelo inegável vínculo de ancilaridade das decisões projetadas sobre temas caros e sensíveis ao regime democrático constitucional.

O objeto do presente articulado é analisar a existência de ativismo judicial na Justiça Eleitoral, ainda que determinadas decisões prolatadas nessa esfera tenham um desiderato de proteção da moralidade e regularidade do processo eleitoral. In casu, a relevância desse tema é marcada pela ideia de defesa do regime democrático não apenas sob a ótica de uma higidez de lisura do processo eleitoral, mas, em igual sentido, em uma defesa da legitimidade da própria Constituição Federal – que alberga a separação dos Poderes como um de seus princípios basilares e a democracia como um de seus fundamentos mais relevantes.

Para atingir o objetivo proposto, serão analisadas algumas decisões prolatadas no âmbito da Justiça Eleitoral (e, por vezes, do próprio Supremo Tribunal Federal), perquirindo sua adequação com

a atividade jurisdicional em sentido estrito, empregando-se o método dedutivo com fundamento em aportes doutrinários sobre o tema.

2 A Justiça Eleitoral e o ativismo judicial

A Justiça Eleitoral brasileira tem características³ próprias e singulares, que a distinguem dos demais ramos do Poder Judiciário. Da mesma sorte, por suas plúrimas atribuições, a Justiça Eleitoral brasileira também recebe um desenho diferenciado em relação a outros países americanos⁴. A resolução⁵ emanada pelo TSE tem (ou deve ter) um caráter meramente regulamentar, de modo a explicitar, de modo mais minudente, a matéria que já é prevista em lei. Lado outro, a consulta tem a função de proporcionar uma orientação, em tese, dada pela Justiça Eleitoral em uma determinada situação hipotética, tendo a função de mero esclarecimento em matérias controversas. Aquela (a resolução), apresenta uma força legal imperativa, ou seja, vincula a todos e possui densidade normativa suficiente para ser atacada através de Ação Direta de Inconstitucionalidade; esta (a consulta), não tem força vinculativa e não pode ser objeto de recurso e tampouco pode ser objeto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade.

3 Em resumo, a Justiça Eleitoral brasileira tem atribuição normativa, consultiva, administrativa e jurisdicional. A atividade normativa, em síntese, é dada pelo poder de regulamentar das resoluções; a atividade consultiva se revela nas orientações, em tese, sobre matérias eleitorais – que são atribuições dos tribunais eleitorais; a atividade administrativa se revela na manutenção do cadastro eleitoral e na criação de Zonas Eleitorais, locais de votação e seções eleitorais; a atividade julgadora é a efetiva prestação jurisdicional cível e criminal.

4 No México e no Chile, exemplificativamente, são concebidos dois órgãos para tratar de temas afetos à Justiça Eleitoral: um administrativo e outro jurisdicional. Neste sentido, demonstram Daniel Zovatto e J. Jesús Orozco Henríquez quando tratam especificamente do tema *reformas al organismo electoral* (ZOVATTO e OROZCO HENRIQUEZ, 2007, p. 117-135).

5 Sobre um estudo da tipologia das resoluções eleitorais e sua divisão em normativa, regulamentativa, contenciosa-administrativa e consultiva: Almeida Neto (2014, p. 148-156).

O acompanhamento diuturno de temas afetos à matéria eleitoral demonstra a existência de ativismo judicial em decisões, resoluções e, mesmo, em consultas respondidas pelo Tribunal Superior Eleitoral. Parcela da doutrina, aliás, tem sido bastante candente nas críticas à atuação expansiva da Justiça Eleitoral em temas sensíveis ao nosso regime político e democrático. Assim, v.g., Salgado (2010, p. 237) defende a absoluta inconstitucionalidade de o Tribunal Superior Eleitoral expedir resoluções e ainda refere que – caso superada a tese de inconstitucionalidade – a atuação do TSE nessa matéria:

[...] deve se subordinar à noção de função regulamentar de maneira estrita⁶: aquela em que não há espaço para discricionariedade qualquer, mas apenas se deve desdobrar, especificar o que a lei determina de modo genérico.

Ainda que de modo menos efusivo, Oliveira (2010, p. 110) também visualiza um exercício da função normativa da Justiça Eleitoral cada vez mais incisivo e que extrapola a mera atividade regulamentar “para, assim, transitar por campo próprio do Poder Legislativo, e, o que é pior, chegando muitas vezes a editar normas em manifesto conflito com a lei”.

Assim, é certo afirmar que é sabidamente reconhecido um excesso do Tribunal Superior Eleitoral no uso dos institutos da resolução e da consulta. Da mesma sorte, esse uso excessivo, por vezes, denota um perfil de decisão que configura um desenho de decisão judicial de caráter ativista, já que termina por definir matérias cujo *locus* de deliberação é do parlamento.

6 A doutrinadora paranaense, aliás, enumera algumas possibilidades de regulação do TSE através de resolução: “*Dessa forma, as resoluções eleitorais devem se restringir a esclarecer datas, competências e procedimentos para a eleição específica que será disputada, facilitando a compreensão da legislação eleitoral. Apenas isso*”

3 A face ativista da Justiça Eleitoral: casos concretos

De fato, existe certa convergência sobre decisões da Justiça Eleitoral que, sabidamente, podem ser enquadradas como ativistas, a saber: redução do número de vereadores; verticalização; fidelidade partidária.

3.1 Caso do número de vereadores

No primeiro caso, o Supremo Tribunal Federal⁷ – acolhendo parcialmente a pretensão do Ministério Público do Estado de São Paulo – adotou orientação que restringiu a autonomia administrativa dos municípios para fixarem o número dos representantes do Poder Legislativo, entendendo necessária a observância de um juízo de proporcionalidade como critério de uma adequada representação parlamentar. Para além de defender uma proporcionalidade entre a população do município e o respectivo número de vereadores, o Supremo Tribunal Federal reputou como “excesso do poder de legislar” a aprovação de norma municipal que estabeleça a composição da Câmara de Vereadores sem observância dessa relação de proporcionalidade. Com essa decisão, o STF adotou a fórmula segundo a qual os municípios têm direito a um vereador para cada 47.619 habitantes.

Conseqüência dessa decisão, o Tribunal Superior Eleitoral buscou regular o número de vereadores, de modo uniforme, em todos os municípios do país. Dessa forma, o TSE editou a Resolução nº 21.702 – que estabeleceu a regra geral a ser aplicada no cálculo do número de vereadores no pleito de 2004 – e, após, a Resolução nº 21.803 – na qual determinou o número específico de vereadores para cada um dos municípios do país.

⁷ RE nº 197917/SP – São Paulo – Recurso Extraordinário – Julgamento: 06/06/2002 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

A consequência prática dessas resoluções foi drástica, pois significou um corte automático no número de vereadores de diversos municípios do país. A matéria, então, foi levada à discussão do Supremo Tribunal Federal⁸, que assentou a constitucionalidade da resolução do TSE. Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal consignou o efeito transcendente dos fundamentos determinantes do RE nº 191.917/SP, na interpretação do inciso IV do art. 29 da Constituição Federal e reconheceu que o TSE, ao editar a resolução requestada, submeteu-se ao princípio da força normativa da Constituição, que representa diretriz relevante no processo de interpretação concretizante do texto constitucional.

O Congresso Nacional reagiu, ainda que tardiamente. Em 2009, a Emenda Constitucional nº 58, alterou a redação do inciso IV do caput do art. 29 e do art. 29-A da Constituição Federal. Em síntese, aludida emenda estabeleceu uma regra de proporcionalidade na fixação do número de vereadores, mas com aplicação retroativa (no caso do número de vereadores, “a partir do processo eleitoral de 2008”). A aplicação da íntegra dessa emenda constitucional importava em um aumento do número de vereadores já com a respectiva legislatura em curso, motivo pelo qual o STF⁹ assentou a impossibilidade de se alterar o resultado de um processo eleitoral já encerrado e reputou como inconstitucional “a norma que determina a retroação dos efeitos de regras constitucionais de composição das Câmaras Municipais em pleito ocorrido e encerrado”, assentando a afronta à garantia do exercício da soberania popular e à segurança jurídica.

Em síntese, ainda que a pretexto de regulamentar de modo equânime o número de vereadores em todas as circunscrições municipais do país, é certo que as resoluções editadas pelo TSE, no caso em tela, trataram de matéria de atribuição exclusiva do Poder

8 ADI nº 3345/DF – Ação Direta de Inconstitucionalidade – j. 25/08/2005 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

9 Tribunal Pleno – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4307/DF – j. 11/04/2013.

Legislativo, ofendendo, com isso, a autonomia administrativa dos referidos entes municipais.

3.2 O caso da verticalização

A união de partidos para participarem, em conjugação de esforços comum, de um processo eleitoral sempre guardou forte polêmica, seja pela ausência de afinidade ideológica, seja pela fragilidade do vínculo formado. Em resumo, as coligações invariavelmente se justificaram – exclusivamente – pela maior facilidade na obtenção do quociente eleitoral e por um espaço mais amplo no horário eleitoral gratuito. Dito de outro modo, o móvel da coligação sempre foi pragmático e, por vezes, pouco republicano.

Ocorre que, nas eleições gerais (que atingem as circunscrições federais e estaduais), as coligações, nos diferentes níveis, frequentemente causavam perplexidade no eleitorado (para dizer o mínimo), já que – em um exemplo mezinho – partidos se uniam em diversos estados, mas apresentavam uma relação de oposição em nível nacional.

O TSE – em consulta¹⁰ e por maioria – definiu uma regra que evocou o caráter nacional dos partidos, de modo a obrigar as coligações a manterem um nível mínimo de coerência. Em resumo, pela decisão, os partidos que tivessem lançado candidato para Presidente não podiam se coligar nos estados com partidos que igualmente tivessem lançado candidato a Presidente, desimportando que a candidatura ao cargo máximo tenha se dado isoladamente ou em coligação.

Na sequência, o TSE resolveu que o denominado “princípio da coerência na formação das coligações” deveria, de igual sorte, constar nas resoluções regulamentadoras do processo eleitoral de 2002.

10 Consulta nº 715 – Brasília – DF – Resolução normativa nº 21002 de 26/02/2002.

Desse modo, o art. 4º, §1º, da Res.-TSE nº 20.993/2002, estabeleceu a regra da “verticalização”, com a seguinte redação:

Os partidos políticos que lançarem, isoladamente ou em coligação, candidato/a à eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador/a de estado ou do Distrito Federal, senador/a, deputado/a federal e deputado/a estadual ou distrital com partido político que tenha, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato/a à eleição presidencial (Lei nº 9.504/97, art. 6º; Consulta nº 715, de 26.2.2002).

A matéria foi transferida ao STF através de controle concentrado de constitucionalidade¹¹, sendo ambas, por maioria, não conhecidas, sob o argumento do descabimento de ação direta de inconstitucionalidade contra resposta dada à consulta pelo TSE. No caso em tela, cumpre consignar que o Supremo Tribunal Federal olvidou que ao menos uma das resoluções (*in casu*, a Res.-TSE nº 20.993/2002), conforme sua própria jurisprudência, possuía densidade normativa suficiente para ser atacada através de Ação Direta de Inconstitucionalidade. Tendo em vista a prevalência do entendimento firmado pelo TSE, essa orientação foi replicada, mais uma vez, para o pleito de 2006 – com a introdução do art. 3º, §1º, na Res.-TSE nº 22.156/2006¹².

Diante desse quadro jurídico-normativo, o Congresso Nacio-

11 ADI nº 2626/DF – j. 18/04/2002; ADI nº 2628/DF – j. 18/04/2002.

12 Art. 3º § 1º, da Res.-TSE nº 22.156/2006. Os partidos políticos que lançarem, isoladamente ou em coligação, candidato à eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador de estado ou do Distrito Federal, senador, deputado federal e deputado estadual ou distrital com partido político que tenha, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato à eleição presidencial (Lei nº 9.504/97, art. 6º; Res.-TSE nº 21.002, Consulta nº 715, de 26.2.2002).

nal resolveu marcar definitivamente sua posição através da edição da Emenda Constitucional nº 52, que deu nova redação ao artigo 17, §1º, da Constituição Federal e fulminou com a tese da verticalização. Em síntese, a aludida emenda constitucional trouxe sensível alteração (e extensão) à autonomia partidária, permitindo aos partidos “*adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre os candidatos em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal*”.

Contudo, a batalha jurídica ainda não findara. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ingressou com nova ação direta de inconstitucionalidade¹³ perante o Supremo Tribunal Federal. Na oportunidade, o STF concluiu que a EC nº 52/06 “conferiu status constitucional à matéria até então integralmente regulamentada por legislação ordinária federal”, provocando a perda de validade de qualquer restrição à plena autonomia das coligações partidária – conquanto tenha determinado que essa nova redação deveria observar o princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da CF), ou seja, afastou a aplicação da EC nº 52/2006 ao pleito daquele mesmo ano.

O caso em tela revela que somente a partir de uma emenda constitucional foi possível sustar uma decisão do TSE firmada em consulta! Para além disso, o mérito da decisão inaugural da Corte Eleitoral também recebeu fortes críticas da doutrina, notadamente porque, de acordo com Caggiano (2004, p. 92) “impor a técnica da vinculação vertical às coligações é investir contra a autonomia partidária” que “encontra-se resguardada pelo atual Estatuto Fundamental”.

É certo afirmar que, *in casu*, a limitação de alcance das coligações é matéria a ser definida exclusivamente no âmbito do Poder Legislativo, sendo inviável buscar regulamentar essa matéria – mesmo que a pretexto de conferir coerência ideológica nas disputas ocorri-

13 ADI nº 3685 / DF – Ação Direta de Inconstitucionalidade – Julgamento: 22/03/2006 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

das no processo eleitoral – através do Poder Judiciário (e ainda mais por instrumentos como a consulta ou a resolução).

3.3 A questão da fidelidade partidária

O debate sobre a existência do princípio da fidelidade partidária após a Constituição Federal de 1988 foi acentuada no meio jurídico. O instituto da fidelidade partidária tinha previsão na Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela EC nº 01/69 (artigos 35 e 152), sendo, após, revogado pela EC nº 25/85. A Constituição Federal de 1988 não prevê, expressamente, o princípio da fidelidade partidária e tampouco a redação originária da Lei dos Partidos Políticos previa aludido instituto. Em verdade, a perda de mandato por infidelidade partidária somente foi prevista na Lei dos Partidos Políticos pela Lei nº 13.165/2015, que introduziu o art. 22-A na Lei nº 9.096/1995.

Dado desse desenho normativo, o STF defendia a inexistência do princípio da fidelidade partidária, inclusive em relação aos suplentes (Pleno – Mandado de Segurança nº 20.927 – j. 11.10.1989) – orientação que perdurou por cerca de duas décadas. Apenas em 2007, o TSE exarou entendimento que (re)introduziu o princípio da fidelidade partidária no ordenamento jurídico nacional. A decisão do TSE causou dupla surpresa: pelo conteúdo, já que ausente previsão sobre a possibilidade de perda de mandato em caso de desfiliação partidária; pela forma, já que trouxe a matéria em uma resposta à consulta (e conferiu efeitos concretos àquele instituto).

Sob o fundamento de uma interpretação sistêmica da Constituição, o TSE asseverou que a mudança injustificada de partido, no sistema proporcional, importa no direito de a agremiação partidária manter a vaga originária (Consulta nº 1.398 – j. 27.03.2007). Em resumo, o TSE afirmou que a existência do mandato é vinculada a uma filiação partidária, já que esta é uma condição de elegibilidade. O Ministro Asfor Rocha entendeu equivocada a concepção de

que o mandato pertence ao parlamentar, pois isso equivale dizer que o eleito se torna “senhor e possuidor de uma parcela da soberania popular”. Em outra perspectiva, mas com igual conclusão de fundo, o Ministro Cezar Peluso reforçou que a filiação partidária – por ser uma condição de elegibilidade – também constitui “pressuposto constitucional do mandato”, reforçando, assim, o “caráter intrinsecamente partidário do sistema político brasileiro”. Na oportunidade, restou vencido o Ministro Marcelo Ribeiro, argumentando a impossibilidade de haver a perda de mandato em caso de infidelidade partidária por ausência de previsão legal.

Na sequência, o TSE reafirmou que a troca injustificada de partido acarreta a perda do mandato parlamentar também no sistema majoritário (Consulta nº 1.407 – j. 16.10.2007) – entendimento afastado posteriormente pelo STF. Com efeito, o STF concluiu pelo descabimento da perda de mandato em caso de infidelidade partidária no sistema majoritário, por ofensa ao princípio da soberania popular, pois o voto, neste sistema, é conferido ao candidato, sem qualquer contribuição da legenda partidária. Desta forma, reconheceu a inconstitucionalidade da expressão “*ou o vice*” (art. 10), “*e após 16 de outubro corrente, quanto a eleitos pelo sistema majoritário*” (art. 13), e para conferir interpretação conforme ao termo “*suplente*” constante no art. 10, com a finalidade de excluir do seu alcance os cargos do sistema majoritário (ADI nº 5.081/DF – j. 27.05.2015).

Por força desse posicionamento do TSE (que mudou radicalmente o tratamento até então dado ao princípio da fidelidade partidária), a matéria chegou ao Supremo Tribunal Federal – que referendou os argumentos da Corte Especializada, ao julgar os Mandados de Segurança nº 26.602 (Rel. Min. Eros Grau¹⁴), 26.603 (Rel. Min.

14 MS 26602/DF – Mandado de Segurança – Julgamento: 04/10/2007 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

Celso de Mello¹⁵) e 26.604 (Rel. Min. Carmem Lúcia¹⁶). Em suma, o STF assentou que o princípio da fidelidade partidária passou a vigorar a partir da manifestação do TSE nas consultas referidas, argumentando ainda: a) o ato de infidelidade, seja ao partido político, seja ao próprio cidadão-eleitor, constitui grave desvio ético-político, além de representar inadmissível ultraje ao princípio democrático e ao exercício legítimo do poder (MS nº 26603); b) o desligamento do parlamentar do mandato, em razão da ruptura, imotivada e assumida no exercício de sua liberdade pessoal, do vínculo partidário que assumira, no sistema de representação política proporcional, provoca o desprovemento automático do cargo. A licitude da desfiliação não é juridicamente inconsequente, importando em sacrifício do direito pelo eleito, não sanção por ilícito, que não se dá na espécie (MS nº 26604).

A partir da decisão do STF nos referidos mandados de segurança, o TSE editou a Resolução nº 22.610/07 – que disciplina o processo de perda de cargo eletivo em caso de desfiliação injustificada –, estabelecendo os legitimados (*in casu*, partido político, Ministério Público ou quem tenha interesse jurídico), prazo para o ajuizamento da ação (30 dias, a contar da desfiliação), procedimento (art. 3º a 11), competência (TSE, em caso de mandato federal; TRE, nos demais casos) e termo inicial de vigência para o princípio da fidelidade partidária nos sistemas majoritário (a partir de 16 de outubro de 2007) e proporcional (a partir de 27 de março de 2007).

A questão que reacendeu foi sobre a possibilidade de, por resolução, um Tribunal Eleitoral exercer uma atividade eminentemente legislativa, qual seja, a criação de um procedimento processual de perda de mandato de parlamentar infiel – inclusive com previsão de

15 MS 26603/DF – Mandado de Segurança – Julgamento: 04/10/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

16 MS 26604/DF – Mandado de Segurança – Julgamento: 04/10/2007 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

legitimados e competência.

O STF, por maioria, assentou a constitucionalidade da Resolução nº 22.610/07, concluindo pela sua validade até que o Congresso Nacional disponha sobre a matéria (ADI nº 3.999/DF – j. 12.11.2008; ADI nº 4.086/DF, j. 12.11.2008). Para o STF, não faria sentido reconhecer a existência de um direito constitucional (*in casu*, o princípio da fidelidade partidária) sem prever um instrumento para assegurá-lo, registrando que “as resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório” tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, não se pronunciar.

Cabe registrar que, até o momento, o Congresso Nacional não previu ainda um procedimento para a perda de cargo por infidelidade partidária – ainda que tenha introduzido esse princípio pela Lei nº 13.165/2015 – e, assim, pois, o caráter de excepcionalidade e transitoriedade alegado na decisão do STF, em breve, completará uma década.

Neste caso específico, é patente que as decisões prolatadas pelo TSE – ainda que sob a justificativa de reforçar a importância dos vínculos partidários e prestigiar o compromisso do mandatário político com o resultado ungido das urnas – estabeleceram uma sanção sem qualquer previsão normativa que lhe conferisse amparo, além de a decisão emanada do STF convalidar que um procedimento judicial para perda de mandato possa ser criado pelo Poder Judiciário através de uma mera resolução. Inegável, no ponto, que as aludidas decisões judiciais são um típico produto de ativismo judicial.

3.4 Casos (não resolvidos) de ativismo judicial?

Além desses casos sabidamente discutidos (e com enorme repercussão no seio da comunidade jurídica), existem ainda deliberações do TSE que não receberam um enfrentamento necessário no que concerne a eventual configuração de ativismo judicial.

Neste sentido, pois, a decisão do TSE de proibição de propaganda eleitoral mediante *telemarketing*, prevista no art. 27, §2º, da Res. – TSE nº 23.457/2015¹⁷ pode ser taxada de ativismo judicial? A vedação dessa forma de propaganda, conforme consta na própria resolução do TSE é fundamentada na tutela da vida privada das pessoas (art. 5º, X, da CF), na inviolabilidade de domicílio (art. 5º, XI, da CF) e na proibição de propaganda eleitoral que perturbe o sossego público, com algazarra ou abusos de instrumentos sonoros ou sinais acústicos (art. 243, VI, do CE). Desse modo, o TSE sinaliza o acolhimento de representações aforadas contra propagandas realizadas por *telemarketing*, já que em ofensa ao dispositivo do Código Eleitoral e da própria Constituição Federal. Sem embargo do debate doutrinário, o fato é que o STF, recentemente, chancelou a validade da proibição da propaganda por *telemarketing*, construída pelo TSE através de resolução (ADI nº 5122 – Rel. Min. Édson Fachin – j. 03.05.2018).

Do mesmo modo, podem ser colacionados outros exemplos de vedações que foram introduzidas na resolução que trata de propaganda eleitoral e poderiam trazer ao mesmo questionamento sobre eventual ativismo judicial, a saber: 1) a previsão do prazo de 30 dias após a eleição para os candidatos, partidos e coligações removerem a propaganda eleitoral, com restauração do bem, sob pena de sujeição dos responsáveis às consequências previstas na legislação comum aplicável (art. 101 da Res. – TSE nº 23.457/2015); 2) a previsão de que o Juiz Eleitoral, na fixação das multas de natureza não penal, deverá considerar a condição econômica do infrator, a gravidade do fato e a repercussão da infração, sempre justificando a aplicação do valor acima do mínimo legal (103, *caput*, da Res. – TSE nº 23.457/2015).

Resumidamente, conquanto a elogiosa intenção de exercer um

17 Art. 27 [...] §2º. É vedada a realização de propaganda via telemarketing, em qualquer horário.

papel de regulamentação até mesmo com um caráter preventivo (especificamente no caso da vedação do *telemarketing* e da fixação de prazo para a retirada da propaganda eleitoral após a eleição), parece certo afirmar que essas deliberações encontram o seu natural *locus* no Poder Legislativo – e não no Poder Judiciário.

4 Conclusão

A atuação da Justiça Eleitoral – para além de conferir credibilidade ao sistema eleitoral brasileiro – tem demonstrado, pontualmente, características típicas de um excesso na sua atividade regulamentar ou mesmo jurisdicional. Vale dizer: a Justiça Eleitoral tem apresentado notas de ativismo judicial ao longo do tempo, ainda que calcada em pretensões de inegável valor ético e moral.

Essas deliberações atingem, como regra, temas sensíveis e caros ao regime democrático – seja quando estabelecem números de vagas para os representantes políticos, seja quando determinam sanções por atos não previstos em lei (caso da infidelidade partidária), seja quando criam regras de coerência nas coligações partidárias. Daí que, sempre haverá espaço para um (candente) debate sobre o espaço adequado para essas transformações político-eleitorais no sistema brasileiro. Salgado (2010, p. 232-233) pondera que “*apenas o Parlamento pode ditar normas sobre a disputa eleitoral*”, pois “*as regras eleitorais se referem à concretização do princípio da legitimação do poder político*”. Justamente por isso, na formação das regras eleitorais, é exigida “*ampla discussão parlamentar, com caráter fortemente deliberativo e com a participação das minorias*”. Dito de outro modo, ainda que, por vezes, o TSE tenha agido com uma intenção elogiável e comprometido com o zelo em relação à regularidade do processo eleitoral, parece lícito reconhecer um extravasamento em sua função regulamentar – sendo certo aferir uma ação de caráter nitidamente parlamentar na deliberação desse órgão judicial.

Neste ponto, deve-se rememorar que a noção de Estado Demo-

crático de Direito passa, necessariamente, pelo respeito ao princípio da separação dos poderes e é reforçado pela ideia de que o Poder Judiciário contribuiu para o aperfeiçoamento do equilíbrio e harmonia interinstitucional também quando atua rigorosamente dentro de sua atribuição constitucional. Em outros termos, ainda que se defenda, com Motta (2010, p. 37) Francisco José Borges, a legitimidade de uma jurisdição constitucional material e se reconheça “a sua capacidade de contribuir para a consolidação do nosso Estado Democrático de Direito”, é certo que essa atividade não pode ser concretizada por uma – simplória (e antidemocrática) – substituição da política pelo direito.

REFERÊNCIAS

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

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2013.

CAGGIANO, Mônica Herman Salem. **Direito parlamentar e direito eleitoral**. Barueri: Manole, 2004.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. São Paulo: Forense, 2014.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. Florianópolis: Conceito, 2010.

OLIVEIRA, Marcelo Roseno. **Controle das eleições: virtudes e**

vícios do modelo constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

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

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, v. 6, n. 2, p. 119-161, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial** : limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ZOVATTO, Daniel; OROZCO HENRIQUEZ, J. Jesus. **Reforma política y electoral en America Latina: 1978-2007**: lectura regional comparada. México: Instituto de Investigaciones Jurídica de La UNAM. 2007.

CLÁUSULA DE DESEMPENHO E REFLEXÕES SOBRE O CENÁRIO PARTIDÁRIO BRASILEIRO

Marina Almeida Morais¹

RESUMO

O presente ensaio se propõe a perquirir o momento histórico da Constituição Federal que culminou no prestígio ao pluralismo político, e como este instituto evoluiu para o multipartidarismo que se vislumbra atualmente no Brasil. Uma vez apresentado o contexto de fragmentação parlamentar, far-se-á uma breve análise da Emenda Constitucional nº 17/2017, que consagrou a Cláusula de Desempenho. Propõe-se que esta pode colaborar para o enfraquecimento dos partidos políticos, uma vez que cria nova hipótese de justa causa para a migração partidária. Ainda, será avaliado que a diminuição de partidos que não atinjam o desempenho previsto pode representar um mero paliativo em matéria de governabilidade, mantendo incólume a fragmentação que se propunha a combater.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Multipartidarismo
2. Emenda Constitucional nº 17/2017
3. Governabilidade

¹ Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Mestranda em Ciência Política pela Universidade Federal de Goiás. Pós-graduanda em Direito Eleitoral pela Universidade Cândido Mendes. Advogada e palestrante.

1 Introdução

Bem se sabe que a Constituição Federal foi promulgada num contexto de reação institucional à supressão de liberdades políticas vivenciada com o Regime Militar iniciado em 1964. Por essa razão, a Constituinte se ocupou especialmente de garantias fundamentais e fundamentos essenciais da República, a exemplo do pluralismo político expresso no art. 1º, inciso V da Carta Maior.

A tutela constitucional democrática relativa à criação e ao funcionamento de partidos políticos foi especialmente reanimada pela interpretação da Constituição, feita pelo Supremo Tribunal Federal, que no passado consignou o entendimento de que “por menos representativo que seja um partido político, a ele será garantido funcionamento parlamentar, bem como tempo de propaganda partidária gratuita e participação no fundo partidário” (ADI nº 1.354 e ADI nº 1.351, rel. min. Marco Aurélio, j. 7-12-2006, P, DJ de 30-3-2007).

Especialmente por essas razões é que se instituiu no Brasil um fenômeno de multipartidarismo atomizado ou atomístico – alcunha de Ferreira Filho (2008), que exprime uma crescente fragmentação partidária da representação parlamentar.

Essa expressão de pluralismo e autonomia partidária, além de fundamento da República, também encontra previsão no artigo 17 da Constituição Federal que, por intermédio da Emenda Constitucional nº 97, de 4 de outubro de 2017, sofreu recentemente um conjunto de alterações.

Tais modificações no texto constitucional demandam ponderações sobre os problemas do cenário partidário no Brasil, ensejadores da aprovação da PEC, bem como dos possíveis reflexos da nova norma no panorama político nacional, questões das quais se ocupa o presente estudo.

2 Da nova regra de acesso dos partidos políticos aos recursos do Fundo Partidário e ao tempo de propaganda gratuito no rádio e na televisão

Com o advento da EC nº 97/2017, o art. 17 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

I – caráter nacional;

II – proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;

III – prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV – funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 97, de 2017).

§ 2º Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus

estatutos no Tribunal Superior Eleitoral.

§ 3º Somente terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei, os partidos políticos que alternativamente: **(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 97, de 2017)**

I – obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou (Incluído pela Emenda Constitucional nº 97, de 2017).

II – tiverem eleito pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 97, de 2017).

§ 4º É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.

§ 5º Ao eleito por partido que não preencher os requisitos previstos no § 3º deste artigo é assegurado o mandato e facultada a filiação, sem perda do mandato, a outro partido que os tenha atingido, não sendo essa filiação considerada para fins de distribuição dos recursos do fundo partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e de televisão. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 97, de 2017) (BRASIL, 2017).

Foi instituída assim a chamada Cláusula de Desempenho, ou Cláusula de Barreira, que traça as exigências para que os partidos recebam dinheiro do Fundo Partidário e tenham direito a tempo de propaganda em rádio e televisão. A Emenda ainda previu critérios

gradativos para a aplicação da cláusula, modulados da seguinte forma:

- De 2019 a 2023: 1,5% dos votos válidos em 2018 para Deputados Federais em pelo menos 9 Estados, com 1% em cada, ou bancada mínima de 9 Deputados Federais de 9 Estados.
- De 2023 a 2027: 2% dos votos válidos em 2022 para Deputados Federais em pelo menos 9 Estados, com 1% em cada, ou bancada mínima de 11 Deputados Federais de 9 Estados.
- De 2027 a 2031: 2,5% dos votos válidos em 2026 para Deputados Federais em pelo menos 9 Estados, com 1,5% em cada, ou bancada mínima de 13 Deputados Federais de 9 Estados.
- A partir de 2031: 3% dos votos válidos nas eleições para Deputados Federais em pelo menos 9 Estados, com 2% em cada, ou bancada mínima de 15 Deputados Federais de 9 Estados.

O Tribunal Superior Eleitoral, nos autos da Consulta nº 0604127-30.2017.6.00.0000, instado a regulamentar a aplicação da alteração, consignou que o resultado das Eleições 2018 para a Câmara dos Deputados seria considerado para aplicação da cláusula de barreira na legislatura de 2019 a 2022.

A partir de 1º de fevereiro de 2019, portanto, os partidos políticos que não atingirem os requisitos fixados nas Eleições de 2018 ficarão impossibilitados de receber recursos do Fundo Partidário.

Conforme informação do Portal G1, a partir de 2019, 14 dos 35 partidos com registro no Tribunal Superior Eleitoral (TSE) deverão ser enquadrados na cláusula de barreira e ficar sem tempo de propaganda gratuita no rádio e na TV, nem verba do fundo partidário. São eles: Rede, Patriota, PHS, DC, PCdoB, PCB, PCO, PMB, PMN,

PPL, PRP, PRTB, PSTU e PTC (CALGARO et al., 2018).

3 Da fidelidade partidária

Conforme se vislumbra, além de regular o acesso de partidos ao Fundo Partidário e à propaganda gratuita, a Emenda também criou uma nova hipótese constitucional de justa causa para a desfiliação partidária, prevista no §5º do art. 17, que faculta ao eleito por partido que não preencha os requisitos previstos no § 3º a filiação sem perda do mandato a outro partido que os tenha atingido.

A fidelidade partidária foi objeto de discussão nos trabalhos constituintes, especialmente porque Deputados Federais e Estaduais e Vereadores são escolhidos pelo método proporcional. Assim, a fidelidade reproduziria certa tendência de valorização e fortalecimento dos partidos políticos, naquela ocasião, compreendidos como fiadores da nova ordem democrática.

Inicialmente rechaçada, a fidelidade não constava expressamente do texto constitucional, sendo efetivamente incorporada ao ordenamento brasileiro apenas em 2007, na ocasião dos julgamentos do MS nº 26.602, MS nº 26.603 e MS nº 26.604.

Com o julgamento buscou-se promover, implícita ou explicitamente: (1) a manutenção dos matizes político-partidários oriundas do pleito eleitoral, de modo a prestigiar e preservar o mais possível a vontade do eleitor manifestada nas urnas; (2) o fortalecimento dos partidos políticos, titulares ou co-titulares dos mandatos eletivos, notadamente em razão da indispensabilidade de filiação partidária como condição de elegibilidade; e (3) o combate ao fenômeno do governismo, alimentado pela migração de parlamentares eleitos pelas agremiações partidárias de algum modo derrotadas ou enfraquecidas no pleito eleitoral (AMARAL e AMARAL JUNIOR, 2017).

Para ser coerente ao modelo eleitoral vigente, parece salutar o instituto da fidelidade partidária, notadamente porque a migração reiterada e persistente implica potencial alteração dos matizes po-

lítico-partidários, tanto ideológicas quanto programáticas, desrespeitando a vontade dos eleitores, além de ter como consequência o enfraquecimento dos próprios partidos.

Destarte, ao passo em que a Emenda à Constituição possibilitou um maior controle por parte dos eleitores, evitando a confusão de votos na fisiologia das Coligações, maculou o ideal de democracia representativa inerente aos partidos políticos, uma vez que cria mais hipóteses de migração partidária. Entre 1986 e 2010, por exemplo, nada menos que 27% dos Deputados Federais trocaram de partido ao longo do exercício do mandato (NICOLAU, 2017).

Não se pode olvidar que a liberdade cada vez menos restrita de migração de legenda fere o propósito de plataformas e programas governamentais associados a uma ideologia partidária, o que não deixa de interferir na estabilidade das agendas políticas e na própria governabilidade.

A proposta é, nesta égide, contraditória em seus próprios fundamentos. Ora, se a ideia é enfrentar apenas o fisiologismo, porque não assegurar a fidelidade partidária inclusive para esses casos? Questões estruturais não devem pautar a alocação partidária de parlamentares. O elemento central da discussão deve ser a identidade ideológica, garantindo, acima de tudo, a igualdade entre os mandatos (WOCHNICKI, 2019).

Na prática, a nova redação acaba por conceder um incentivo institucional à fragmentação, acrescentando ao ordenamento mais uma brecha para a fidelidade partidária. Enquadra-se também nesse vácuo a recorrente criação de novos partidos políticos:

[...] detentores de mandatos parlamentares migram para um novo partido que criam, e o fazem sob a guarida da legislação (as exceções constantes da Resolução TSE n. 22.610/08), conservando os seus mandatos eletivos, mas fazendo frustrar os dois primeiros objetivos antes citados: (1) não se mantém a repartição ou coloração

ideológica sufragada no pleito eleitoral; (2) não se fortalece – ao contrário – as agremiações partidárias que titularizavam ou cotitularizavam os mandatos eletivos em causa. Também, parece frustrado o objetivo de evitar o governismo ou o adesismo ocasional ao governo.

O aumento do leque de justas causas para a migração partidária parece, portanto, ser o golpe fatal para os pequenos partidos, que já sem recursos e propaganda, também perderão filiados, em especial aqueles com mandato, sendo quase impossível a sua sobrevivência.

Sobre a fidelidade, cumpre ainda mencionar que o TSE já consignou que a “janela” não se estenderá aos vereadores eleitos pelos partidos que não logrem atingir os requisitos da cláusula de desempenho, a despeito do corte de repasses do Fundo Partidário atingir igualmente a esses mandatários.

4 Fragmentação partidária x governabilidade

Pode-se dizer que a Emenda seja a expressão mais forte de uma já sentida fragilidade de representação, que reflete concomitantemente os efeitos do multipartidarismo e de uma lacuna de plataformas ideológicas consistentes defendidas por essas legendas. Em síntese:

Durante décadas, a representação parecia estar fundamentada em uma forte e estável relação de confiança entre o eleitorado e os partidos políticos; a grande maioria dos eleitores se identificava com um partido e a ele se mantinha fiel. Hoje, porém, o eleitorado tende a votar de modo diferente de uma eleição para a outra, e as pesquisas de opinião revelam que tem aumentado o número dos eleitores que não se identificam com partido algum. Até pouco tempo atrás, as diferenças entre

os partidos pareciam um reflexo das clivagens sociais. Mas hoje tem se a impressão que são os partidos que impõem à sociedade, clivagens, cujo caráter "artificial" é lastimado por alguns observadores. No passado, os partidos propunham aos eleitores um programa político que se comprometiam a cumprir, caso chegassem ao poder. Hoje, a estratégia eleitoral dos candidatos e dos partidos repousa, em vez disso, na construção de imagens vagas que projetam a personalidade dos líderes (MANIN, 1995).

Certamente, com a dinâmica social, os partidos políticos acabaram perdendo um pouco da importância que ostentavam em seus primórdios, situação sobre a qual não cumpre aqui fazer juízo de valor. Todavia, é importante consignar que na experiência brasileira recente, o enfraquecimento das legendas partidárias transcende o mero problema de uma lacuna ideológica.

Em um presidencialismo de coalizão, a inflação partidária torna a governabilidade mais complexa, instável e aumenta seus custos. Não se pode negligenciar a dificuldade de negociação oriunda de um ambiente legislativo composto por 28 agremiações políticas distintas, e os custos disso para a própria democracia.

Diante desse quadro, foi justificado pela Comissão Especial destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 282-A:

É esse o desafio enfrentado por esta Comissão e por todas as outras que a antecederam. Nesse esforço coletivo, no qual contamos com a contribuição preciosa de diversas autoridades políticas e especialistas da área, identificamos que o grande número de partidos com representação no Congresso Nacional está diretamente relacionado com duas distorções institucionais em

nosso ordenamento político-eleitoral. Essas distorções são: 1) a possibilidade de coligações eleitorais; 2) as regras de acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuito no rádio e na televisão. É a partir desse diagnóstico que defendemos a vedação às coligações em eleições proporcionais e o estabelecimento de um patamar mínimo de votos que um partido precisa ultrapassar para ter direito a recursos do Fundo Partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão. Além dessas modificações, subcrevemos também a possibilidade de formação de federações de partidos políticos com afinidade ideológica e programática, bem como a delimitação das hipóteses de mudança de filiação partidária sem perda de mandato (BRASIL, 2013).

Imaginou-se que o mecanismo possibilitaria maior transparência para os eleitores, diante da impossibilidade de transferência interna de votos entre candidatos e partidos componentes de uma mesma coligação, bem como reduziria a quantidade de partidos políticos com representação no Congresso Nacional, contribuindo para diminuir os custos de governabilidade e a instabilidade política.

É possível dizer da necessidade uma ação neste sentido. Os resultados das Eleições Gerais de 2014 dão a dimensão exata do esgotamento do atual sistema partidário. Ao todo, 28 legendas conquistaram o direito de representação política, o que transformou o Parlamento brasileiro no mais fragmentado do mundo (NICOLAU, 2017).

Todavia, não se pode olvidar do desígnio primordial multipartidário expresso pela Constituinte, com vistas a preservar o direito de representação da mais vasta gama de ideais no quadro político nacional.

Algumas ideologias serão, naturalmente, absorvidas e mitiga-

das, já que é facultado aos Partidos que não atingirem os requisitos do §3º do art. 17, CF/88 se fundirem a outras agremiações, o que evitaria a perda de recursos partidários a partir de fevereiro de 2019.

Nesse cotejo, alguns partidos já anunciaram a possível união, a exemplo do Podemos e PHS, a despeito de certa divergência ideológica. É cediço que a fusão partidária sempre foi autorizada pelo *caput* do art. 17, CF/88, todavia, a cláusula de desempenho parece forçar a união de legendas diante da imprescindibilidade do Fundo Partidário para sua sobrevivência, a custo de supressão ideológica e de plataformas próprias.

A fusão, ao menos no contexto de um modelo ideal de democracia, parece ter o condão de confundir o eleitor, em especial quanto a plataformas e agendas de governo, o que soa como um desserviço ao quadro político e ao próprio critério ideológico que justifica a criação de um partido.

Aqui não se trata, portanto, somente de repensar o arranjo institucional e a legislação, mas, em especial, a própria representação no Congresso, mormente levando-se em conta um sistema eleitoral que admita diminuir e estabilizar o número de partidos políticos e, aliado a isso, permita também ao eleitor escolher seu representante e com ele interagir no curso do mandato.

5 Considerações finais

Como mencionado, o pluralismo político foi consagrado no Brasil como uma reação à supressão de ideologias políticas durante a Ditadura, o que levou a Constituinte a expressar um forte viés de defesa à instituição partidária, entendimento que, por muito tempo, foi também o do Supremo Tribunal Federal.

Com a inclusão da fidelidade partidária, numa mudança de entendimento ocorrida em 2007, iniciou-se um processo de ponderação desta garantia, que inicialmente era quase irrestrita.

Notadamente, o fácil acesso ao Fundo Partidário e ao tempo

de propaganda pareceu incentivar a criação de legendas, em especial porque a mudança para partidos novos elide a pena da infidelidade partidária, qual seja a perda do mandato, angariando uma oportunidade aos parlamentares insatisfeitos de burlarem a regra.

Fato é que o multipartidarismo culminou numa fragmentação partidária visível, a sérios custos para a governabilidade. Tal entendimento é sensível, quando se compara, por exemplo, o relativo sucesso do governo FHC, que encontrava forte base no Congresso, e o segundo mandato de Dilma Rousseff, interrompido pelo *impeachment*, notadamente em razão da falta de base parlamentar.

Em reação a um contexto de fragmentação e a uma iminente crise política, a aprovação da PEC que culminou na Emenda nº 97/2017 parece bem intencionada, já que em tese, se propõe a reduzir o número de partidos, com supostos reflexos positivos em matéria de governabilidade.

Todavia, também é de se entender que a Emenda poderia ter funcionado de maneira mais honesta. O texto, nos moldes em que foi editado, restringe a sobrevivência dos pequenos partidos em possível afronta ao fundamento de pluralismo político. Força a fusão de legendas que não queiram ser extintas, o que se repisa, embora sempre tenha sido permissão do art. 17, parece agora ser uma situação fabricada, e não natural como provavelmente desejava o legislador.

Nesse contexto, não se pode olvidar que soa falaciosa a justificativa de que a Cláusula venha a repercutir positivamente em matéria de governabilidade. Os partidos que deixam de receber Fundo Partidário e tempo de televisão já eram, de certa forma, pouco expressivos, tendo pouco condão de efetivamente barganhar com o Governo Executivo ou de qualquer forma obstá-lo em seus projetos. Uma vez fundidos, no entanto, talvez possam fazê-lo.

É de se concluir, grosso modo, que a Emenda seja um paliativo institucional. Resolve o “problema” do multipartidarismo, criando outras situações indesejáveis, notadamente do ponto de vista ideoló-

gico, e pouco contribui para uma efetiva solidificação da democracia no Brasil.

REFERÊNCIAS

AMARAL, João Marcos; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Multipartidarismo atomístico e (semi)presidencialismo de coalizão. **Rev. Estud. Const. Hermen. Teor. Dir. - RECHTD**, v. 9, n. 3, p. 355-65, set./dez. 2017.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 282, de 2003**. 2003. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_9860&filename=SBT+2+PEC28216+%3D%3E+PEC+282/2016>. Acesso em: 22 jan. 2019.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 jan. 2019.

_____. **Emenda Constitucional nº 97**, de 4 de outubro de 2017. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc97.htm>. Acesso em: 22 jan. 2019.

CALGARO, F.; RAMALHO, R.; BARBIÉRI, L. F.; OLIVEIRA, M. **14 partidos devem cair na cláusula de barreira e ficar sem fundo partidário e tempo de TV**. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/10/09/14-partidos-devem-ser-enquadrados-na-clausula-de-barreira-e-ficar-sem-fundo-partidario-e-tempo-de-tv.ghtml>>. Acesso em 22 jan. 2019.

FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de direito constitucional**. São Paulo, Saraiva, 2008. 398 p.

MANIN, Bernard. *As metamorfoses do governo representativo*.

Rev. Bras. Ciênc. Soc., n. 29, p. 5-34, 1995.

NICOLAU, J. **Representantes de quem?** os (des)caminhos do seu voto da urna à Câmara dos Deputados. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

WOCHNICKI, Daniela. **Cláusula de desempenho e desfiliação partidária**. 2019. Disponível em: <<http://www.caratereleitoral.net/2019/01/clausula-de-desempenho-e-desfiliacao.html>>. Acesso em: 22 jan. 2019.

DEZ MOTIVOS PARA NÃO VOTAR NULO E UM PARA VOTAR

Carlos Henrique Cândido¹

RESUMO

O voto, inserto no sistema político-eleitoral constituído, é o único instrumento conhecido de legitimação e transformação da sociedade, mas para que tenha efeito prático é indispensável um eleitor livre e consciente para exercer esse direito-dever. Esse eleitor quando deixa de votar, vota nulo ou quando, de forma ainda mais nefasta para a democracia, vota em um candidato esdrúxulo, apenas por protesto, impede o processo de mudança ao não escolher o melhor candidato (ou o menos ruim) e delega a outrem, muitas vezes menos preparados ou até mesmo comprados, a escolha daqueles que conduzirão a sociedade. A finalidade deste artigo é alertar sobre os velhos problemas, apresentados por este novo ponto de vista, partindo da análise de várias publicações correlatas, respondendo à pergunta que questiona se há motivos que justificam votar nulo e as razões democráticas para o ato de não votar. Para tanto, exploram-se os tipos de voto nulo e suas razões, a abstenção e o voto em branco, principalmente quando utilizados para expressar a intenção de não votar ou o voto por protesto. Conclui-se avaliando o impacto do ato de não votar e elencando-se os dez principais motivos para o eleitor não votar nulo. Entretanto, em se tratando de democracia, expressa-se uma única situação em que se aconselha que se vote nulo ou em branco.

1 Servidor Público Federal (TRE-MT), graduado em Processamento de Dados (FIC/MT) e em Direito (UNIC/MT), Especialista em: Banco de Dados (UFSC-UNIVAG/MT), Governança de Tecnologia da Informação (UNIEURO/DF) e em Direito Eleitoral (IDP/DF). Mestrando em Direito (UFMT).

PALAVRAS-CHAVE: 1. Voto 2. Voto nulo 3. Eleitor
4. Legitimidade 5. Democracia
6. Voto por protesto 7. Voto em branco

1 Introdução

O ato consciente de votar nulo vem ganhando a roupagem de manifestação política de oposição, bem como de demonstração de postura contrária ao governo ou ao sistema como um todo. Essa forma de manifestação, embora democrática, é apolítica, portanto não surte efeito prático considerando o atual sistema normativo, até porque não compõe o voto nulo o respectivo universo de votos válidos, apenas permitindo com isso, afinal, a perpetuação daquilo que seus defensores acreditam estar combatendo.

Não há como não perceber a constante necessidade de mudança que move a sociedade, fruto da busca por melhorias e por um ponto de equilíbrio entre as forças e os poderes constituídos – os fatores reais do poder para Lassale (2002) –, e segmentos sociais organizados, cujo fator moderador é a democracia, que se traduz no respeito à vontade de uma maioria e na garantia dos direitos fundamentais das minorias (FERRAJOLI, 2015) e que no Brasil, onde urge a necessidade de mudanças substanciais no campo político, vem exigindo uma postura militante dos formadores de opinião no seio da sociedade.

O voto, inserto no sistema político-eleitoral constituído, é o único instrumento conhecido de legitimação e eventual transformação. Mas para que tenha efeito prático é indispensável um cenário no qual figure o eleitor, com pelo menos duas características básicas: a) a liberdade do eleitor para votar; b) a consciência do eleitor para votar (FARIAS NETO, 2011, p. 184).

A liberdade do eleitor para votar está garantida no regime democrático vigente, fundado, em sua essência, no voto secreto para

eleição de representantes dos poderes Executivo e Legislativo – embora também assegurados outros instrumentos de democracia participativa –, em que pese, todavia, o pouco conhecimento do eleitorado sobre o sistema político-eleitoral.

A liberdade para votar não se confunde com a obrigatoriedade do voto, já que na prática, estando o eleitor diante da urna, é livre a sua escolha.

Já a consciência do eleitor para votar está relacionada com a responsabilidade pelo resultado da escolha propiciada pelo voto. Esta consciência, já abalada pelo deficiente sistema de educação e pelo pouco envolvimento político-partidário da população, pode ser afetada pela desinformação muitas vezes veiculada nos canais de comunicação, principalmente na internet. Alguns, baseados em um raciocínio assertórico, sem qualquer argumento minimamente válido e embasado em inverdades, veiculam a desinformação sobre os efeitos do voto nulo, seja por ideologia, ou ainda pior, no ensejo de evitarem as necessárias mudanças políticas.

A desinformação torna-se mais patente justamente no momento que parece aflorar o senso crítico do povo brasileiro, observado nos movimentos de protesto difundidos e verificados em várias partes do país.

Cabe, principalmente, à sociedade organizada preparar o eleitor em termos de noções fundamentais da organização do Estado e das competências a ele atribuídas, já que sua consciência para votar significa, nas palavras de Farias Neto (2011, p. 184) “a possibilidade de sua ação suceder com a responsabilidade baseada no discernimento e cultura política”.

Ao apontar motivos para que o eleitor não vote nulo, este artigo se contrapõe a um grande movimento organizado em desfavor da democracia que se funda em posições autoritárias e de desrespeito à vontade de minorias e, por sua vez, objetiva instruir sobre a importância de votar ou, ao menos, fomentar a discussão com argumentos técnicos e apodíticos.

2 A democracia representativa e o voto

A partir do desenvolvimento do sistema capitalista baseado no capitalismo mercantil em países como a Itália, a França, a Inglaterra e a Espanha, nasce, na segunda metade do século XV, o Estado Moderno.

Posteriormente, segundo Silva (1988):

A evolução histórica e a superação do liberalismo, a que se vinculou o conceito de Estado de Direito, colocam em debate a questão da sua sintonia com a sociedade democrática. O reconhecimento de sua insuficiência gerou o conceito de Estado social de Direito, nem sempre de conteúdo democrático.

Concomitantemente, o controle social, político e econômico do Estado passou a carecer de legitimidade, razão pela qual a sociedade buscou se reorganizar politicamente por meio do princípio democrático que tinha também o condão de relativizar os conflitos de interesse servir de intermediador entre os fatores reais de poder. A amplitude desse princípio foi sucintamente explicitada por Martinez (2013):

O princípio democrático, constitucionalmente consagrado, é mais do que um método ou técnica de os governados escolherem os governantes, pois como princípio normativo, considerado nos seus vários aspectos políticos, econômicos, sociais e culturais, ele aspira a tornar-se impulso dirigente de uma sociedade [...]. O princípio democrático não se compadece com uma compreensão estática de democracia. Antes de mais, é um processo de continuidade transpessoal, irreduzível a qualquer vinculação do processo político a determi-

nadas pessoas. Por outro lado, a democracia é um processo dinâmico inerente a uma sociedade aberta e ativa, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral, liberdade de participação crítica no processo político, condições de igualdade econômica, política e social.

Como resultado surge o Estado democrático de Direito conciliando o Estado democrático e Estado de Direito e consubstanciando um novo conceito nas palavras de Silva (1988, p. 33-34):

A configuração do Estado democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leve em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supere na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo. E aí se entremostra a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando.

Do princípio democrático se infere o voto e, de forma mais ampla o sufrágio, como meio legítimo de escolha dos representantes do povo pelo povo (aquele de quem todo poder emana), afigurando-se um dos alicerces do princípio democrático. Ainda que o conceito de povo se restrinja aos eleitores (subconjunto da população), como ensina Martinez (2013):

Povo é o conjunto dos cidadãos, no sentido de conjunto

de eleitores. Mas, politicamente, Povo é o conjunto dos cidadãos ativos e institucionalizados (eleitores, contribuintes, cidadãos registrados e com certidão de nascimento) que fazem parte de um país, uma nação, uma coletividade política com a forma de Estado. Há esta diferença, em especial atenção ao conjunto dos eleitores (que é a definição jurídica de Povo) porque o Povo é um instituto político, jurídico, institucional que, inclusive, dá forma ao Estado, como elemento essencial de sua configuração.

Já o termo sufrágio deriva do latim (*suffragium*), que significa apoio (concordância, aprovação). Maluf (2004 apud FARIAS NETO, 2011, p. 182-183) assevera que “o sufrágio consiste no meio pelo qual a vontade da coletividade fica manifesta para o efeito de formação do governo democrático”. Também é conceituado como o direito subjetivo, de natureza política, do cidadão de exercer suas capacidades eleitorais ativa e passiva, bem como participar da atividade do Estado, exercendo-se sua ingerência, direta ou indireta, na soberania popular. E, por fim, comumente consubstancia o voto em seu sentido amplo, abrangendo todo o processo de escolha dos representantes, garantido pela própria soberania do Estado.

Dessa forma, o sufrágio compreende também o processo de escolha, o direito de votar e o voto, sendo este último o próprio ato configurado pelo exercício do direito-dever.

Tudo isso não é novidade dos tempos contemporâneos. Desde antes da era Cristã tem-se observado a manifestação da democracia em diferentes povos, enquanto embasada na premissa da observância dos direitos da coletividade e dos grupos sociais abrangidos, com a manutenção de garantias e liberdades individuais, ainda que Winston Churchill afirmasse que é o pior dos regimes políticos, mas que não havia nenhum sistema melhor, em regra pelo grau acentuado de conflitos a serem solvidos. A própria palavra democracia, segundo a

maioria dos historiadores, tem origem no vocábulo grego *demokratia*: *demos*, o povo, e *kratos*, governar. Ressaltando que o que se entendia por povo, na acepção eleitoral da palavra, correspondia naquela época a uma fração bem pequena da população.

Segundo Dahl (2009, p. 24-25), “a *demokratia* era aplicada pelos atenienses e por outros gregos ao governo de Atenas e ao de muitas outras cidades gregas”. Isso os propiciava o exercício da democracia de forma direta. Esses povos se reuniam em praça pública para deliberar sobre assuntos que hoje tratamos como de baixa complexidade, a exemplo, a construção ou não de uma ponte. Neste contexto é possível observar algumas formas de manifestações para as questões discutidas naquela época: a abstenção e o voto em branco, sendo:

- a) A abstenção: quer aquela forçada pela distância e pelas ocupações hodiernas, quer aquela motivada pelo desinteresse.
- b) O voto em branco: quer por não conhecer o assunto em discussão e acompanhar a manifestação da maioria, quer por desinteresse.

Contudo, se deduz que não havia espaço para uma manifestação que significasse o **voto nulo**.

Logo, observa-se que o voto nulo surgiu com a democracia representativa e a votação por cédulas.

3 O voto no Brasil

Os primeiros registros históricos do voto no Brasil se dão ainda na época do império, nas eleições municipais, pouco tempo após da chegada dos portugueses ao continente (cerca de 32 anos depois).

O processo era conduzido por um juiz que, por meio de um

curioso processo que envolvia, inclusive, o uso de pelouros², cidadãos (“homens bons” e o “povo”) mais bem votados tornavam-se os eleitores com a função de escolher os ocupantes de alguns dos cargos públicos da municipalidade.

Segundo Nicolau (2012, p. 13): “Apenas os homens bons eram elegíveis para ocupar os postos da administração local”. E ainda segundo o autor, “O homem bom precisava preencher certos requisitos: ter mais de 25 anos, ser católico, casado ou emancipado, ter cabedal (ser proprietário de terra) e não possuir ‘impureza de sangue’”.

Em 1821 foi realizada a primeira eleição de envergadura nacional. Tratava-se do pleito para a eleição dos representantes brasileiros na Corte de Lisboa, em resposta aos anseios da classe burguesa que então postulava maior participação política.

Em regra, havia limitação para o exercício do direito ao voto, tanto no Brasil quanto naqueles países que mais tarde se tornariam sinônimo da democracia e da proteção dos direitos e garantias fundamentais (com destaque para os Estados Unidos e para a França).

O voto consubstancia o poder de escolha, que é o cerne do sistema democrático. Um sistema democrático, por sua vez, tem como base a democracia, que deve basear-se em pilares sólidos (princípios) como a alternância do poder, a liberdade de escolha e a definição prévia de regras.

Se este poder de escolha não for respeitado e não for garantido a um grande número de pessoas (legitimidade), não há que se falar em democracia. Além disso, a vontade do eleitor deve ser também garantida (preservada e respeitada). Por isso, ao longo da história, vários mecanismos foram adotados na tentativa de evitar fraudes no processo eleitoral e preservar a liberdade do eleitor e, neste curso, várias foram as conquistas.

A urna eletrônica é um exemplo de avanço no mecanismo de coibição de fraudes, e o voto universal, uma das mais importantes

2 Neste contexto, uma bola de cera.

conquistas, bem como o próprio aprimoramento contínuo da legislação eleitoral, com a consolidação de uma Lei Geral das Eleições (Lei nº 9.504/97) e as sucessivas Minirreformas Eleitorais (Leis nº 9.840/99, 11.300/2006, 12.034/2009, 12.891/2013, 13.165/2015 e 13.488/17) além da Emenda Constitucional nº 97/2017.

Esses avanços têm promovido grande confiança do eleitorado brasileiro no sistema de apuração de voto e na justiça eleitoral como um todo, conforme demonstra uma pesquisa realizada pelo Tribunal Superior Eleitoral em 2010³.

Tudo isso consolida um Estado Democrático de Direito em uma democracia ainda muito jovem e proporciona efetividade ao princípio que figura no primeiro artigo da atual Constituição do Brasil:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. [grifo do autor].

3 Vide pesquisa realizada pela empresa SENSUS PESQUISA E CONSULTORIA (2010), sobre a justiça eleitoral, disponível no site da justiça eleitoral (<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/pesquisa-instituto-sensus-sobre-a-justica-eleitoral>).

O voto é via pavimentada que legitima o exercício do poder emanado por um povo soberano. E segundo Bobbio (1990, p. 43-44):

O único modo de tornar possível o exercício da soberania popular é a atribuição ao maior número de cidadãos, do direito de participar direta e indiretamente na tomada das decisões coletivas [...] O melhor remédio contra o abuso de poder sob qualquer forma – mesmo que “melhor” não queira realmente dizer nem ótimo nem infalível – é a participação direta ou indireta dos cidadãos, do maior número de cidadãos, na formação das leis. Sob esse aspecto, os direitos políticos são um complemento natural dos direitos de liberdade e dos direitos civis, ou, para usar as conhecidas expressões tornadas célebres por Jellinek (1851-1911), os iura activae civitatis constituem a melhor salvaguarda que num regime não fundado sobre a soberania popular depende unicamente do direito natural de resistência à opressão.

Essa forma soberana está fundamentada na Carta Magna de 1988:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos [...].

O Estado é composto por pessoas heterogêneas, com pensamentos divergentes, o que dificulta, ou até, impossibilita a unanimidade de opiniões, que pode ser suprimida pela vontade da maioria, conforme afirma Bobbio (1990, p. 25): “por lo que respecta a la modalidad de la decisión la regla fundamental de la democracia es la regla de la mayoría, o sea la regla com base em la cual se consideran

decisiones colectivas y por tanto obligatorias para todo el grupo”. Por isso, há que se ressaltar que o voto é mais que um dever, trata-se de uma conquista e, também por isso, um direito que concretiza a vontade de uma sociedade.

No contexto de um modelo representativo, a escolha dos representantes configura o auge da expressão da vontade popular, que a partir daí, delega àqueles o poder para a tomada de decisões, bem como para a formulação das normas.

4 O voto e seus efeitos

Alvim (2012, p. 106) ensina que sufrágio e voto não se confundem, pois, “enquanto o sufrágio constitui-se em direito, o voto se constitui em conduta”. Uma conduta que possui efeitos políticos e jurídicos na sociedade.

Os efeitos do voto, relacionados ao ato de votar e de não votar, devem ser retratados do ponto de vista jurídico e político, já que tal conduta, voluntária ou não, tem efeitos diretos sobre toda a sociedade, em que pese o crescente número de cidadãos que optam pelo “não votar”, contexto que segundo Bobbio (1990, p. 32). se observa em outros países, mesmo naqueles reconhecidos como de democracia consolidada. Assim, nas palavras do doutrinador:

Olhemos ao nosso redor. Nas democracias mais consolidadas assistimos impotentes ao fenômeno da apatia política, que frequentemente chega a envolver cerca da metade dos que têm direito ao voto.

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece o sufrágio como direito fundamental, caracterizado pelo voto direto, secreto, universal e periódico (art. 60, §4º, II), e também como um dever, ao passo que obrigatório (art. 14, §1º, I). Por fim, com o mesmo valor para todos (art. 14, caput). Constituído este conjunto de

determinações, cláusulas pétreas para todo o ordenamento jurídico do país.

Visto pelo prisma das eleições para escolha de representantes, o voto é facetado sob o viés político. Já os referendos e plebiscitos para escolhas ou aprovação de normas possuem maior apelo jurídico.

Independentemente dos efeitos (políticos ou jurídicos) provocados pela conduta, o não votar também provoca pelo menos uma repercussão: a necessidade de aceitação, dentro do princípio democrático em um estado de direito, da vontade de maioria que realizou uma escolha. O mesmo se aplica aos que na votação foram vencidos (minoria).

Dada uma eleição qualquer, a concretização do direito de sufrágio se dá pelo conjunto de manifestações que resultam no votar ou no não votar. O ato de votar pode ser motivado pela intenção da escolha, já o de não votar não fica adstrito apenas à abstenção, mas também ao voto nulo por intenção, já que, do ponto de vista jurídico, seria um ato inexistente e, do ponto de vista político, configura a aceitação (embora a não aquiescência) da vontade da maioria, pois a constituição do Brasil não prevê hipóteses de novos pleitos em decorrência de elevada abstenção ou mesmo de expressiva quantidade de votos nulos ou brancos – ou seja, votos não destinados a candidatos ou partidos.

4.1 Os efeitos e a intenção da escolha

Quanto aos efeitos e à escolha, o sentido do voto pode ganhar uma roupagem diferente. Segundo Bobbio (1986, p. 140):

Na sociedade de massa o voto de opinião está se tornando sempre mais raro: ousaria dizer que a única verdadeira opinião é a dos que não votam porque compreenderam ou creem ter compreendido que as eleições

são um rito do qual é possível subtrair-se sem graves danos, e como todos os ritos, por exemplo, a missa aos domingos, é no fim das contas uma chateação. Opinião discutível, condenável, detestável, mas opinião.

Das palavras de desse doutrinador, se depreende pelo menos: a) a importância do voto de opinião; e b) a necessidade de se respeitar esta opinião.

Mas, em se tratando do “não votar”, não há que se falar em opinião.

4.1.1 O voto como objeto de troca (voto de permuta)

É nesse cenário que podem ser analisadas as situações em que ocorre a prática de compra de votos. Neste contexto, a compra e a venda do voto pode ser direta ou indireta e individual ou coletiva.

Além do crime propriamente de venda e compra de votos (a compra direta é tipificada no art. 299 do Código Eleitoral), há que se observar as questões como a compra e venda indireta. É o caso, por exemplo, do eleitorado que vota em determinado candidato almejando receber como contrapartida a pavimentação de uma determinada via (venda coletiva do voto). Uma vez concluído o asfaltamento da via, cessar-se-ia por completo o compromisso daquele representante para com os seus representados.

Nesse contexto, oportuna ainda a lembrança à prática denominada *pork barrel* consistente na produção de leis ou na promoção de políticas públicas que visam beneficiar determinado grupo de eleitores que votaram em um candidato, o que envolve usual oportunismo eleitoral e serve como garantia de popularidade. Nesse sentido, leciona Brinkerhoff e Goldsmith (2014 apud REIS, 2015):

[...] esta expressão se refere a projetos custeados com recursos públicos promovidos por legisladores para

carrear dinheiro e trabalho para seus próprios distritos, como um favor político para políticos locais ou cidadãos”. Na política paroquial, os instrumentos democráticos de exercício do poder são utilizados para o fim de favorecer a indivíduos ou a grupos específicos em prejuízo de políticas sociais mais igualitárias. O *pork barrel*, a depender do conteúdo específico da política adotada e desde que exercitado no período em que é defesa a captação ilícita de sufrágio, pode dar ensejo à aplicação positiva das sanções previstas na norma administrativa repressiva eleitoral.

Não obstante, o voto deve significar a escolha do melhor representante para atuar em nome dos representados durante todo o período do mandato, e não como contrapartida de um interesse local e específico.

Essa distorção provoca um danoso efeito na composição do orçamento dos entes da União, porquanto os parlamentares buscam recursos para ações específicas, muitas delas direcionadas apenas a dar cumprimento a eventual compromisso de campanha, muitas vezes desconsiderando por completo a obrigação para com o bem comum de toda a coletividade.

Bobbio (1986, p. 130) resume este aspecto da questão do voto como meio de escambo:

Fala-se de voto de permuta em oposição ao tradicional voto de opinião, como se o voto fosse também ele uma mercadoria que se compra pagando (ou mais realisticamente, prometendo o "equivalente a um preço" – uso de propósito a expressão com a qual o art. 1.420 do Código Civil italiano define o contrato de compra e venda) – um preço cuja importância o homem político, não por acaso assemelhado por Schumpeter a um

empresário, arranca dos recursos públicos de que pode dispor ou de que faz acreditar dispor.

O voto como moeda de troca é uma prática mundial e, neste contexto, a compra e a venda do voto pode ser direta ou indireta, e individual ou coletiva.

4.1.2 O voto e a opção de “não escolha”

Não é possível na forma de governo atual a “não escolha”, já que o ato de abstenção ou mesmo o do voto nulo é uma escolha, em que o eleitor, conscientemente ou não, está escolhendo aceitar a vontade de outros – aceitação tácita da maioria.

Nesses casos não há um registro da opinião de um eleitor. Não há, por exemplo, como saber se o voto nulo no sistema eletrônico ocorreu por erro do eleitor ou por intenção, e ainda que houvesse, neste prisma, seria irrelevante. Fenômeno parecido ocorre com o voto em branco, porém, neste caso em tese, há a aceitação real da vontade da maioria.

Ou seja, não escolher, diante do sistema eleitoral vigente, é democraticamente sub-rogar o poder de escolha. Adiante será demonstrado que o mesmo efeito ocorre com o voto nulo, qualquer que seja a vontade do eleitor.

4.2 A abstenção

A abstenção é a ausência às urnas, justificada ou não. É o não comparecer para votar: o não votar propriamente dito. A abstenção do direito de escolha parece ser uma condição mundial. No Brasil, alcançou 19,4% dos eleitores aptos no pleito de 2014 e, conforme dados fornecidos pelo Tribunal Superior Eleitoral em seu sítio eletrônico, causou um prejuízo financeiro de R\$ 195,2 milhões no pleito de 2010 (Brasil, Tribunal Superior Eleitoral, 2016), dada a

observância da regra do sufrágio universal. Trata-se de relevante fator econômico-financeiro. Situação similar aconteceu em Cuiabá-MT, no primeiro turno das eleições de 2016 (brancos: 4,28%, nulos 9,36% e abstenção 19,91%) e na grande maioria das cidades do país.

Além do fator econômico, a abstenção constitui relevante fator jurídico. No ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello :

Toda vez que se estiver perante uma dicção prescritiva de direito (seja ela oral, escrita, expressada por mímica ou sinais convencionais) estar-se-á perante um ato jurídico; ou seja, perante um comando jurídico. Quando, diversamente, se esteja ante um evento não prescritivo ao qual o Direito atribua consequências jurídicas estar-se-á perante um fato jurídico (MELLO, 2009, p. 370).

Sendo o voto a expressão da vontade do eleitor consubstanciado em um ato jurídico, a abstenção torna-se um fato jurídico cuja principal consequência é a necessidade de aceitação da vontade da maioria que efetivamente fez uma escolha, ainda que dela se discorde.

A forma de governo constituída a partir do princípio democrático conduz para a assertiva de que a abstenção é uma condição de aceitação da vontade da maioria, afinal, ela não enseja reflexos no resultado das eleições.

A abstenção pode ocorrer resumidamente em duas situações: a primeira quando o eleitor está impedido de comparecer ao seu local de votação por um sem número de motivos (saúde, viagem etc.); o segundo, por livre arbítrio do eleitor que decide simplesmente não comparecer às urnas.

Na primeira situação, será possível ao eleitor justificar a ausência às urnas; na segunda, será considerado não quite com a justiça eleitoral e sofrerá a restrição de alguns direitos. Neste último caso, para regularizar a situação deverá realizar o pagamento de uma mul-

ta, atualmente calculada no valor máximo de R\$ 3,51 (três reais e cinquenta e um centavos) – entre 3% e 10% do valor de 33,02 UFIR.

A abstenção normalmente ocorre quando o eleitor tem alguma limitação que o impede de comparecer às urnas ou ainda por falta de interesse no processo eleitoral, mas pode ocorrer por protesto ou por simpatia ao movimento anárquico ou apolítico (abstenção consciente).

Quando utilizada como forma de protesto, a abstenção não tem efeito prático já que não pode alterar o resultado das eleições.

4.3 O voto nulo

Não existe, no contexto normativo eleitoral, o voto nulo propriamente dito. O conceito surgiu na época da votação por cédulas, momento em que, por uma série de motivos, não era possível certificar a intenção do eleitor ou quando se votava em candidato inexistente ou não inscrito. Caso pitoresco foi o do “Macaco Tião” no Rio de Janeiro – RJ (em 1988), decorrente do incentivo da revista Casseta Popular, que logrou cerca de quatrocentos mil eleitores a votarem em um macaco para prefeitura municipal.

Assim, a cédula que estivesse rasurada; que possibilitasse a identificação do eleitor; ou que não estivesse legível, além de outros motivos (candidato indeferido, não inscrito e etc.): era anulável. Tornava-se nula por declaração da junta apuradora, após constatar-se a impossibilidade de se aferir a “vontade válida do eleitor” durante o processo de escrutínio.

No modelo de votação eletrônica, a fase de contagem dos votos foi informatizada e a urna é apurada tão logo a votação se encerra. Quando o eleitor insere um número de candidato que o sistema eletrônico não reconhece, o equipamento (urna eletrônica) informa ao eleitor que caso continue terá seu voto anulado. Caso ele confirme a vontade por meio da opção digitada, o sistema eletrônico contabiliza *automaticamente* o voto como nulo.

Isso pode ocorrer em apenas duas situações:

- a) digitação de algarismos que não pertencem a um candidato previamente cadastrado na urna eletrônica, desde que os dois primeiros algarismos não correspondam a um partido político, caso contrário, o voto será contado para legenda partidária;
- b) digitação do número de um candidato ou partido político cujo registro não tenha sido deferido.

Isso significa, a título de exemplo, que existindo um partido cujo número seja 98 e inexistindo um candidato com o número 98001, este voto será computado para a legenda. Isso é o que Castro (1996, p. 26), denomina de “Voto de eficácia parcial”, ou seja, corrobora Mello (2009, p. 370): “Ocorre toda vez que a manifestação do eleitor só serve para contagem na legenda, logicamente nas eleições pelo sistema proporcional”.

Atualmente não existe um partido cujo número seja “00” (zero, zero), logo, ao digitar este número em uma urna eletrônica, desde logo ela informará ao eleitor que o número está errado e que caso ele o confirme (tecla verde “Confirma”) estará anulando o voto.

Estas definições tornam menos árdua a tarefa de se classificar as várias formas de voto nulo, descritas adiante.

4.3.1 Voto nulo por erro

É o caso do eleitor que digita um número de candidato indeferido ou diferente daquele que tinha intenção de escolher e que não corresponda a um voto válido e, muitas vezes por pressa, não efetua a devida conferência relativa à mensagem exibida na tela da urna eletrônica e confirma o voto.

No caso de votação em cédula, trata-se daquele caso em que o eleitor não deixa suficientemente clara sua intenção de voto, ou vota em candidato indeferido ou inexistente (renúncia, falecimento

ou sem registro de candidatura).

É o caso em que o eleitor não tem a intenção de anular o voto, mas o fato ocorre por erro.

4.3.2 Voto nulo apolítico simples

Geralmente provém daquele eleitor estigmatizado com a expressão “odeio política”.

O eleitor não tem conhecimento da necessidade efetiva de sua participação na vida política da sociedade. É o caso da falta de educação política, não se confundido com a educação em sentido amplo, já que pode ser observado mesmo em meios acadêmicos.

Nota-se aqui não se tratar necessariamente de cidadãos que odeiam os políticos ou candidatos, e sim a política propriamente dita.

4.3.3 Voto nulo apolítico complexo: por protesto político, anárquico

Está ligado ao cidadão que não concorda com o sistema político vigente. Geralmente simpatizante de movimentos como a anarquia.

Para estes, a sociedade não precisa de governantes, conforme o *site* Significados (2018):

Anarquismo é um sistema político que defende a anarquia, que busca o fim do Estado e da sua autoridade. O termo anarquismo tem origem na palavra grega *anarkhia*, que significa "ausência de governo". Representa o estado da sociedade ideal em que o bem comum resultaria da coerente conjugação dos interesses de cada um.

Dentro do Estado Democrático de Direito, este posicionamen-

to é respeitado pelo Estado brasileiro, mas eventuais manifestações devem seguir o ordenamento vigente.

4.3.4 Voto nulo por protesto político

É o voto dado sem o conhecimento do resultado prático que ele provocará ou o voto nulo por desconhecimento do resultado. Trata-se daquele eleitor que acredita que votar nulo gera algum fato ou efeito que possa repercutir, de alguma forma, no cenário político.

Em alguns aspectos, infelizmente, tem-se a internet como vilã. Trata-se de meio de fácil disseminação de informação e de desinformação, e é neste contexto que o eleitor é orientado a votar nulo.

Porém, ao votar nulo, o eleitor permite que outros, muitas vezes ainda menos informados, escolham por ele.

O eleitor supõe que provocará algum tipo de reflexão na classe política em quem ele próprio desacredita, o que chamamos de paradoxo da crença na sensibilização da classe política por meio do voto nulo. Paradoxo porque, se apática não se sensibilizaria.

A mudança é automaticamente protelada e o cenário contra o qual o eleitor protestante acredita estar combatendo é diretamente fortalecido.

4.3.5 Voto nulo por revolta

No grupo de eleitores que votam nulo por revolta encontram-se toda a sorte de pessoas, dos menos letrados a doutores. É o caso daquele eleitor descrente do poder de mudança do próprio voto e desiludido com a classe política que o representa.

Infelizmente, esse eleitor corrobora para a continuidade da situação que o desagrade ao não exercer seu direito real ao voto, ao menos, para escolher, conforme definido por Jairo Nicolau, em entrevista ao site *IHU* (NICOLAU, 2012), o “menos ruim”.

4.3.6 Voto nulo por falta de opção

Neste grupo estão aqueles eleitores que votam nulo exclusivamente em um pleito ou para uma eleição. Não têm, geralmente, nenhuma aversão à política.

Geralmente se dá no caso de não possuir candidato para o legislativo, ou para a segunda vaga de senador, ou mesmo por não concordar com os candidatos envolvidos na disputa (principalmente no caso de eleições majoritárias no segundo turno) e etc.

Para o caso, dever-se-ia aplicar a mesma solução de escolha do “menos ruim” ou mesmo do voto em branco.

4.4 Voto nulo e o ato de não votar

O voto nulo no sistema eleitoral brasileiro tem o mesmo efeito prático de que o não votar. O voto nulo não tem nenhum efeito no resultado das votações e não é suficiente para forçar a realização de uma nova eleição consoante entendimento pacificado pelo TSE (BRASIL, 2014a).

Corroborando, a corte superior eleitoral, em reiterados julgamentos citando a Farhat (1996), tem decidido que:

Votos nulos são como se não existissem: não são válidos para fim algum. Nem mesmo para determinar o quociente eleitoral da circunscrição ou, nas votações no Congresso, para se verificar a presença na Casa ou comissão do quórum requerido para validar as decisões.

Com base neste entendimento, o eleitor ao votar nulo se posiciona na mesma condição de que se não houvesse votado, entretanto, comparece às urnas.

4.5 O voto em branco

Deveria corresponder à situação em que o eleitor conscientemente deixa a escolha a cargo de outros ou, na melhor definição de Maria Helena Diniz (2008, p. 870): “Aquele em que o eleitor não manifesta preferência por nenhum dos candidatos”. Ele não se sente à vontade para escolher, entre os candidatos, aquele que melhor o represente. Porém, há situações em que este voto ocorre por desconhecimento, por protesto e até mesmo por revolta.

Com a aprovação da lei das eleições (Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997) o voto em branco deixou de ser considerado para efeito de maioria e de quociente eleitoral – revogação do parágrafo único do art. 106 do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65). Com isso, tecnicamente, deixou de ser uma opção para aqueles que “delegavam” a escolha e passou a ser equiparado ao próprio voto nulo, ou seja, sem nenhuma repercussão no processo de escolha dos representantes.

Na prática, alguns doutrinadores defendem que a exclusão dos votos em branco provoca o falseamento da representação popular, ao possibilitar que candidatos sejam, em tese, eventualmente eleitos com inexpressiva votação.

Em Portugal, o voto em branco recebe a roupagem de rejeição contra o rol de candidatos, mas não contra o regime político. Nesse caso o eleitor pretende rejeitar os candidatos e/ou os partidos, todavia, não o regime representativo.

Assim como no Brasil, em Portugal, nas eleições presidências de 2011, grupos anônimos espalharam notícias de que o voto nulo poderia ser usado como uma forma de protesto, porém, lá se acrescentou à ideia o voto em branco. Em dezembro de 2010 um importante jornal daquele país (DN PORTUGAL, 2010) veiculou uma matéria na qual o órgão administrativo que trata das eleições desmente o efeito de anulabilidade das eleições no caso dos votos nulos e brancos superarem os válidos:

A Comissão Nacional de Eleições (CNE) esclareceu esta terça-feira que os votos em branco e nulos não têm influência no apuramento dos resultados eleitorais, depois da circulação na internet de uma mensagem de apelo ao voto em branco.

"Esta mensagem induz os cidadãos em erro, na medida em que afirma que, se for obtida uma percentagem majoritária de votos em branco, a eleição do Presidente da República do próximo dia 23 de Janeiro de 2011 será anulada", esclareceu a CNE, em comunicado.

A instrução dada pela CNE em Portugal se aplica na íntegra ao Brasil. Além disso, como já dito, a partir das eleições de 1998, o voto em branco deixou de ser computado para fins de apuração do quociente eleitoral, medida considerada acertada, já que privilegia o sistema proporcional em relação à máxima representação, como ensina Nicolau (2001, p. 31): “A representação proporcional tem duas preocupações fundamentais: a) assegurar que a diversidade de opiniões de uma sociedade esteja refletida no Parlamento; e b) garantir a equidade matemática entre os votos dos eleitores e a representação parlamentar”.

Contudo, não se poderia deixar de analisar seu real sentido: o consentimento voluntário do eleitor em relação à vontade da maioria.

Na atualidade tem-se erroneamente considerado o voto em branco similar ao nulo. Trata-se apenas do atendimento da obrigatoriedade constitucional de comparecer às urnas no dia das votações, entretanto, em relação à manifestação do eleitor, seria o equivalente a aquiescência à vontade da maioria.

Vem se observando uma grande gama de eleitores que votam em branco com o mesmo intuito de anular o voto: o ato de “votar em ninguém”, consciente ele dos efeitos práticos deste tipo de voto.

4.6 O voto válido

É aquele em que o eleitor de forma livre e consciente expressa sua vontade. Ou seja, trata-se do voto dado diretamente a um determinado candidato ou a um partido (voto de legenda).

Nesse sentido, salienta-se que a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral pacificou-se no sentido de que “a validade da votação ou o número de votos válidos na eleição majoritária são aferidos em relação ao percentual de votos dados aos candidatos no pleito, excluindo-se, portanto, os votos nulos e os brancos, por expressa disposição do art. 77, § 2º, da Constituição Federal” (Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 11669, rel. Min. Arnaldo Versiani, PSESS de 8.11.2012). Desse modo, tais votos efetivamente dados a candidatos é que efetivamente define a necessidade de realização ou não de novas eleições, nos termos do que dispõe o art. 224, caput e § 3º, do Código Eleitoral, caso ocorra o indeferimento do pedido de registro ou mesmo a cassação do registro, diploma ou mandato.

Assim, em sua própria acepção, voto válido seria aquele voto que não é nulo ou branco.

4.6.1 O voto válido em sua essência

Para o conceito formal de validade dos votos, válido seria aquele que não é branco ou nulo: não nulos conforme o Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65) e; não em branco, conforme a Lei nº 9.504/97.

O conceito de validade em essência, aqui, extrapola o significado formal da validade da expressão de vontade e atinge o imperativo da consciência do voto. Este sim, seria o voto válido em sua essência, ou da forma definida pelo Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais: “*Voto Consciente*”, sendo o “Eleitor Bom de Voto” (BRASIL, 2014b):

1. Vota de acordo com sua opinião.
2. Não vende seu voto, pois sabe que ele não tem preço.
3. Informa-se sobre as propostas dos candidatos.
4. Discute com sua família, seus amigos e colegas de trabalho as propostas dos candidatos.
5. Procura conhecer as verdadeiras intenções dos candidatos.
6. Vota sempre nas melhores propostas e ideias.
7. Não vota influenciado pelas pesquisas.
8. Sabe que seu voto pode mudar seu futuro, da sua família e o da sua comunidade.
9. Sabe que o voto é um direito seu de escolher quem quer para governar sua cidade, seu estado e seu país.
10. Nunca deixa de votar.

4.6.2 O voto válido com efeito nefasto de voto por protesto

Trata-se do voto válido na forma e inválido na essência.

É o voto que atende aos preceitos de validade, mas indica um candidato que de fato o eleitor não pretende como seu representante para os próximos quatro ou até oito anos (Senado Federal).

É geralmente um *voto de protesto*, dado a um candidato que, do ponto de vista do votante, representa o ridículo. Seu efeito nefasto é que, se eleito, o candidato não possuirá legitimidade real, embora seja o representante legal daquele eleitor.

Diferentemente daqueles votos por protestos dados a candidatos fictícios na época do voto em papel – folclórico exemplo do “Macaco Tião” (já citado) –, que durante a fase de apuração das urnas de lona eram convertidos em votos nulos, estes, no sistema eletrônico de apuração, são validados já que dados a candidatos com registro de candidatura deferido.

No contexto de possível voto de protesto o *site* Gazeta do Povo (2010), cita o caso do então palhaço e humorista Tiririca, que lançou

sua candidatura para deputado federal em 2010 (reeleito em 2014), ele teria se tornado um “puxador de votos”. O fato é que sua votação expressiva fez com que seu partido (PR-SP) recebesse mais três vagas por conta do quociente partidário.

É relevante observar que aquele eleitor que votou em tal candidato interessado em tê-lo como seu representante no Congresso Nacional, qualquer que seja seu motivo, deve ter seu direito de escolha respeitado. A crítica se constrói sobre aqueles que votaram no candidato como forma de protesto e acabaram por eleger, além dele, outros daquele partido, todos sem vinculação representativa. Assim, a opção por tais candidatos permite o favorecimento das respectivas legendas, em nítida distorção da vontade manifestada quanto a tais votos.

No caso do humorista citado, ele obtendo o total de 1.353.820 votos, o que representou cerca de 6,35% dos votos válidos e contribuiu para que fossem eleitos outros três candidatos de baixa votação.

Com uma votação tão expressiva – legitimidade? –, o candidato poderia ser eleito governador em primeiro turno na maioria dos estados Brasileiros. Segundo o site da revista *Veja*, a popularidade dele foi vista como mais um caso de voto de protesto, nos dizeres do jornalista Bruno Abbud (2010): “votos de protesto: o que acontece quando um cacareco assume o mandato”.

Partindo da premissa da falsa legitimidade, o efeito deste tipo de voto é tão negativo para a democracia que é melhor que o eleitor com essa intenção deixe de votar, vote em branco, ou anule seu voto (vote nulo).

Coaduna com este entendimento o advogado Dr. Walter de Almeida Guilherme, então desembargador presidente do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, quando, segundo o *site* jornalístico *Migalhas* (2010), pediu em entrevista às vésperas das eleições de 2010 para que o eleitorado paulista não votasse em candidatos esdrúxulos e se quisesse protestar que votasse branco ou nulo:

De fato, não se pode judicialmente modificar a decisão prolatada pela soberania popular. Já basta o exagero do presidente do TRE/SP ir à televisão na véspera do pleito dizer que quem quisesse fazer protesto deveria votar nulo ou branco, e não votar em um candidato esdrúxulo. Ora, excelência, o eleitor vota em quem quer, e não compete a ninguém, muito menos a quem preside a eleição, dizer como deve ser o voto. Ademais, como diria o ministro Gilmar Mendes, "o que é realmente grave está ficando em segundo plano". Grave é o voto ser obrigatório. Tiririca só foi eleito por quem, na verdade, não queria votar. Fosse o voto facultativo, não haveria isso. Com efeito, o paulista não iria sair de sua casa, num domingo chuvoso, para sufragar o excelentíssimo deputado Tiririca.

Com a devida vênia à redação do veículo de comunicação, se o próprio eleitor considerar um candidato esdrúxulo, correta será a intervenção da Justiça Eleitoral e da sociedade organizada como um todo, já que não deveria votar nele. Caso contrário, a afirmação por uma condição lógica não se aplicaria a candidato qualquer que seja. Vê-se tratar de conceito intrínseco, resultante da avaliação cognitiva da sociedade na escolha de seus representantes.

4.6.3 O voto válido “carente de vontade”

Tecnicamente trata-se de um voto válido, entretanto, deveria ser desprezado dentro de um processo democrático por não obedecer em essência à vontade do eleitor.

É identificado nos seguintes casos:

- a) substituição do candidato em tempo insuficiente para que o eleitor tome ciência, e vote acreditando que o substituído será o diplomado;

- b) eleições para o legislativo em que o candidato concorre *sub judice* sem a ampla divulgação de tais implicações e os votos são futuramente (após o trânsito em julgado) computados para a legenda partidária (muitas vezes uma coligação). Neste caso, tal condição ganha este viés por conta do caráter personalíssimo (e não partidário) das votações proporcionais no Brasil;
- c) situação em que o senador deliberadamente renuncia (afastados os casos de motivo de força maior) e é substituído por um dos suplentes;
- d) caso em que o eleitor é, de alguma forma, coagido a votar em determinados grupos e as autoridades não conseguem chegar aos criminosos – por exemplo, voto em candidatos que representem as milícias, voto de cabresto etc.

4.6.4 O voto válido para candidato “carente de legitimidade”

Ocorre quando o eleitor vota em candidatos para os cargos do legislativo nas eleições proporcionais e, por conta da expressiva votação, outros, bem menos votados e até mesmo de outro partido (em coligação), também são eleitos.

Nesse sentido, o Congresso Nacional tem reagido especialmente com a aprovação de uma cláusula de barreira que impede a eleição de candidato que não alcance a dez por cento do quociente eleitoral, nos termos do que atualmente dispõe o art. 108 do Código Eleitoral, com redação dada pela Lei nº 13.165/2015. Tal medida é considerada tímida por alguns (defensores da limitação do acesso ao legislativo) e prejudicial por outros (defensores da máxima participação proveniente do sistema proporcional).

5 O voto e a escolha do candidato

Muito se discute sobre o sistema eleitoral brasileiro, principalmente nos casos do modelo proporcional em que o candidato mais votado, não necessariamente é eleito.

Propostas de reformulação do modelo estão em discussão em vários seguimentos da sociedade, mas são pouco fomentadas pelo Legislativo ou pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Evitando a discussão sobre os possíveis “novos” sistemas eleitorais, há que se esclarecer como funciona o atual. Trata-se de um modelo misto, composto por um sistema majoritário e um proporcional.

O majoritário, utilizado para eleições dos cargos do executivo e para o Senado Federal, é um modelo simples, no qual a maioria dos votos válidos define o eleito. Em algumas situações, a fim de se garantir a legitimidade do eleito, realiza-se um segundo turno das eleições para o executivo (maioria absoluta).

Quanto às eleições para os cargos de Vereador, Deputado Estadual e Deputado Federal – eleição por votação proporcional –, os partidos ou coligações mais bem votadas, seguindo a ordem de votação de seus candidatos, é que detêm o direito às vagas, o que resulta em casos de candidatos muito bem votados pertencentes a partidos ou coligação incapazes de alcançar o quociente eleitoral, ou seja, não terão direito a uma cadeira no legislativo.

Vê-se que o sistema está baseado predominantemente (quase exclusivamente) no modelo partidário.

5.1 O modelo adotado no Brasil

O Brasil adota um modelo de votação mista, em que para os cargos do legislativo, exceto o Senado Federal, aplica-se a fórmula proporcional, privilegiando os partidos políticos. Já no caso dos cargos do poder executivo e do Senado Federal, adotou-se o modelo

majoritário.

Ao modelo majoritário, no caso do Poder Executivo, aplica-se ainda a regra da legitimidade nas cidades com mais de duzentos mil eleitores. Por essa regra, há uma nova eleição (segundo turno) entre os dois candidatos mais votados se nenhum deles obtiver cinquenta por cento mais um dos votos válidos no primeiro turno. É um modelo relativamente simples em que o eleitor consegue com grande facilidade perceber o resultado da votação.

Quanto ao sistema proporcional, a identificação do eleito depende de um arrojado cálculo matemático que apura o quociente eleitoral, o quociente partidário, o número de vagas de cada partido/coligação e em seguida, havendo vagas remanescentes, a chamada distribuição das sobras ou cálculo da média.

Tal complexidade seria abstraída se os candidatos mais votados fossem sempre eleitos, o que pode não ocorrer dependendo do desempenho do partido ou coligação a que o candidato pertença.

5.1.1 Críticas ao modelo proporcional

A ideia constituída sobre o sistema proporcional parece remeter ao contexto em que o voto seria primordialmente dado a um partido político, caracterizando a materialização de uma ideologia socialmente defendida ou defensável.

Quanto ao candidato, deveria servir como critério de escolha dos mais votados dentro da lista de nomes apresentada pelo partido ou coligação para uma dada eleição, o que, dessa forma, torna estranha a possibilidade de coligações específicas para um pleito eleitoral.

Se não bastasse esta crítica inicial, há que se observar que o eleitorado brasileiro é frequentemente orientado a votar em um candidato específico (voto personalíssimo) e não em um partido. Como resultante (ou desvio) do sistema proporcional, passa a existir o problema dos chamados candidatos puxadores de voto.

A Emenda Constitucional nº 97/2017, tende a resolver este

problema, se uma minirreforma impedir seus efeitos ainda em 2019.

5.1.2 Crítica ao modelo de votação majoritária para o Senado Federal

A eleição para senador apresenta pelo menos duas falhas que perturbam a legitimidade e o princípio democrático.

A primeira está relacionada a não aplicação de uma fórmula para maioria absoluta. A segunda, por não existir duas eleições para o Senado em momentos distintos, quando disponíveis duas vagas. Neste último caso a falha se evidencia porque ao longo da vida, o cidadão não é condicionado a escolher dois candidatos, e sim um, tornando o voto dado ao senador para ocupar a segunda vaga mero cumprimento da obrigatoriedade de escolher.

As duas condições, quando somadas, resultam ou em senadores regionais, ou seja, candidatos eleitos de determinada região onde detêm grande influência, ou senadores que, por conta da falta de representatividade real não importam de fato à vontade da maioria (falta de legitimidade).

5.1.3 A responsabilidade dos Tribunais Eleitorais, da sociedade organizada e das instituições de ensino

Muitos dos problemas apresentados até então, que culminam no voto nulo ou no ato de não votar, se devem à falta de compreensão e de conhecimento sobre o modelo democrático vigente.

É difícil tratar de política sem tomar partido! Um exemplo é a discussão sobre política nas escolas, há quem diga que tal tratativa necessariamente induz a uma ideologia, por exemplo, o repúdio à aludida intervenção do governo do PT nas instituições de ensino, combatia por manifestações retratadas no *site* Escola Sem Partido⁴.

4 Escola Sem Partido: veja mais em <http://www.escolasempartido.org/>

Isso impede – ou pelo menos limita – a atuação das escolas ou mesmo da sociedade organizada no desempenho do importante papel de doutrinar sobre o voto consciente ou do impacto negativo do ato de não votar, e até mesmo de como funciona o processo de escolha dos candidatos em uma eleição proporcional ou majoritária.

Por isso, deve remanescer aos Tribunais Eleitorais (TRE e TSE), por meio de suas escolas judiciárias eleitorais, cumprir com este importante encargo.

5.2 O modelo de convenção – a escolha dos pré-candidatos

Segundo o TSE (BRASIL, 2018) “Convenções partidárias são reuniões de filiados a um partido político para julgamento de assuntos de interesse do grupo ou para escolha de candidatos e formação de coligações (união de dois ou mais partidos a fim de disputarem eleições)” e (Brasil, 2018) “a filiação partidária é o ato pelo qual um eleitor aceita, adota o programa e passa a integrar um partido político. Esse vínculo que se estabelece entre o cidadão e o partido é condição de elegibilidade, conforme disposto no art. 14, § 3º, V, da Constituição Federal”.

Após a reforma eleitoral de 2015 (Lei nº 13.165/2015), foram aprovadas novas datas e regras para realização das convenções partidárias e para o registro de candidatura, entretanto todas relacionadas a prazos, diante da redução do período das campanhas.

A forma de escolha dos candidatos e pré-candidatos continua a ser prerrogativa exclusiva das agremiações partidárias que contam com um número pouco expressivo de filiados, graças, talvez, a pouca maturidade política da sociedade brasileira. Tal situação facilita a formação de grupos que controlam os partidos, dificultando o acesso livre ao poder partidário.

Um exemplo de concentração de poder nas mãos das elites formadas dentro dos partidos, autorizada por lei, ocorre no caso de as convenções não indicarem o número máximo de candidatos. Nesse

caso, as vagas que eventualmente sobrarem devem ser preenchidas em até 30 dias antes do pleito na forma como estabelecer o estatuto do partido. Caso o estatuto do partido não possua normas para escolha e substituição dos candidatos ou mesmo para formação de coligações, o órgão de direção nacional do partido deverá estabelecê-las e publicá-las no Diário Oficial da União em até 180 dias antes das eleições.

Há, sem dúvida, grande concentração de poderes nos órgãos de direção das legendas partidárias e tudo isso demonstra a necessidade de conscientização da sociedade para participação, não tão somente no processo de votação, mas também partidária, a ponto de fundar um novo partido se nenhuma das agremiações apresentarem uma ideologia que a motive e a represente.

Um eleitor não filiado a um partido político, ao exercer seu direito ao voto, já parte de um segundo nível de escolha, sendo que o primeiro ocorreu no momento das convenções.

Votar nulo ou deixar de votar por ausência de um candidato qualificado não se justifica para o eleitor não filiado.

6 O voto nulo e a obrigatoriedade do voto

Segundo Soares (2004), os principais argumentos sustentados pelos defensores do voto obrigatório seriam resumidos da seguinte forma:

- a) o voto é um poder-dever; b) a maioria dos eleitores participa do processo eleitoral; c) o exercício do voto é fator de educação política do eleitor; d) o atual estágio da democracia brasileira ainda não permite a adoção do voto facultativo; e) a tradição brasileira e latino-americana é pelo voto obrigatório; f) a obrigatoriedade do voto não constitui ônus para o País, e o constrangimen-

to ao eleitor é mínimo, comparado aos benefícios que oferece ao processo político-eleitoral.

Entretanto o voto em sentido estrito (escolher) não é obrigatório, e sim, o comparecimento às urnas, já que é facultado ao eleitor “votar nulo” e, desta forma, não realizar uma escolha.

O dever de votar surgiu quando o cidadão cedeu parte de seus direitos em prol da formação do Estado – o Contrato Social (ROUSSEAU, 2017) –, de quem o processo democrático é sustentáculo. Portanto, para a manutenção do Estado, a sociedade deve escolher seus representantes, reafirmando a manifesta vontade das partes, sem a qual não se poderia manter o contrato.

O pacto da formação do Estado obrigou a sociedade a aceitar que algumas liberdades naturais do homem fossem relativizadas, impondo-lhe algumas obrigações, entre as quais a de escolher seus representantes. Ribeiro (2011), tratando das liberdades individuais:

A questão que se colocava era a seguinte: como preservar a liberdade natural do homem e ao mesmo tempo garantir a segurança e o bem-estar da vida em sociedade? Segundo Rousseau, isso seria possível através de um contrato social, por meio do qual prevaleceria a soberania da sociedade, a soberania política da vontade coletiva.

Tornar o voto não obrigatório é tratar como facultativa ou até mesmo irrelevante a participação de todos na escolha dos representantes da sociedade, os quais, se dessa forma, possuiriam legitimidade mitigada para a prática dos atos de governo.

Os favoráveis ao voto facultativo argumentam que a compulsoriedade em si já contrariaria o princípio democrático; que o alto número de votos nulos se deve ao eleitorado que não deseja participar do processo eleitoral; que os votos por protestos são geralmente

dados por eleitores descomprometidos e etc.

O fato é que independentemente de obrigatório ou facultativo, o Estado carece da legitimidade dos representantes para apoiar a aplicação de seus poderes, o que fortalece a tese contrária ao ato de não votar (voto nulo, em branco ou abstenção).

Conhecendo os diversos motivos para o ato de não votar, o argumento que sustenta que tornar o voto facultativo diminuiria o número de votos nulos e em branco pode não refletir a realidade já que não leva em conta o contexto da abstenção, do voto nulo ou do voto em branco por protesto. Ainda pior: o argumento de que, se facultativo, somente compareceriam às urnas os eleitores comprometidos com o processo eleitoral, parece ignorar o onipresente problema da compra de votos.

Em última análise, o voto obrigatório mitiga os riscos do processo eleitoral quanto aos votos ou abstenção por cabresto, votos por alienação ou da compra de votos, já que coloca, a priori, todos os eleitores necessariamente diante das urnas.

7 Efeitos do voto anulado

Apenas os votos válidos têm efeitos práticos no processo eleitoral brasileiro.

Em que pese que o efeito prático seja idêntico, a justiça eleitoral contabiliza os votos brancos e os nulos de forma separada.

Porém, existe outro tipo de voto nulo: o voto anulado, ou voto dado a candidato ou a partido político afastado juridicamente da disputa eleitoral.

Esta diferenciação causa certa confusão e merece elucidação. Caso mais de cinquenta por cento dos votos de uma eleição sejam anulados, há, segundo entendimento pacificado no TSE, que se promover novo pleito, o que não tem nenhuma correlação com os votos nulos, assinalados pelo próprio eleitor quer por erro, quer por protesto.

O Art. 224 do Código Eleitoral prevê:

Art. 224. Se a nulidade atingir a mais de metade dos votos do país nas eleições presidenciais, do Estado nas eleições federais e estaduais ou do município nas eleições municipais, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição dentro do prazo de 20 (vinte) a 40 (quarenta) dias.

Também oportuna a lembrança de que foi inserido, com a Minirreforma Eleitoral de 2015 (Lei nº 13.165), outro critério de nulidade da eleição, conforme dispõe o novel § 3º do art. 224 do Código Eleitoral, no sentido de que, independentemente da votação obtida pelo candidato eleito, caso indeferida sua candidatura ou cassado seu registro, diploma ou mandato, será caso de se realizar nova votação:

§ 3º A decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário acarreta, após o trânsito em julgado, a realização de novas eleições, independentemente do número de votos anulados. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015).

Em relação às condições de anulabilidade dos votos, o Código Eleitoral estabelece:

Art. 220. É nula a votação:

- I – quando feita perante Mesa não nomeada pelo Juiz Eleitoral, ou constituída com ofensa à letra da lei;
- II – quando efetuada em folhas de votação falsas;
- III – quando realizada em dia, hora, ou local diferentes do designado ou encerrada antes das 17 horas;
- IV – quando preterida formalidade essencial do sigilo

dos sufrágios;

V – quando a Seção Eleitoral tiver sido localizada com infração do disposto nos §§ 4º e 5º do art. 135. (Incluído pela Lei nº 4.961, de 4.5.1966).

Parágrafo único. A nulidade será pronunciada quando o órgão apurador conhecer do ato ou dos seus efeitos e a encontrar provada, não lhe sendo lícito supri-la, ainda que haja consenso das partes.

Trata-se de declaração de nulidade e, no caso, de presunção absoluta, o que determina o art. 220 do CE. A nulidade a que se refere este artigo é a decorrente da constatação de fraude, da cassação de candidato sub judice, ou mesmo eleito condenado por crime eleitoral após o pleito e antes da diplomação. O afastamento do candidato nestas situações provoca a realização de uma nova eleição suplementar que a depender da época poderá até ser indireta (pelo poder Legislativo).

Com isso, cai por terra qualquer afirmação ou argumento de que o ato de votar nulo teria o poder de provocar uma nova eleição.

8 Dez motivos para não votar nulo e um para votar

Em apertada síntese, pode-se concluir que:

- I. O voto nulo não tem efeito prático (não altera o resultado do pleito).
- II. O voto nulo contribui para a manutenção da situação atual.
- III. O voto nulo favorece os compradores de votos.
- IV. O voto nulo não sensibiliza o candidato corrupto. Para aquele, chega a ser um benefício.
- V. Quem não participa do processo de escolha perde o direito de reclamar.

- VI. Quem deixa de escolher é mais culpado pelos problemas sociais não resolvidos ou pela corrupção que aqueles que se arriscam tentando.
- VII. Se todos os candidatos forem ruins, ao eleitor cabe escolher o menos ruim. Se não houver um menos ruim: ao eleitor cabe candidatar-se!
- VIII. Ainda não se pensou em um sistema melhor que a democracia e ela depende do voto.
- IX. A única forma de mudança democrática é pela própria força da democracia.
- X. O modelo democrático brasileiro é constituído com base nos partidos políticos, cabendo à sociedade integrá-los, mantê-los e fiscalizá-los. O ato de não votar não corrige os problemas deste sistema.

Um motivo para votar nulo: Se a escolha se fundamenta em uma forma qualquer de protesto (por exemplo, voto em candidato esdrúxulo), o melhor é votar em branco, nulo, ou ainda, não votar sob pena de ferir gravemente o princípio democrático, a legitimidade e a representatividade, dificultando, sobremaneira, a manutenção dos direitos e garantias fundamentais ou adiando sua concretização.

O Eleitor é ator essencial para a própria mudança que ele espera na sociedade.

9 Considerações finais

Neste artigo foi demonstrado que o voto nulo, o voto em branco e a abstenção, todos classificados como atos de não votar, se subdividem quanto à intenção e à vontade do eleitor, caracterizando ou descaracterizando o fato jurídico resultante.

Entre os problemas apresentados pelo ato de não votar, pôde-se constatar que a ausência de informação, caracterizada pelo

desconhecimento fático do modelo democrático e político-partidário como sendo uma de suas principais causas. Por isso, muitos deles podem ser resolvidos com a disseminação de políticas estruturadas de ensino sobre o modelo atualmente adotado no Brasil. Papel este que deve ser incentivado pelos Tribunais Eleitorais (TSE e TRE), por meio de suas Escolas Judiciárias.

Ainda quanto ao papel dos Tribunais Eleitorais, cabe continuar aprimorando o sistema de votação e a forma de votar, facilitando o acesso do eleitor ao voto e diminuindo a quantidade de erros. Muito embora o número de votantes que erram ao digitar o voto na urna eletrônica não pareça significativo, este campo de atuação merece constante trabalho educativo e de informação.

Outra frente de trabalho deve ser direcionada pela sociedade aos partidos políticos, que devem ser reformulados e incentivados a adotar mecanismos democráticos, tais como o voto direto como forma de escolha dos candidatos nas convenções. Além disso, devem implementar em seus estatutos, normas que impeçam a perpetuação de grupos no poder. Entretanto, deve-se garantir, ao mesmo passo, a liberdade partidária.

Quanto ao voto nulo como forma de protesto, por revolta, ou por falta de opção, há que se levar em conta que o modelo democrático não admite a abstenção em sentido amplo (abstenção de escolher), ou seja, todo cidadão, mesmo não escolhendo, faz uma escolha ainda que inconsciente. Por isso, muitos são os motivos para que o eleitor não vote nulo.

Porém, pior ainda que votar nulo é eleger um candidato esdrúxulo como forma de protesto. Isso porque, protesto ou não, aquele candidato irá representar aquele eleitor por no mínimo quatro anos e, muitas vezes, será chamado para decidir sobre assuntos diversificados e importantes como por exemplo: impostos, aborto, guerras, educação, saúde, previdência e etc., muitos deles sem qualquer relação com a corrupção propalada (por exemplo, aborto e previdência social). Se o eleitor realmente não quer participar do processo políti-

co e se todos os argumentos apresentados não foram suficientes para convencê-lo de seu papel na sociedade, para que não a atrapalhe, o melhor é que ele se abstenha de votar, vote em branco, ou vote nulo.

Quanto àqueles contrários ao próprio sistema e que por isso não votam ou votam nulo, vale a máxima de que todos merecem ter sua opinião respeitada. Este direito é garantido pelo próprio sistema a que combatem: o democrático. E quanto a isso, a grande dúvida é: se afastado este sistema, um modelo anárquico ou ditatorial permitiria tal liberdade de expressão? É certo que não nos parece uma opção plausível, a mudança de sistema de governo.

Nada disso assevera as motivações para que se deixe de votar, principalmente como forma de protesto, muito pelo contrário, evidencia o problema em discussão.

Além disso, até que se altere a forma de escolha dos candidatos, o modelo partidário deveria ser melhor explicado para a sociedade como um todo. Não é incomum encontrarmos acadêmicos desconhecedores do sistema eleitoral brasileiro. Em ato contínuo, eles deveriam ser incentivados a participar como integrantes dos partidos políticos – que é a base para o modelo de democracia adotado neste país.

Em paralelo a toda a discussão sobre a importância do ato de votar validamente, um novo modelo de seleção dos candidatos deve ser instituído. Discutir um novo sistema eleitoral deverá ser matéria para um futuro ensaio. Por ora, é patente assinalar que o atual pode não estar atendendo a maioria dos anseios de nossa sociedade – primeiro porque pensamos majoritariamente e nosso sistema é proporcional, segundo porque escolhemos pessoas e nosso sistema trata preferencialmente de partidos políticos.

Fatos fomentadores contemporâneos para a discussão sobre o sistema eleitoral atual são os recentes escândalos de corrupção. Porém, em qualquer dos campos de discussão deve-se afastar as ideias que relacionem à corrupção aos sistemas eleitorais, haja vista que em diferentes países com diferentes sistemas, há indícios de sua

existência independentemente uma da outra.

Alicerçados sobre a mesma preocupação (corrupção), também repousam argumentos dos defensores do ato de não votar. Estes parecem não estarem cientes de que são grandes contribuintes da manutenção da situação atual ao não permitirem a única manifestação com poder de mudança dentro do modelo democrático vigente: o voto.

REFERÊNCIAS

ABBUD, Bruno. Votos de protesto: o que acontece quando um cacareco assume o mandato. **Revista Veja**, set. 2010. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/politica/votos-de-protesto-o-que-acontece-quando-um-cacareco-assume-o-mandato/>>. Acesso em: 9 maio 2017.

ALVIM, Frederico Franco. **Manual de direito eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOBBIO, Norberto. **El futuro de la democracia**. 3. ed. México: FCE, 1990.

_____. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. **Voto consciente**. 2014b. Disponível em: <<http://www.tre-mg.jus.br/eleicoes/eleicoes-2014-tre-mg-1/voto-consciente>>. Acesso em: 20 dez 2018.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Assessoria de Comunicação. **Eleições 2014: mais de 50% dos votos nulos não podem anular um**

pleito. 2014a. TSE. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2014/Agosto/eleicoes-2014-mais-de-50-dos-votos-nulos-nao-podem-anular-um-pleito>>. Acesso em: 28 fev. 2016.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Filiação partidária**. 2018. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/filiacao-partidaria/filiacao-partidaria>>. Acesso em: 20 dez 2018.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Convencões partidárias**. 2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/processo-eleitoral-brasileiro/registro-de-candidaturas/convencoes-partidarias>>. Acesso em: 20 dez 2018.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico: Q - Z**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 4.

DN PORTUGAL. Voto em branco. **Diário de Notícias**. 2010. Disponível em: <<http://www.dn.pt>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

FARHAT, Said. **Dicionário parlamentar e político**. São Paulo: Melhoramentos; Fundação Peirópolis, 1996.

FARIAS NETO, Pedro Sabino de. **Ciência política: enfoque integral avançado**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

FERRAJOLI, Luigi, **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GAZETA DO POVO. Palhaço é o mais votado do Brasil. **Gazeta do Povo**, 2010. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/eleicoes/2010/palhaco-e-o-mais-votado-do-brasil-0b6bue87qshg7ew7yjefpz3v2>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição**. Belo Horizonte: Líder, 2002.

MARTINEZ, Vinício Carrilho. Estado moderno: características, conceito, elementos de formação, instituições políticas, natureza jurídica, atualidades. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3832, 28 dez. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26268/estado-moderno/3>>. Acesso em: 28 maio 2019.

MIGALHAS. Tiririca contra a rapa. **Migalhas**, nº 2.485, 5 out. 2010. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/informativo/2485>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

NICOLAU, Jairo Marconi. **Sistemas eleitorais**: uma introdução. 4. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2001.

_____. **Eleições no Brasil**: do império aos dias atuais. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2012.

NICOLAU, Jairo. O eleitor brasileiro se acostumou a votar no ‘menos ruim’. [entrevista cedida à] Graziela Wolfart. **Revista ILU on-line**, ano 12, n. 398, ago. 2012. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4554&secao=398>. Acesso em: 6 jun. 2016.

REIS, Márlon Jacinto. **Uso eleitoral da máquina administrativa e captação ilícita de sufrágio**. Rio de Janeiro : FGV, 2006. 136 p.

RIBEIRO, Paulo Silvino. Rousseau e o contrato social. **Brasil Escola**. 2011. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/sociologia/rousseau-contrato-social.htm>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social** : princípios do direito político. São Paulo : Edipro, 2017. 127 p.

SENSUS PESQUISA E CONSULTORIA. Campanha de Esclarecimento do TSE : Eleições 2010 : relatório :. Belo Horizonte, 2010. 37 p. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/pesquisa-instituto-sensus-sobre-a-justica-eleitoral>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

SIGNIFICADOS. **Significado de Anarquismo**. 2018. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/anarquismo/>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. **Rev. Dir. Adm.**, n. 173, p.15-34, jul./set. 1988,

SOARES, Paulo Henrique. **Vantagens e desvantagens do voto obrigatório e do voto facultativo**. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa, 2004. (Texto para discussão, 6). Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-6-vantagens-e-desvantagens-do-voto-obrigatorio-e-do-voto-facultativo>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

IMPACTOS DA APROVAÇÃO DO PROJETO DE LEI (PL) 4.424/2016, NA PRESTAÇÃO DE CONTAS DOS PARTIDOS POLÍTICOS

Ivan Leite Louredo¹

RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar o impacto do PL nº 4.424/2016, que altera dispositivos da Lei nº 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos), referente à prestação de contas dos partidos. O estudo relata a necessidade da prestação de contas como é feita hoje e a importância das sanções impostas aos partidos. Veremos uma análise dos dispositivos legais e opinião de estudiosos do tema, a fim de entender quais seriam as consequências da aprovação do Projeto de Lei citado. Tudo visando despertar o interesse pelo tema no meio acadêmico e pela sociedade civil organizada, pois trata-se da forma como são geridos os recursos advindos do fundo partidário, recursos públicos estes que, somente no exercício de 2017, alcançaram a cifra de R\$ 741 milhões. Ao final, é feita sugestão buscando influenciar o legislativo a não aprovar o dispositivo da forma que está, visto os danos irreparáveis ao erário advindos dessa aprovação.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Prestação de contas 2. Impacto
3. Fundo partidário 4. Partidos políticos

1 Bacharel em Administração pela UFMT. Especialista em Administração Judiciária Eleitoral pela A Vez do Mestre – Faculdade Integrada da Universidade Cândido Mendes (AVM-UCAM). Pós-Graduado em Direito Eleitoral pelo IDP de Brasília/DF. Técnico Judiciário lotado na Seção de Análise e Auditoria de Contas Eleitorais – SAACE/CCIA/TRE/MT. email: ivanlouredo@tre-mt.jus.br.

1 Introdução

Esse trabalho pretende abordar e discutir os impactos da aprovação do Projeto de Lei nº 4.424/2016, que altera dispositivos da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos).

Atualmente, a Lei nº 9.096/95 estabelece sanções para os partidos que não prestam contas no tempo legal, tais como: pagar multas, não receber fundo partidário e, em alguns casos, até ter suspenso o diretório.

Porém, as alterações propostas no projeto de Lei nº 4.424/16, que atinge os artigos 3º, 10, 14, 15, 32 e 61 da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, (Lei dos Partidos Políticos), proporcionarão duas grandes mudanças: 1) os partidos políticos passam a ter autonomia para gerir financeiramente seus recursos e 2) não mais serão alvo de suspensão do registro ou de anotação de pendência quando o órgão partidário de direção nacional, estadual ou regional (DF), municipal ou zonal (DF) tiverem suas contas partidárias julgadas como não prestadas. E no caso de uma eventual sanção, que seja relacionada à desaprovação, omissão ou não prestação, isto não trará qualquer óbice e não impedirá o regular funcionamento partidário ou eleitoral daquele órgão.

A Lei dos Partidos Políticos também impede que os partidos arrecadem e façam uso de dinheiro de fonte desconhecida, suspeita ou ilícita, como exemplo, doações acima do limite legal, doação de empresas, dinheiro de tráfico ou “contribuições” de seus filiados que ocupam cargo comissionado.

Neste artigo, busca-se apresentar dados e argumentos que demonstrem o impacto dessas alterações nas prestações de contas dos partidos, com o intuito de fazer uma reflexão sobre a importância do modo como é feito hoje e sua influência no controle externo dos partidos, contribuindo desta forma, para decisão a respeito da alteração desses dispositivos legais (Lei dos Partidos Políticos), que, visivelmente, só dará margem para ganância desenfreada e desordenada de

recursos públicos.

Além disso, esse trabalho busca despertar no meio acadêmico a apreciação desse tema, que é carente de estudos, porém, de grande relevância, por se tratar de administração de recursos públicos. Já no meio social, irá contribuir para o debate existente entre Justiça Eleitoral e partidos políticos, sobre a relevância ética da prestação de contas pelos partidos políticos, que hoje em dia é o único instrumento de controle efetivo dos recursos administrados por estas agremiações, por se tratar de fiscalização com ênfase nos recursos públicos, cuja pena, em caso de descumprimento da obrigação ou não observação do regramento, pode levar a suspensão do órgão partidário.

Levando em conta, que mesmo com as penalidades impostas atualmente, muitos partidos deixam de prestar contas ou as prestam com inconsistências, imaginemos como será isso com as ausências de consequências punitivas pela prática desses atos.

Dessa forma, com base em todo exposto acima, se espera que a abrangência desse trabalho possa servir de base para estudos sobre prestação de contas de partidos, tanto pela Justiça Eleitoral quanto pelos partidos políticos, podendo ser utilizado por qualquer instância eleitoral ou órgão partidário deste país.

Por fim, busca-se com este trabalho ampliar o debate sobre essa matéria, principalmente perante os legisladores da matéria eleitoral no Congresso Nacional e o Tribunal Superior Eleitoral, que edita normas para essa justiça, com o intuito de chegar a um fim delimitado: fortalecer cada vez mais o controle e a fiscalização dos recursos oriundos do fundo partidário e não debilitar os regramentos existentes. E aqui está a relevância política deste trabalho: levar os diretórios nacionais dos partidos políticos a reconhecerem a importância de fortalecerem esse controle, até mesmo para externar uma postura de honestidade e cometimento no trato do dinheiro público perante a população.

2 Breve abordagem sobre partidos políticos

Para Silva (2000, p. 395) partido político é uma forma de agremiação de um grupo social que se propõe a organizar, coordenar e instrumentar a vontade popular com o fim de assumir o poder para realizar seu programa de governo.

Aqui no Brasil, o partido político é considerado pessoa jurídica de direito privado obrigada a se inscrever no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ). Aos partidos, é por lei assegurada autonomia para definir sua estrutura interna, sua organização e seu funcionamento.

Todavia, sabe-se que, somente após ser devidamente registrado, o partido terá direito de receber recursos do fundo partidário, participar do processo eleitoral, ter acesso gratuito ao rádio e à televisão e ter uso exclusivo da sua denominação, sigla e símbolos (art. 7º, §§ 2º e 3º).

Diante do exposto, o foco, a partir de agora, será a prestação de contas dos partidos políticos, objetivo deste estudo.

O tema prestação de contas é amplamente discutido no âmbito da Justiça Eleitoral e no meio político, todavia, em geral, o foco dessas discussões é a prestação de contas de campanha, requisito ligado diretamente às condições de elegibilidade para o registro de candidatura e, por consequência, para a diplomação dos eleitos no pleito eleitoral.

Porém, muito pouco se fala em prestação de contas anual, meio pelo qual a Justiça Eleitoral e a sociedade fiscalizam a destinação dos recursos arrecadados e destinados a partidos políticos.

Este tema (prestação de contas) também requer bastante atenção, haja vista que, além das contribuições advindas de doações de seus filiados, os partidos políticos também recebem recursos públicos destinados ao seu custeio. No entanto, esses recursos geralmente só podem ser fiscalizados através da prestação de contas, que todo ano os partidos têm a obrigação de apresentá-la à Justiça Eleitoral e,

por via deste instrumento, é possível analisar se esses recursos estão sendo usados para os fins aos quais se destinam.

Em relação à distribuição desses recursos, os diretórios nacionais, regionais e os municipais, localizados nas capitais e nas cidades polos dos estados são os que recebem o maior montante, não sobrando praticamente nada para os diretórios dos municípios menores ou de pouca representatividade política, pois não há interesse em se arcar com os gastos desses diretórios nos anos não eleitorais.

3 Questionamentos acerca da prestação de contas dos partidos políticos

Pelo exposto no tópico anterior, temos que existem muitos questionamentos acerca do tema prestação de contas. Posto isso, vamos começar com Braga (2013, p. 1), que nos dá uma clara definição do dever de se prestar contas:

A Constituição Federal de 1988 indica o dever de prestar contas de forma límpida, no parágrafo único do Art. 70 - **“Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”**. Desde a Constituição de 1891, inclusive, todas as Cartas Magnas brasileiras preveem, de alguma forma, a prestação de contas dos recursos públicos. (grifo do autor)

Como visto acima, a prestação de contas pressupõe a existência de um conjunto de leis e instituições com a missão de supervisionar o cumprimento desta obrigação que, no caso em tela, é a Justiça Eleitoral. De fato, os protagonistas da prestação de contas são atores

com um conjunto de obrigações e direitos que lhes envolve e vincula, normalizando seu comportamento, definindo os legítimos atores, capazes de solicitar e dar explicações, de gerar expectativas. Isto funciona dessa forma, devido ao fato de que a prestação de contas não é um evento único, mas se trata de uma prática que se reitera no decorrer do tempo.

No tocante ao que foi dito acima, Braga (2013, p. 2) ainda nos assevera o seguinte:

O gestor de recursos públicos, de um modo geral, não gosta de prestar contas, diz que é burocrático, que atrapalha, que não serve para nada. Por outro lado, herdamos de nossos antecessores portugueses essa ideia cartorial, de se registrar tudo, o que faz dos modelos de prestação de contas focados na informação e não do uso que vai ser dado a essa informação. O foco é no receptor das informações e o porquê que elas são produzidas. Fugir disso é cair em um emaranhado de informações desconexas. (grifo do autor)

Nesse referencial, tratando-se de prestação de contas partidárias, serão citados alguns autores que ajudaram a responder aos seguintes questionamentos: Como se dá o financiamento dos partidos políticos? Por que eles devem prestar contas? Qual a relevância dessa prestação de contas?

Para responder ao primeiro questionamento, podemos começar citando a Resolução TSE nº 23.464 de 17 de dezembro de 2015, que em seu artigo 5º disciplina quais as fontes de receitas admitidas e não admitidas a financiar os partidos políticos:

Art. 5º Constituem receitas dos partidos políticos:

I – recursos oriundos do Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo

Partidário), de que trata o art. 38 da Lei nº 9.096, de 1995;

II – doações ou contribuições de pessoas físicas destinadas à constituição de fundos próprios;

III – sobras financeiras de campanha, recebidas de candidatos;

IV – doações de pessoas físicas e de outras agremiações partidárias, destinadas ao financiamento de campanhas eleitorais e das despesas ordinárias do partido, com a identificação do doador originário;

V – recursos decorrentes da:

a) alienação ou locação de bens e produtos próprios;

b) comercialização de bens e produtos;

c) realização de eventos; ou

d) empréstimos contraídos junto à instituição financeira ou equiparados, desde que autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

VI – doações estimáveis em dinheiro; ou

VII – rendimentos de aplicações financeiras, respeitando-se a natureza dos recursos aplicados.

§ 1º Não podem ser utilizados, a título de recursos próprios, valores obtidos mediante empréstimos pessoais contraídos com pessoas físicas ou entidades não autorizadas pelo Banco Central.

§ 2º O partido deve comprovar à Justiça Eleitoral a realização do empréstimo e o pagamento das parcelas vencidas até a data da apresentação das contas, por meio de documentação legal e idônea, identificando a origem dos recursos utilizados para a quitação. (grifo do autor)

Ainda temos que:

O modelo brasileiro de financiamento partidário-eleito-

ral compreende um campo fértil para análises, e ainda vai adiante dizendo que **a estruturação financeira dos partidos no Brasil conta com um expressivo volume de recursos oriundos do orçamento público repassados de forma constante e destinados ao custeio da máquina partidária. Esses recursos públicos advêm do fundo partidário**, que segundo explica Farhat (1996, p. 426) é constituído: “Pelos multas e penalidades aplicadas nos termos do Código Eleitoral e legislação eleitoral posterior; por recursos financeiros que lhe forem destinados por lei, em caráter permanente ou eventual; por doações de pessoas físicas; e pelas dotações orçamentárias da União” (CAMPOS, 2011, p. 1, grifo do autor).

Ainda no tocante ao primeiro questionamento, Campos (2011) relata em seu estudo que as tentativas de se explicar o perfil de financiamento dos partidos nos estados e municípios, bem como o desempenho destas instituições quanto ao custeio dos seus diretórios e a utilização dos recursos, representam uma incógnita em termos de conhecimento e consolidação dos dados, que se reflete a precariedade analítica nesse campo de pesquisa.

É público e notório que o recebimento e a administração dos recursos do fundo partidários e as doações mais significativas são repassadas diretamente aos diretórios nacionais dos partidos, e que segundo o autor, a descentralização partidária no Brasil se identifica com o formato de “franquias partidárias”, em que os diretórios subnacionais funcionam como estruturas administrativas independentes, apesar do “caráter nacional” de cada legenda.

Assim, Campos (2011) assevera que, se os diretórios subnacionais não possuem orçamento próprio (apenas recebem – quando recebem – dinheiro público da direção nacional), eles podem captar doações privadas independentemente daqueles órgãos. Assim, têm

a possibilidade de se estruturarem de forma independente, tomando como parâmetro a própria capacidade de penetração na sua localidade de atuação.

Abordando agora o tema da segunda pergunta, sobre o porquê do dever de prestar contas dos partidos políticos. Esta obrigação advém da Lei nº 9.096 de 19 de setembro de 1995, conhecida como a “Lei dos partidos políticos”, que determina em seu Capítulo I, da Prestação de Contas, arts. 32, 33 e 34:

Art. 32. O partido está obrigado a enviar, anualmente, à Justiça Eleitoral, o balanço contábil do exercício findo, até o dia 30 de abril do ano seguinte.

§ 1º O balanço contábil do órgão nacional será enviado ao Tribunal Superior Eleitoral, o dos órgãos estaduais aos Tribunais Regionais Eleitorais e o dos órgãos municipais aos Juízes Eleitorais.

§ 2º A Justiça Eleitoral determina, imediatamente, a publicação dos balanços na imprensa oficial, e, onde ela não exista, procede à afixação dos mesmos no Cartório Eleitoral.

§ 3º No ano em que ocorrem eleições, o partido deve enviar balancetes mensais à Justiça Eleitoral, durante os quatro meses anteriores e os dois meses posteriores ao pleito. (grifo do autor)

Art. 33. Os balanços devem conter, entre outros, os seguintes itens:

I - discriminação dos valores e destinação dos recursos oriundos do fundo partidário;

II - origem e valor das contribuições e doações;

III - despesas de caráter eleitoral, com a especificação e comprovação dos gastos com programas no rádio e televisão, comitês, propaganda, publicações, comícios,

e demais atividades de campanha;

IV - discriminação detalhada das receitas e despesas.

[...] Art. 34. A Justiça Eleitoral exerce a fiscalização sobre a escrituração contábil e a prestação de contas do partido e das despesas de campanha eleitoral, devendo atestar se elas refletem adequadamente a real movimentação financeira, os dispêndios e recursos aplicados nas campanhas eleitorais, exigindo a observação das seguintes normas:

I - obrigatoriedade de constituição de comitês e designação de dirigentes partidários específicos, para movimentar recursos financeiros nas campanhas eleitorais;

II - caracterização da responsabilidade dos dirigentes do partido e comitês, inclusive do tesoureiro, que responderão, civil e criminalmente, por quaisquer irregularidades;

III - escrituração contábil, com documentação que comprove a entrada e saída de dinheiro ou de bens recebidos e aplicados;

IV - obrigatoriedade de ser conservada pelo partido a documentação comprobatória de suas prestações de contas, por prazo não inferior a cinco anos;

V - obrigatoriedade de prestação de contas, pelo partido político, seus comitês e candidatos, no encerramento da campanha eleitoral, com o recolhimento imediato à tesouraria do partido dos saldos financeiros eventualmente apurados.

Parágrafo único. Para efetuar os exames necessários ao atendimento do disposto no caput, a Justiça Eleitoral pode requisitar técnicos do Tribunal de Contas da União ou dos Estados, pelo tempo que for necessário.

Entende-se que a fiscalização deve ser focada prioritariamente nos diretórios no âmbito nacional, responsáveis pelo recebimento das receitas advindas do fundo partidário e por sua distribuição. Esse repasse se dá em massa para os diretórios de âmbito regional, e para os de âmbito municipal localizados nas capitais, porém, existem situações que, devido à sua relevância estratégica de alguns municípios, esses poucos privilegiados podem ainda receber algum recurso do fundo partidário e/ou doações de partidário/simpatizantes.

Atualmente, sabe-se que as sanções pela violação das normas contábeis vão desde a suspensão da participação do dinheiro oriundo do fundo partidário até o cancelamento do registro civil e do estatuto do partido (ver arts. 46, 54 e 55 da Resolução nº 19.406/95 – TSE), e acabar com essas punições é o real objetivo do PL nº 4.424/2016, conceber que os partidos possam arrecadar e/ou receber recursos do fundo partidário e fazer uso desses e dos recursos do fundo partidário da forma que bem entendam, sem nenhuma penalidade pela arrecadação e/ou aplicação inadequada desse montante.

Respondendo ao terceiro e último questionamento: é latente a relevância da prestação de contas de exercício dos partidos políticos da forma como é feita hoje em dia, mantendo-se as sanções e penalidades impostas e até enrijecê-las, para não tornar inócua a fiscalização e acompanhamento dos gastos partidários pela Justiça Eleitoral.

Atualmente, as duas grandes penalidades para quem não presta contas de exercício são: a perda do repasse do fundo partidário (art. 55, caput, da Resolução nº 19.406/95-TSE) e o cancelamento do registro civil e do estatuto (art. 46, III, da Resolução nº 19.406/95-TSE), pois sem recursos ou ainda, sem o direito de funcionar, nenhum partido político sobrevive.

4 O impacto das alterações do PL 4.424/16 na prestação de contas dos partidos políticos

As alterações propostas visam deturpar a Lei dos Partidos Po-

líticos, ao ponto que retirando as penalidades, afeta o cerne da prestação de contas, qual seja, fiscalizar, orientar e punir. Isto fica claro nas palavras de Braga (2013, p. 3):

As contas, então, são prestadas a alguém, que analisa o apresentado à luz da conformidade e dos resultados, emitindo uma opinião, que certifica as contas, determinando providências corretivas, preventivas e até punitivas. Isso por que a delegação de hoje será substituída por outra amanhã, com outro ator, e as informações obtidas no processo de prestação de contas servem para melhorar os processos e até excluir do sistema os agentes que a ele não se adequam.

A finalidade da elaboração do processo de prestação de contas deve se focar na possibilidade dos dados ali apresentados servirem para o destinatário dessas informações concluir pelo cumprimento dos resultados e adequação dos processos, e ainda, permitir que os erros detectados sejam computados em ações corretivas e que, de forma preventiva, atuem sobre a gestão, tornando-a mais eficaz e eficiente, atuando sobre o sistema.

Da mesma forma, o gestor ao construir o seu processo de contas, efetua uma recapitulação de atos e fatos, conduzindo-o a uma reflexão que permite a sua autoavaliação da gestão, sopesando erros e acertos, na construção da melhoria contínua.

Não pode ser deixado de citar também que o processo de prestar contas, no que tange a recursos públicos, é um instrumento de transparência e de conseqüente indução do controle social, precisando para isso ser construído de forma inteligível para a população, para que reverta em informações que ajudem a avaliação daquela gestão por um público leigo, permi-

tindo a esse concluir pela qualidade dos serviços prestados e ainda, que identifique como interagir na melhoria dos processos e na vigilância dos seus prepostos. (grifos do autor)

Pelo exposto acima, podemos observar que existe toda uma sistemática em torno da prestação de contas no tocante ao porquê de sua obrigatoriedade, principalmente pelo fato de lidar com recursos públicos, aqui representados pelo fundo partidário. E é no tocante à forma de administrar e no recebimento de recursos públicos que se baseia este estudo.

Pode-se afirmar que é até ilógico exigir prestação de contas, cujo objetivo principal seja fiscalizar o recebimento de recursos oriundos do fundo partidário (dinheiro público), sem o acometimento de nenhuma penalidade para quem descumpra essa ordenança. Pior ainda é exigir que a prestação de contas demonstre o recebimento de toda e qualquer forma de recurso, porém, inexistindo castigo pela má administração e uso dos recursos que não sejam públicos.

Para embasar esta afirmação, vejamos a matéria publicada no Blog de notícias: Mídiانews (2017):

TRE pune PR em R\$ 2 mi por desconto na folha de comissionados

Justiça Eleitoral de Mato Grosso proíbe sigla de receber recursos do fundo partidário

O Pleno do Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso desaprovou as contas anuais, referentes ao exercício de 2011, do Partido da República de Mato Grosso.

A sigla terá que devolver aos cofres do fundo partidário o montante de R\$ 2.074.116,68 recebidos de fontes vedadas, além de R\$ 188.676,54, arrecadados irregularmente.

A Corte determinou ainda que o PR não receba novas

cotas do fundo partidário pelo período de um ano.

A Corte determinou ainda que se suspenda o recebimento até que o partido esclareça a origem de duas receitas, nos valores de R\$ 153.707,00 e R\$ 4.480,00, creditados na conta da agremiação sob a rubrica de "crédito convênio".

Por fim, o Pleno determinou que o partido devolva também ao fundo partidário a importância de R\$ 188.676,54 recebidos irregularmente.

Esse montante se refere a cotas recebidas em período que o direito de recebimento de receita dessa natureza estava suspenso. Essa irregularidade é considerada gravíssima.

As contas foram reprovadas por diversas irregularidades apontadas pela Coordenadoria de Controle Interno e Auditoria do TRE, sendo a mais grave a que se refere ao montante de R\$ 2.074.116,68 recebidos de fontes vedadas.

No caso exposto acima, vê-se na prática a aplicabilidade das sanções da lei dos partidos políticos, e não restam dúvidas do seu caráter educativo, uma vez que, depois dessa sanção, os dirigentes do partido estarão cientes que, ao reincidir na mesma infração, poderão sofrer, no mínimo, uma punição mais dura.

Ressalta-se que a punição de cancelamento do registro civil do partido político por não ter prestado as devidas contas à Justiça Eleitoral, conforme previsão do art. 46, III, da Resolução TSE nº 19.406/1995, somente é aplicável mediante a ausência de prestação de contas do órgão nacional. A não prestação de contas de órgãos estaduais ou municipais não implica o seu cancelamento (Res.-TSE nº 20.679/2000 e §6º do art. 28 da Lei nº 9.096/95, acrescido pela Lei nº 12.034/2009).

Diante disto, pode-se dizer que se retiradas essas sanções, dar-

-se-á guarida a uma verdadeira gastança desenfreada dos recursos de doações e do fundo partidário.

Nessa linha, Braga (2013) nos diz que em situações em que houver a delegação dos recursos públicos, devemos ver a prestação de contas como algo além de uma formalidade, precisamos vê-la como um instrumento valioso de gestão, que pode e deve ser bem utilizado, sabendo separar o joio do trigo, uma maneira de simplificar e otimizar esse processo ou torná-lo um mero aglomerado de informações a onerar o sistema, sem contribuir para a sua melhoria (BRAGA, 2013).

Para demonstrar o quão na contramão as alterações desse projeto de lei estão, no final de 2014, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) editou a Resolução nº 23.432, regulamentando o disposto na Lei nº 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos). Com esta alteração, os partidos políticos terão que abrir, em cada esfera de direção, três contas bancárias: uma destinada aos recursos advindos do fundo partidário, outra voltada para a movimentação das doações de campanha e a última para “outros recursos”, por exemplo, aluguel de imóveis e doações de pessoas físicas. Cabe ressaltar que as instituições bancárias terão que encaminhar os extratos dos partidos até o dia 30 de cada mês. A resolução prevê ainda que os extratos eletrônicos devem registrar toda a movimentação financeira dos partidos e, além disso, identificar o autor do depósito (BRASIL, 2014).

A legislação de prestação contas dos partidos políticos deve ser cada vez mais severa e não mais branda, já que vivemos na era da informação, na qual todos têm acesso à informação e esses partidos, que representam os anseios da população, por meio de seus filiados, devem saber que essas alterações só ajudam a diminuir a confiança e manchar a imagem das agremiações perante a sociedade.

5 Como as partes envolvidas têm se manifestado diante das mudanças propostas pelo PL nº 4.424/2016

Este tema tem chamado bastante a atenção dos atores envolvidos no processo. Os meios de comunicação têm entrevistado, com certa frequência, membros da Justiça Eleitoral, advogados eleitorais e representantes de partidos políticos, visando conhecer a opinião dos partícipes dessa celeuma eleitoral.

Para embasar esta afirmação, vejamos algumas matérias publicadas em sítios e blogs de notícias:

Projeto de Lei pode livrar partidos políticos de cassação

A Câmara dos Deputados pode aprovar lei que impeça cassação de registro partidário por não prestação de contas. O Projeto de Lei (PL) nº 4.424/2016 é de autoria do deputado Maurício Quintella (PR), hoje ministro dos Transportes, Portos e Aviação Civil e seu regime de urgência foi aprovado pelos parlamentares na última terça-feira (7). **Para o presidente do Tribunal Regional Eleitoral (TRE) de Alagoas, desembargador José Carlos Malta Marques, a lei, se aprovada, pode gerar impunidade.** “Não conheço o conteúdo completo do PL, mas pelo que li na imprensa, a não prestação de contas fica impune. Atualmente, o partido não prestando contas no tempo legal, pode pagar multas, não receber fundo partidário e pode até ter suspenso o diretório. Com o PL, pelo que entendi, nada disso poderá ocorrer”, comenta o presidente do TRE. O projeto anula artigos da Resolução nº 23.465/2015 do Tribunal Superior Eleitoral (TSE)

[...] PL quer limitar TSE, afirma Gilmar Mendes

O presidente do TSE, ministro Gilmar Mendes, conce-

deu entrevista coletiva, na manhã de ontem, criticando a medida que pretende anular artigos da Resolução nº 23.465/2015, como o que permite cassar o registro partidário em caso de rejeição de prestação de contas. Para ele, o PL nº 4.424/2016 tem o objetivo de limitar as ações da corte eleitoral. A Resolução do TSE passa a valer em março deste ano. “Vejo com muita preocupação essa iniciativa que, praticamente, impede que o Tribunal regulamente as eleições por meio de resoluções. Revoga o dispositivo que muito têm contribuído para disciplinar e realizar as próprias eleições e também torna inútil esse grande esforço que estamos fazendo para cobrar as prestações de contas, na medida em que nos impede de aplicar qualquer sanção”, afirma. Para ele, a aprovação do regime de urgência do PL é “comodismo” e “corporativismo” dos deputados federais. **“Na verdade, nós estaremos consagrando a impunidade daqueles partidos que aplicam mal os recursos públicos, porque não haverá sanção”** (TRIBUNA HOJE, 2017, grifo do autor).

Deputados aprovam urgência de projeto que reduz punições a partidos

Na primeira sessão deliberativa do ano, parlamentares deram prioridade de votação a um texto que confronta resolução do TSE e retira punição a partidos que não prestarem contas. A Câmara dos Deputados aprovou nesta terça-feira (7) um pedido de tramitação em regime de urgência de um projeto de lei que confronta uma resolução do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e reduz a previsão de punições a partidos políticos, envolvendo prestação de contas.

A proposta, que pode ser votada já nesta semana, es-

tabelece que não será suspenso o registro do partido que tiver suas contas anuais julgadas como não prestadas. Define também que eventual punição a órgãos partidários – seja em relação à desaprovação de contas, omissão ou contas julgadas como não prestadas – não impedirá ou trará qualquer entrave ao regular funcionamento partidário. Contrário à proposta, o deputado Chico Alencar (PSOL-RJ) disse que o texto acaba liberando para que partidos jamais prestem contas. **“É temerário começarmos (os trabalhos) com esse projeto, que, inevitavelmente, permitirá uma leitura de capa de proteção para que os partidos fiquem longe do controle da Justiça Eleitoral”**, disse. **Em dezembro de 2015, o TSE aprovou uma resolução para regulamentar a chamada Lei dos Partidos Políticos e definiu punições, como a suspensão do acesso ao fundo partidário no caso de não prestação de contas.** Na apresentação do projeto, LESSA, Quintella justificou que a resolução do TSE invadiu a competência de legislação que cabe ao Congresso Nacional. “Com a aprovação da citada resolução, a Justiça Eleitoral promoveu diversas alterações no funcionamento dos entes partidários, o que interfere de forma direta na autonomia constitucional concedida aos partidos políticos”, argumentou (CARAM, 2017, grifo do autor).

OAB cobra reflexão de parlamentares sobre projeto que retira poder do TSE

Brasília – A OAB Nacional acompanha com atenção a tramitação do projeto de lei que modifica a competência do Tribunal Superior Eleitoral para fiscalizar e punir partidos políticos. Segundo o presidente nacional da entidade, Claudio Lamachia, a aprovação do reque-

rimento de urgência na votação do texto, em um dos momentos políticos mais delicados de nossa história, merece reflexão. **“Da forma como está apresentado, o Projeto de Lei n. 4.424/2016 torna inócua qualquer punição a partidos que tiverem suas contas partidárias julgadas como não prestadas, desaprovadas ou omitidas. Para atender ao clamor da população por novas práticas organizacionais, é preciso fortalecer a Justiça Eleitoral, que comprova, cada vez mais, sua eficiência em prestar relevante serviço à sociedade”**, afirma Lamachia. “Esperamos que os deputados federais possam modificar o projeto e torná-lo alinhado com as necessidades do Brasil”, completa Lamachia. O projeto em análise na Câmara dos Deputados veda a possibilidade de o TSE (Tribunal Superior Eleitoral) punir partidos que não apresentem ou tenham rejeitada a prestação de contas anual. O texto revoga ainda o artigo da Lei dos Partidos Políticos que dá ao tribunal a função de emitir instruções para detalhar o funcionamento da lei. Nesta quarta-feira (8), a Câmara adiou a votação do PL, para que o texto possa ser reelaborado. Segundo o presidente da casa, Rodrigo Maia, “não há nenhuma expectativa, intenção, vontade de aprovar algo que suprima o poder de fiscalização do TSE” (ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2017, grifo do autor).

Câmara pode votar hoje projeto que proíbe TSE de punir partidos por contas rejeitadas

Nem bem começou o ano Legislativo e os deputados podem votar hoje (8) um projeto considerado polêmico. É o projeto que proíbe o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) de punir os partidos que não apresentem a pres-

tação de contas ou que tenham essa prestação de contas rejeitadas. Nessa terça-feira (7), os parlamentares aprovaram o regime de urgência da proposta. O autor do projeto é o deputado licenciado e hoje ministro dos Transportes, Maurício Quintela. O texto prevê que os partidos tenham órgãos provisórios com vigência indeterminada e que o registro partidário seja mantido mesmo quando as contas forem desaprovadas. **Deputados contrários à medida temem que partidos envolvidos na Lava Jato fiquem livres de punição. O problema é que a doação da Petrobras a partidos e políticos é um dos principais focos da investigação. No fim do ano passado, a Câmara tentou votar uma emenda anistiando o Caixa 2. Diante da repercussão negativa, acabou engavetando a proposta.** (MAZENOTTI, 2017, grifo do autor).

Diante do exposto, fica claro que este projeto de lei é tido como uma ameaça ao uso correto dos recursos públicos oriundos do fundo partidário e a sua fiscalização por parte da Justiça Eleitoral, servindo como um convite à impunidade. Importante ressaltar que esse projeto de lei encontra resistência até mesmo entre representantes de órgãos partidários, que entendem que devam existir regramentos para disciplinar o manuseio dos recursos destinados aos partidos, utilizando-se de sanções para punir os maus gestores desses recursos.

Na fala do presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB Nacional é cristalina a noção de que esta iniciativa de lei está na contra mão dos anseios da sociedade brasileira, que está indignada com tanta corrupção e tem se regozijado ao ver os órgãos de controle (Tribunal de Contas, Justiça Eleitoral, Controladorias, Ministério Público etc.) tendo autonomia para fiscalizar e apurar os desvios de recursos públicos. Tolher essa atribuição da Justiça Eleitoral seria o mesmo que dizer à população que os seus representantes no

Congresso só estão preocupados em representar a si mesmos e não aos eleitores que os elegeram.

6 Considerações finais

Ao final deste estudo exploratório, fica claro que a delimitação se deu com base na escassa bibliografia encontrada sobre o assunto – visto que a menina dos olhos dos trabalhos acadêmicos é a prestação de contas de campanha – que ainda é muito pouco explorado pelos estudiosos do Direito eleitoral, o que dificultou bastante sua elaboração.

Através do que foi aqui discutido, vimos que é relevante a prestação de contas por parte dos partidos políticos, que a Justiça Eleitoral deve sim exercer controle sobre os recursos arrecadados e sobre os gastos desses diretórios, fiscalizando e procurando formas de punir quem descumpra a norma, ao ponto que a eficácia está em se fazer tudo isso como forma de dar publicidade aos atos desses diretórios, bem como coibir práticas danosas ao sistema partidário, procurando manter a igualdade de armas.

Porém, deve-se ressaltar que a dinâmica dessa prestação de contas deve ter um caráter punitivo a quem não cumpre com o dever, para não representar um trabalho inócuo. Para tanto, sugere-se que, além de se manter as punições existentes, ocorra o enrijecimento desse dispositivo legal, que se daria através da perda de repasse do fundo partidário por períodos maiores; cancelamento do registro civil dos partidos políticos em todas as instâncias e a obrigatoriedade de realização de auditoria in loco, com a participação de servidores da Justiça Eleitoral e do Tribunal de Contas da União, nas sedes dos diretórios partidários.

Por fim, com esse trabalho pretende-se incentivar a ocorrência de mais estudos voltados para essa área tão carente de acompanhamento, pois afinal de contas, campanha eleitoral só ocorre de dois em dois anos e nesse intervalo os partidos continuam recebendo e

aplicando recursos oriundos de doações e do fundo partidário.

REFERÊNCIAS

BRAGA, Marcus Vinicius de Azevedo. Prestação de contas: se não presta, não presta. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3509, 8 fev. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23681>>. Acesso em: 30 jan. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Publicadas novas normas para a prestação de contas dos partidos políticos**. 2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/noticias-tse/2014/Dezembro/publicadas-novas-normas-para-a-prestacao-de-contas-dos-partidos-politicos>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

CAMPOS, Mauro Macedo. Financiamento dos diretórios subnacionais: os efeitos da descentralização e do custeio da máquina partidária em Minas Gerais. In: ENCONTRO ANUAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM CIÊNCIAS SOCIAIS - ANPOCS, 35, 2011, Caxambu, MG. **Anais [...]**. São Paulo: ANPOCS, 2011. Disponível em: <<https://anpocs.com/index.php/encontros/papers/35-encontro-anual-da-anpocs>>. Acesso em: 8 de abr. 2017.

CARAM, Bernardo. **Deputados aprovam urgência de projeto que reduz punições a partidos**. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/deputados-aprovam-urgencia-de-projeto-que-reduz-punicoes-a-partidos.ghtml>>. Acesso em 8 abr. 2017.

MAZENOTTI, Priscilla. **Câmara pode votar hoje projeto que proíbe TSE de punir partidos por contas**. 2017. Disponível em: <<http://radioagencianacional.ebc.com.br/politica/audio/2017-02/camara-pode-votar-hoje-projeto-que-proibe-tse-de-punir-partidos-por-contas>>. Acesso em: 8 de abr. 2017.

MÍDIANEWS. **TRE pune PR em R\$ 2 mi por desconto na**

folha de comissionados. 2017. Disponível em: <<http://midianews.com.br/politica/tre-pune-pr-em-r-2-mi-por-desconto-na-folha-de-comissionados/290716>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. OAB cobra reflexão de parlamentares sobre projeto que retira poder do TSE. 2017. Disponível em: <<http://oabcampinagrande.com.br/2017/02/09/oab-cobra-reflexao-de-parlamentares-sobre-projeto-que-retira-poder-do-tse/>>. Acesso em: 8 abr. 2017.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 17. ed. São Paulo: Malheiros. 2000.

TRIBUNA HOJE. Projeto de lei pode livrar partidos políticos de cassação. 2017. Disponível em: <<http://www.tribunahoje.com/noticia/202656/politica/2017/02/09/projeto-de-lei-pode-livrar-partidos-politicos-de-cassacao.html>>. Acesso em: 8 abr. 2017.

(IM)POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL

Jéssica Silva Pires dos Santos¹

RESUMO

O presente artigo promove um estudo de caso do julgamento histórico e emblemático da Ação de Investigação Judicial Eleitoral – AIJE nº 1943-58, no Tribunal Superior Eleitoral, que buscava a cassação da chapa Dilma e Temer por suposto abuso de poder econômico e político perpetrado nas Eleições Gerais 2014, ocasião em que os Ministros discutiram exaustivamente acerca da possibilidade ou não de ampliação da causa de pedir na Ação de Investigação Judicial Eleitoral devido à descoberta superveniente de ilícitos eleitorais que somente vieram à tona no curso da ação.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Ação de Investigação Judicial Eleitoral
2. Ampliação da causa de pedir
3. AIJE nº 1943-58
4. Cassação da Chapa Dilma / Temer

1 Estudo de caso: análise da discussão acerca do aditamento da causa de pedir na AIJE n.º 1943-58.2014.6.00.0000/DF do TSE - cassação da Chapa Dilma e Temer

A Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 1943-58 foi proposta pela Coligação Muda Brasil e pelo Diretório Nacional do Par-

1 Analista Judiciária do Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso. Pós-graduada em Direito Eleitoral pela Faculdade Damásio.

tido da Social Democracia Brasileira em desfavor de Dilma Vana Rousseff e Michel Miguel Elias Temer Lulia, presidente e vice-presidente da república do Brasil, Coligação com a Força do Povo, Diretório Nacional do Partido dos Trabalhadores e Diretório Nacional do Partido do Movimento Democrático Brasileiro.

Em suma, a peça inicial descreveu que os representados praticaram, em tese, os seguintes atos abusivos: “1) abuso político por uso da máquina administrativa federal posta a serviço das pretensões de serviços políticos dos investigados; 2) abuso do poder econômico pela soma de campanha milionária, cujo custo superou soma de despesas de os demais candidatos e 3) uso indevido dos meios de comunicação social por ter se valido do horário gratuito do rádio e da televisão na eleição de 2014. Os representantes requereram, ao final da peça inaugural, a cassação da chapa presidencial e a declaração de inelegibilidade.

Vale acrescentar que, após a instrução processual, admitiu-se oitivas de novas testemunhas, Cláudio Melo Filho, Marcelo Odebrecht e outros, com supedâneo no artigo 22, incisos VI a IX e artigo 23, ambos da Lei Complementar nº 64/90.

Em seguida, o plenário do Tribunal Superior Eleitoral, composto por 7 (sete) Ministros julgou a AIJE n.º 1943-58, sob a relatoria do Ministro Herman Benjamin, com outras ações eleitorais conexas (AIME nº 761 e Representação nº 846).

Passa-se a analisar apenas a discussão acerca da ampliação da causa de pedir na AIJE n.º 1943-58, objeto do presente trabalho, deixando de apreciar as demais matérias preliminares e de mérito debatidas no julgamento.

Em seu relatório, o Ministro Herman apreciou a preliminar da defesa de alargamento da causa de pedir, sustentando que o tema se confundia com o próprio mérito da ação.

Da leitura do seu voto, o relator aduziu que, segundo a nomenclatura dada pelo artigo 22, da LC nº 64/90, a Ação de Investigação Judicial Eleitoral tem natureza investigativa, de interesse público,

cujo objetivo primordial é a busca da verdade real, de modo a permitir a colheita de elementos ilícitos, tanto elencados inicialmente como descobertos durante o deslinde processual, com base no poder instrutório do juiz do artigo 23 da LC nº 64/90, afastando-se da regra da estabilidade de demanda presente nas ações judiciais propriamente ditas.

Nesse sentido, o relator ressaltou que a imparcialidade do juiz não se confunde com a indiferença:

Não se espera mais do magistrado uma atitude passiva, inerte, porquanto imparcialidade não se confunde com indiferença. Abriu-se caminho para suprir a deficiência da instrução.

[...]

A sentença é a verdade do juiz e para que ele proclame a sua verdade tem que se valer dos seus elementos de convicção. [...] O juiz poderá, não é discricionariedade, mas é porque dispõe de poder. O juiz não tem direitos, não tem faculdade, nem ônus, mas tem poderes e deveres.²

Não obstante a previsão legal de poder instrutório dado ao juiz, o Ministro Benjamin ponderou que sua análise se restringiu aos parâmetros e fronteiras estabelecidas na peça inicial, porquanto o nome da empresa Odebrecht constava explicitamente na peça inaugural, e negou qualquer ampliação da causa de pedir.

Ao final do seu voto, o Ministro Benjamin julgou pela cassação da chapa presidencial, sustentando que:

2 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Sessão Plenária do dia 09 de junho de 2017 (manhã)**. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ccsoGiPXC04&t=70s>>. Acesso em: 16 abril 2018.

Após ampla análise do conjunto probatório sobre os fatos que reitere-se estão dentro dos limites das causas de pedir deduzidas nas iniciais, constatei que estão comprovados nos autos os seguintes ilícitos: primeiro, propina gordura ou propina poupança na Petrobras; segundo, pagamento realizado pela Keppel Fels à Monica Regina Cunha Moura no ano de 2014; terceiro, contrato da Sete Brasil com a construção de navios sonda e a distribuição de propinas ao partido da re-presentada; quarto, propina ou caixa dois gordura ou propina ou caixa dois poupança a conta corrente permanente da Odebrecht; [...].³

Por outro lado, o relator rejeitou outros ilícitos, citados por ele, “*como configurados de abuso de poder político e/ou econômico, especialmente pelo fato de não se compatibilizarem da forma mais exigente com as causas de pedir da petição inicial*”.⁴

Em seguida, o Ministro Napoleão Nunes Maia examinou o argumento de extrapolação do objeto da ação na fase instrutória, particularmente com a inauguração da fase Odebrecht em que se ampliou o rol de fatos contidos na petição inicial da ação.

O eminente Ministro asseverou que o atual Código de Processo Civil, no artigo 492, assim como o Código de Processo Civil de 1973, nos artigos 128 e 460, preveem o princípio processual da congruência, adstrição ou correlação, associando a regra de ouro de preservação do direito subjetivo à ampla defesa, de modo que o juiz deve se pautar sempre pelos limites da causa, conforme se vê adiante:

3 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Sessão Plenária do dia 09 de junho de 2017 (manhã)**. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ccsoGiPXC04&t=70s>>. Acesso em: 16 abril 2018

4 Idem.

Tal como o seu autor o definiu na petição inaugural de flagradora, essa matéria, como todos nós sabemos, Vossas Excelências com muito mais profundidade e largueza e percuciência do que eu, mas como todos sabemos cai sob a regência dos artigos 128 e 460 do Código Buzaid, vigente quando da iniciativa do autor, e, hoje, cai sob a regência do artigo 492 do Código Fux que está em vigor. Esses dispositivos processuais instituem que o julgamento judicial fica adstrito ao pedido e à causa de pedir, postas na inicial da ação pela iniciativa do autor. Os processualistas deram-lhe um nome pomposo e bonito, chama-se isso princípio jurídico processual da congruência, adstrição ou correlação, associando a regra de ouro de preservação do direito subjetivo à ampla defesa. Segundo essa instituição legal positivada, o juiz deve se pautar sempre pelos limites da causa, que são determinados pelos pedidos das partes, sendo esses, por sua vez indissociáveis da causa de pedir, nos termos do artigo 128 e 460 do Código Buzaid. Desse modo, Presidente, há de ser mantida congruência entre a causa de pedir e o pedido.⁵

Citou lições dos processualistas civis, Grinover et al. (1999, p. 58) afirmando que “*todos doutrinam no mesmo sentido de que o juiz não pode ampliar o pedido, a causa de pedir, não pode ir além do que foi postulado*”.⁶

Na ocasião, mencionou o voto do Ministro Fux proferido na ADIN nº 1.082 DF que tratou acerca da causa de pedir:

5 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Sessão Plenária do dia 09 de junho de 2017 (tarde)**. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=dcuhHNiZW9k&t=19994s>>. Acesso em: 17 abril 2018.

6 Idem.

Senhor Presidente, num primeiro momento, eu confesso que fiquei com severas dúvidas, porque o art. 7º dessa Lei Complementar nº 64 permite que o juiz do tribunal forme sua livre convicção, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes. **Na verdade, aqui não é uma indicação de uma causa petendi diversa, porque nós sabemos que a regra é a de que o juiz não pode proferir uma decisão fora do pedido ou da causa petendi; são fatos relativos ao pedido e a causa petendi que o juiz pode conhecer. A eficácia preclusiva da coisa julgada torna indiferente que fatos relevantes não tenham sido arguidos, tanto que a descoberta de fatos ulteriores, que poderiam ter sido arguidos, não têm o condão de desfazer o julgado.** Então, isso já dá um certo colorido de jurisdição a essa questão de que o juiz conheceu de fatos que as partes não alegaram, e que não podem alegar depois [...].⁷

O Ministro Napoleão, remetendo aos ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior, asseverou “*que o pedido deve ser interpretado de maneira restrita, como soa as suas palavras, porque senão a adstrição e o princípio que a consagra virariam poeira*”.⁸

Por seu turno, ressaltou que, de fato, o artigo 23 da LC nº 64/90 concede amplos poderes instrutórios ao juiz, mas desde que esteja dentro do objeto da ação, confira:

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.082/DF. 2014 - Acórdão de 22/05/2014. Relator(a): Marco Aurélio, Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico – Distrito Federal, Data 30.05.2014. Página 11/12.

8 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Sessão Plenária do dia 09 de junho de 2017 (tarde)**. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=dcuhHNiZW9k&t=19994s>>. Acesso em: 17 abril 2018.

Alega-se aqui que o artigo 23 da LC nº 64/90 daria ao juiz amplos poderes instrutórios, e dá realmente, todos os juízes têm amplos poderes instrutórios como tem amplos poderes cautelares, não é só o juiz eleitoral não, que tem essa amplitude de intervenção probatória, todos os magistrados têm. **Mas liberdade probatória, diria até ilimitação probatória, dentro do objeto da ação.**⁹

Embora o artigo 22, da LC nº 64/90 conceda ao juiz amplos elementos probatórios a serem considerados na formação da convicção, tal regra de direito eleitoral deve ser interpretada à luz dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, ponderou o Ministro:

É certo que nos casos de apuração judicial de condutas que caracterizam abuso político e de poder econômico e demais ilícitos apurados pelo rito do artigo 22 da LC nº 64/90, a nossa legislação confere ao julgador de largo plexo de aceitação de elementos probatórios a serem levados a consideração no momento da formação do juízo acerca da culpabilidade dos eventuais autores da prática abusiva. Isso não tem dúvida nenhuma. Essa é uma característica singularizante do nosso processo judicial eleitoral no que toca a instrução probatória”. [...] Mas será que se pode afirmar, sem maiores reflexões e sem reservas ou ressalvas, que a amplitude probatória estabelecida pela lida regra de direito processual eleitoral escapa de uma leitura inevitavelmente

9 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Sessão Plenária do dia 09 de junho de 2017 (tarde)**. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=dcuhHNiZW9k&t=19994s>>. Acesso em: 17 abril 2018

vinculada aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa e devido processo legal.¹⁰

O e. Ministro salientou que é um mito que, ao se adotar uma “*atitude garantista*”, se esteja “*afagando a cabeça dos infratores*”, haja vista que “*garantismo é uma coisa, impunidade é outra bastante diferente*”. Acrescentou que “*as trampolinagens realizadas durante a campanha não ficam impunes, serão apuradas na via próprias, [...] as pessoas têm que ser punidas por crimes e não com a privação do exercício do mandato de quem ganhou a eleição*”.¹¹

O Ministro ressaltou que a demanda em tela se trata de ação de direito estrito, com exíguo prazo decadencial e que exige de prova pré-constituída, uma vez que versa sobre a soberania popular:

É uma ação de direito estrito, decadencial, sujeita a um prazo curtíssimo, não pode ser conduzida pelo chamado direito comum ordinário, como se fosse uma ação de investigação de paternidade, [...], ou qualquer outra ação em que o espectro é aberto, basta deduzir a pretensão para ir à fase instrução saber se isso tem ou não fundamento, aqui não, exige prova pré-constituída, parece mandado de segurança, ação dominial [...] “o sistema eleitoral brasileiro é absolutamente rigoroso, em estabelecer prazos curtíssimos, até horários, para realizar atos processuais. Isto porque o que se tem que observar aqui é a soberania popular.”¹²

10 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Sessão Plenária do dia 09 de junho de 2017 (tarde)**. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=dcuhHNiZW9k&t=19994s>>. Acesso em: 17 abril 2018.

11 Idem

12 Idem

Ato contínuo, o Ministro Admar Gonzaga iniciou seu voto salientando a necessidade de observância à estabilidade da demanda, ao devido processo legal e a não surpresa, ao passo que refutou a falta de nexu mínimo dos fatos com a petição inicial e pedido genérico:

Entendo que as matérias trazidas com as iniciais não contemplam os ilícitos alusivos ao alegado recebimento de recurso de campanha não contabilizados, a suposta compra de apoio político e a noticiada de existência de movimentação de recursos no exterior. Igualmente não se vê na delimitação da causa de pedir, apenas pedido genérico de cópias da operação lava jato no Supremo Tribunal Federal.¹³

O Ministro Admar Gonzaga considerou que:

*[...] embora se tratem de fatos gravíssimos e que merecem a mais ampla apuração em sede própria, entendo que eles não podem ser transpostos para o julgamento da presente demanda, em homenagem à regra da congruência, à necessidade de estabilização das demandas e à necessária limitação temporal do direito de provocar a jurisdição eleitoral”.*¹⁴

Ressaltou a regra da congruência como limitador da ação do Estado-Jurisdição:

A regra da congruência, também conhecida como da

13 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Sessão Plenária do dia 09 de junho de 2017 (tarde)**. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=dcuhHNiZW9k&t=19994s>>. Acesso em: 17 abril 2018.

14 Idem

adstrição da sentença ao pedido, decorre dos preceitos *nemo iudex sine actore e ne procedat iudex ex officio* como importantes (de)limitadores da ação do Estado jurisdição, de modo que lhe resguardar a imparcialidade.¹⁵

Além disso, sustentou que quando as partes vão a juízo, elas definem o tema da decisão, não cabendo ao juiz ampliar o objeto do feito, *in verbis*:

Com o devido respeito dos que entendam em sentido contrário, quando as partes vão a juízo, elas definem o *thema decidendum*, ou seja, a matéria sobre a qual se pleiteia a atuação da jurisdição, não cabendo ao órgão jurisdicional aderir de antemão a uma das narrativas fácticas ou mesmo aceitar a ampliação do objeto do feito. Assim agindo, o magistrado sai de sua posição de terceiro desinteressado no litígio e corre sérios riscos de se vincular psicologicamente a pretensão de uma das partes, que pode acarretar o comprometimento do magistrado e a mácula ao princípio do juiz natural.¹⁶

Para sustentar a combinação entre o princípio do dispositivo e a regra da imparcialidade do magistrado, ventilou os ensinamentos de Tesheiner e Thamay (2016, p. 71-72)

Em sua forma extremada, o princípio da imparcialidade combina-se com o dispositivo. Exaspera-se o princípio

15 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Sessão Plenária do dia 09 de junho de 2017 (tarde)**. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=dcuhHNiZW9k&t=19994s>>. Acesso em: 17 abril 2018.

16 Idem

da demanda, afirmando-se que intervenção judicial na esfera alheia não deve nunca ir além do pedido, e nega-se a regra do “impulso oficial”, fazendo-se o andar do processo depender da provocação das partes. Sem essas extrapolações, pode-se simplesmente dizer que imparcial é o juiz não comprometido com a causa, em favor de uma das partes, por questões de amizade ou interesse de outra natureza.

Acrescentou ainda as lições de Grinover et al. (1999, p. 58) sobre o risco de a jurisdição abduca-se do princípio da inércia e pronuncie a respeito de fatos não apontados pelas partes:

Tanto no processo penal como no civil a experiência mostra que o juiz que instaura o processo por iniciativa própria acaba ligado psicologicamente à pretensão, colocando-se em posição propensa a julgar favoravelmente a ela. Trata-se do denominado processo inquisitivo, o qual se mostrou sumamente inconveniente pela constante ausência de imparcialidade do juiz.

Acrescentou a jurisprudência do TSE que consagra a regra da congruência como essencial à prestação jurisdicional, sob pena de ser declarada nula a sentença:

AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. ELEIÇÃO 2000. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO. PENA. CASSAÇÃO DO DIPLOMA. PEDIDO FUNDADO NOS §§ 10 E 11 DO ART. 14 DA CF. SENTENÇA ULTRA PETITA. - Doutrina e jurisprudência têm como nula a sentença extra petita ou ultra petita. Admite-se, contudo, no último caso (ultra petita), possa a nulidade

ser sanada na instância ad quem, preservando a decisão na parte em que atende ao pedido.¹⁷

Ratificando a regra do princípio da congruência vincula o magistrado à causa petendi, apresentou o seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ARTS. 128 E 460, DO CPC. PRINCÍPIOS PROCESSUAIS DA ADSTRIÇÃO E DA CONGRUÊNCIA (OU DA CORRELAÇÃO). INOBSERVÂNCIA. SENTENÇA EM DESACORDO COM O PEDIDO. TRANSMUTAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR PELOS ÓRGÃOS JUDICANTES. IMPOSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA PETITA. - Há violação aos arts. 128 e 460, do CPC se a causa é julgada (tanto na sentença como no acórdão recorrido) com fundamento em fatos não suscitados pelo autor ou, ainda, se o conteúdo do provimento dado na sentença é de natureza diversa do pedido formulado na inicial. Recurso especial conhecido e provido.¹⁸

O Ministro ponderou que *“nessa linha de entendimento, por mais graves e relevantes que sejam os fatos desvelados no processamento do feito, eles só podem ser considerados no julgamento final da ação se tiverem a mínima correlação com o pedido e com a causa de pedir declinados pela parte por oportunidade da provocação da*

17 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo de Instrumento nº 4.659**. 2004 – Acórdão nº 4659 de 19/08/2004, Relator(a): Francisco Peçanha Martins, Publicação: DJE - Diário de Justiça – Distrito Federal, Data 08/10/2004. Página 99.

18 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 746.622/PB**. 2006 – Acórdão de 26/09/2006, Relator(a): Nancy Andrighi, Terceira Turma, Diário de Justiça – Distrito Federal, Data de 23/10/2006. Página 309.

Justiça Eleitoral".¹⁹

Outro argumento invocado pelo Ministro Admar Gonzaga refere-se à regra da estabilização objetiva da demanda, a qual não permite em nenhuma hipótese a alteração do pedido ou da causa de pedir após o saneamento do processo:

Não bastasse há outro preceito reforça a impossibilidade de considerar questões estranhas à lide, qual seja, a regra da estabilização objetiva da demanda, que impede a alteração do pedido ou da causa de pedir após o saneamento do processo. A estabilidade objetiva da demanda é considerada essencial observância ao devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, bem como as garantias da razoável duração do processo e da não surpresa.²⁰

Acerca do tema, o Ministro Admar citou as lições do doutrinador Portanova (1997, p. 135), o qual entende que, para assegurar o devido processo penal, o contraditório e ampla defesa, a razoável duração do processo e a evitar a surpresa, é imprescindível a estabilidade objetiva da demanda:

A preocupação do princípio da substanciação em evitar a *mutatio libelli* não é sem razão. Vale lembrar que a causa de pedir e o pedido vão interessar não só na adequada formação do processo em geral e do contraditório em especial. Visa, ainda, a segurar a instrução probatória e evitar surpresas sentenciárias.

19 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Sessão Plenária do dia 09 de junho de 2017 (tarde)**. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=dcuhHNiZW9k&t=19994s>>. Acesso em: 17 abril 2018.

20 Idem

Complementou o voto com os ensinamentos de Dinamarco (2017, p. 67) sobre a limitação de inclusão de novos fatos e pedidos a qualquer tempo no processo pendente:

Com base nessas premissas teóricas, pode-se afirmar, com segurança, que, no processo “um reflexo da rigidez do procedimento no processo civil brasileiro, o qual se desenvolve em fases razoavelmente bem delineadas e não comporta os retrocessos que seriam inevitáveis casos novos fatos, novos pedidos e novos sujeitos pudessem a qualquer tempo ser inseridos no processo pendente. Não sendo possível retroceder para citar outra vez o réu pelos sucessivos aditamentos e para permitir novos atos de defesa complementar, seria ilegítimo permitir essas alterações depois da citação, porque prejudicariam sensivelmente a efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Ressaltou a explicação de Marinoni e Arenhart (2004, p. 130):

[...] efetivada a citação válida do réu, não mais é lícito ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir de sua ação sem o consentimento do réu (artigo 264, do Código de processo Civil), o que, de toda sorte, somente poderá ocorrer até o saneamento do feito. A isso se chama "estabilidade da demanda", sendo a citação o elemento responsável por esse evento processual, a partir do qual a relação torna-se inalterável (excetuados casos particulares), seja no plano objetivo (em relação à *res in iudicium deducta*), seja no campo subjetivo (quanto aos sujeitos envolvidos na relação processual). Vale

ressaltar que tal estabilidade decorre naturalmente de outro efeito da citação válida, que é a triangularização da relação processual. Com efeito, é a citação, a responsável por essa triangularização, fazendo com que a relação processual passe a ser composta de três pólos principais (autor, réu e juiz).

Contudo, salientou que tanto o Código de Processo Civil, no artigo 933, assegura a possibilidade de se considerarem fatos supervenientes no julgamento da causa, inclusive em sede recursal, quanto a Lei Complementar, no artigo 23, ao dispor: “*o Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral*”.

Salientou que os artigos 7º, parágrafo único, e 23, da LC nº 64/90, foram objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.082/DF, ocasião em que se questionou a constitucionalidade das expressões que ao assegurarem poderes ilimitados ao juiz contrariam, em tese, os princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa, segurança jurídica, juiz natural e acesso à ordem jurídica justa.

De acordo com o Ministro Admar Gonzaga, os citados dispositivos autorizam o magistrado a se pronunciar de matérias cognoscíveis de ofício, inclusive as de cunho probatório, mas isso não permite que a atuação do juiz seja inovadora em relação à causa de pedir:

Assim, nos termos da interpretação constitucional desta suprema Corte, o artigo 23 da LC nº 64/90, embora autorize o magistrado se pronuncie acerca de matérias cognoscíveis de ofício, inclusive as de cunho probatório, não viabiliza que atuação do juiz seja inovadora em relação à causa de pedir. É de dizer que fato não

arguido pela parte, conhecido de ofício, deve ter correlação mínima discussão que seja com a causa petendi. De todo modo a despeito desta sobre o alcance da constitucionalidade do artigo 23, cuja aplicação poderia em tese ensejar o conhecimento de fato, de ofício pelo juiz, sem arguição da parte, há outro aspecto muito relevante, próprio do processo eleitoral que impede a ampliação objetiva, trata-se da natureza decadencial que já foi reafirmada (..), a limitação temporal quanto ao seu manejo e por obvio determina os ilícitos que podem ser aventados nas iniciais, os quais dizem necessariamente ao processo eleitoral e a eles são contemporâneos. Isso porque, além da celeridade ínsita ao processo eleitoral do princípio da celeridade, é preciso resguardar a segurança jurídica e política dos exercícios dos mandatos [...].²¹

Salientou que, não obstante o Supremo Tribunal Federal tenha declarado a constitucionalidade dos artigos 7º e 23 da LC nº 64/90, cabe às partes a função precípua de propor os elementos indispensáveis à instrução do processo:

É claro que se recomendam temperamentos na aplicação da regra. A atenuação do princípio dispositivo no direito processual moderno não serve a tornar o magistrado o protagonista da instrução processual. A iniciativa probatória estatal, se levada a extremos, cria, inegavelmente, fatores propícios à parcialidade, pois transforma o juiz em assistente de um litigante em de-

21 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Sessão Plenária do dia 09 de junho de 2017 (tarde)**. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=dcuhHNiZW9k&t=19994s>>. Acesso em: 17 abril 2018.

trimento do outro. As partes continuam a ter a função precípua de propor os elementos indispensáveis à instrução do processo, mesmo porque não se extinguem as normas atinentes à isonomia e ao ônus da prova.²²

De igual modo, lembrou os ensinamentos do Ministro Luiz Fux, proferidos durante o julgamento da ADI nº 1.082/DF:

Senhor Presidente, num primeiro momento, eu confesso que fiquei com severas dúvidas, porque o art. 7º dessa Lei Complementar nº 64 permite que o juiz do tribunal forme sua livre convicção, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes. Na verdade, aqui não é uma indicação de uma causa petendi diversa, porque nós sabemos que a regra é a de que o juiz não pode proferir uma decisão fora do pedido ou da causa petendi; são fatos relativos ao pedido e à causa petendi que o juiz pode conhecer. A eficácia preclusiva da coisa julgada torna indiferente que fatos relevantes não tenham sido arguidos, tanto que a descoberta de fatos ulteriores, que poderiam ter sido arguidos, não têm o condão de desfazer o julgado. Então, isso já dá um certo colorido de jurisdição a essa questão de que o juiz conheceu de fatos que as partes não alegaram, e que não podem alegar depois. Sucede que o Ministro Marco Aurélio trouxe um dado relevantíssimo no seu voto, afirmando que, no processo eleitoral, estão em jogo interesses indisponíveis, que são matérias cognoscíveis de ofício. Então, aquilo que

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.082/DF**. 2014 - Acórdão de 22/05/2014. Relator(a): Marco Aurélio, Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico – Distrito Federal, Data 30.05.2014. Página 11/12.

o juiz pode conhecer de ofício independe de alegação da parte. Portanto, não há, realmente, uma violação do princípio do contraditório, porque evidentemente, num primeiro momento, se são fatos que não foram alegados, e o juiz leve em consideração, e ninguém falou nada sobre esses fatos e nem provou nada, a afronta ao princípio do devido processo legal e ao contraditório é claríssimo. Mas aqui, não; aqui são interesses indisponíveis que permitem ao juiz conhecê-los de ofício, o que significa dizer: independentemente de provocação da parte. Por essa razão, acompanho integralmente o voto de Sua Excelência.²³

De outro lado, analisou o caso sob o aspecto peculiar do processo eleitoral, caracterizado pelo prazo decadencial para ajuizamento das ações eleitorais, situação que impede a ampliação da causa de pedir por ilícitos não aventados na peça inicial para garantir a celeridade do processo eleitoral, a segurança jurídica e política, a estabilidade e a legitimidade aos exercentes de cargo políticos.

Segundo o Ministro, a jurisprudência do TSE assentou o entendimento no sentido de que o termo final para propositura da AIJE se dá com diplomação, após opera-se a preclusão:

ELEIÇÕES 2008. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. PRAZO. PROPOSITURA. DIPLOMAÇÃO. DESPROVIMENTO. 1. De acordo com a jurisprudência deste Tribunal Superior Eleitoral, as ações de investiga-

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.082/DF**, 2014 - Acórdão de 22/05/2014. Relator(a): Marco Aurélio, Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico – Distrito Federal, Data 30.05.2014. Página 11/12.

ção judicial eleitoral (AIJE) fundamentadas em abuso de poder e condutas vedadas a agentes públicos podem ser propostas até a data da diplomação (RO nº 1.453, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 5.4.2010. 2. Esse entendimento já era pacífico durante as Eleições 2008 e, com a inclusão do § 12 ao art. 73 da Lei nº 9.504/1997 (redação dada pela Lei nº 12.034/2009), não se confirma a suposta violação ao princípio da anterioridade da Lei Eleitoral (art. 16, da Constituição Federal de 1988). 3. Agravo regimental não provido.²⁴

Consoante a orientação do TSE, o Ministro Admar argumenta que, por conta do prazo decadencial para ajuizamento das ações, não se admite a inclusão de litisconsórcio passivo necessário e o ajuizamento de ações eleitorais de ofício, tampouco o magistrado considerar fatos supervenientes aos narrados na peça inaugural.

O e. Ministro, mais uma vez, ressaltou que:

por mais graves que sejam o alegado recebimento de recursos não contabilizados, a suposta compra de apoio político de partidos e o narrado gasto ilícito de recursos por meio de contas bancárias no exterior, não podem eles ser considerados no presente julgamento, porquanto surgiram nos autos sem a provocação da parte (regra da coerência), após o saneamento do feito (regra da estabilização objetiva) e sobretudo, muito após o decurso dos prazos decadenciais das ações ora em apreço. No entanto, as decisões do Poder Judiciário devem respeitar a coerência e a integridade do direito, haurindo

24 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 5390/RJ**. 2014 - Acórdão de 29/04/2014, Relator(a): João Otávio de Noronha, Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico – Distrito Federal, Data 29/5/2014. Página 71.

da própria força normativa Constituição Federal os seus fundamentos, de modo a preservar a autonomia do Direito contra predadores internos e externos, em especial aqueles ligados à moral, à economia e à política. O Tribunal não pode, sob o pretexto de moralização da política, sacrificar regra fundante do Direito Eleitoral atinente à existência de marcos preclusivos estritos para o manejo de ações eleitorais e para a narrativa de ilícitos ocorridos em determinada campanha, marcos esses que são expressão tangível do princípio constitucional da segurança jurídica na seara eleitoral.²⁵

Ao criticar a chamada *causa de pedir aberta*, o Ministro defendeu que o tribunal, a pretexto da redemocratização política, não pode sacrificar regra fundante do direito eleitoral e do direito constitucional, notadamente a existência de marcos preclusivos estritos, consagradores do princípio constitucional da segurança jurídica, para ajuizamento de ações eleitorais e exposição de ilícitos ocorridos em campanha eleitoral:

O tribunal não pode sob pretexto da redemocratização política sacrificar regra fundante do direito eleitoral e do direito constitucional, atinentes a existência de marcos preclusivos estritos para o manejo das ações eleitorais e para narrativa de ilícitos ocorridos em determinada campanha, marcos estes que são de pressão tangível do princípio constitucional da segurança jurídica na seara eleitoral. Em suma, não se pode produzir uma decisão puramente ad hoc e admitir a teratológi-

25 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Sessão Plenária do dia 09 de junho de 2017 (tarde)**. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=dcuhHNiZW9k&t=19994s>>. Acesso em: 17 abril 2018.

ca causa de pedir aberta, porque esta seria qualificada como uma boa ou desejável, dizia o Ministro Napoleão de se curvar ao apelo da turma. Por fim, nem mesmo no julgamento da admissibilidade da AIME, ocorrido em outubro de 2015, alterou essa premissa, porquanto o exame se deu tão somente a partir dos contextos narrados nas iniciais, nem se poderia cogitar outro cenário, pois muito dos fatos recentes desvelados não eram conhecidos das partes.²⁶

O Ministro do TSE, Admar Gonzaga, ao final, concluiu que o julgamento da causa deve ficar adstrito exclusivamente às alegações constantes das exordiaes, salientando que:

Enfim, do presente julgamento é necessário reafirmar um preceito tradicionalmente aceito pela doutrina e jurisprudência eleitorais: as impugnações ao mandato devem ser sérias, fundadas em alegações contemporâneas à campanha eleitoral, lastreadas em conteúdo probatório mínimo e, sobretudo, limitadas por marcos preclusivos estritamente postos na legislação eleitoral e na Constituição, inclusive no que tange aos aspectos objetivos e subjetivos da demanda. Pouco importa se está em julgamento o mandato do prefeito de Serra/MG, tida como a menor cidade do Brasil, ou do Presidente da República, ou mesmo a natureza e a gravidade dos fatos posteriormente desvelados, pois essa é regra do jogo.²⁷

26 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Sessão Plenária do dia 09 de junho de 2017 (tarde)**. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=dcuhHNiZW9k&t=19994s>>. Acesso em: 17 abril 2018.

27 Idem

Por sua vez, o Ministro Tarcísio iniciou seu voto traçando uma *“distinção entre a fase pré e pós Odebrecht a fim de guardar coerência com a fundamentação já perfilhada no exame da extrapolação causa petendi e desde já ressalto que não debruçarei sobre as provas produzidas após a estabilização da demanda, a partir do dia 1º de março de 2017, reitero, portanto, que os fatos mencionados nos depoimentos de executivos e funcionários do grupo Odebrecht [...] não serão contemplados em meu voto.”*²⁸

Após explanação sucinta de suas razões, acatou a preliminar de causa de pedir, e, no mérito, julgou improcedente a ação.

O quinto Ministro a proferir o voto, Luiz Fux, ressaltou, de plano, a importância de na aplicação do direito, o juiz se atentar aos fins sociais a que ele se dirige e às exigências do bem comum, previsto no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Asseverou que é incontroverso que os fatos discutidos no julgamento são *gravíssimos, insuportáveis. Ante esse quadro de ilegalidade, como juiz, sentirei confortável de usar, com a devida vênia, um instrumento processual para não encarar a realidade? A resposta é negativa.*²⁹

O referido Ministro reforçou o questionamento de que *“fatos novos vieram a lume, informando que nessa campanha houve cooperação do poder político pelo poder econômico, que nessa campanha houve financiamento ilícito de campanha, então no momento em que vamos proferir a decisão, nós não vamos levar em conta esses fatos? Porque, sob uma premissa processual ortodoxa e ultrapassada, nós vamos desconhecer a realidade fática”*.³⁰

28 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Sessão Plenária do dia 09 de junho de 2017 (tarde)**. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=dcuhHNiZW9k&t=19994s>>. Acesso em: 17 abril 2018.

29 Idem

30 Idem

Pelo contrário, afirmou que “*direito e realidade não podem ser apartados justamente no momento da decisão final*” e que, segundo o artigo 493, do Código de Processo Civil, “*ao juiz não é dado desconhecer o estado de fato da lide*”.

Por força do princípio da cooperação e do artigo 493 do Código de Processo Civil, é dado “*a todos, inclusive ao juiz, a colaborarem com uma justiça justa e efetiva que leva em consideração a realidade*”³¹, incluindo, assim, fatos supervenientes.

Rebateu a tese de que não pode se ater à questão formal, à interpretação literal e ao prazo decadencial para afastar a realidade de fato superveniente ser encartado nos autos.

Argumentou que o próprio ordenamento jurídico expressamente prevê a flexibilidade dos limites objetivos da ação no intuito de proteger a lisura, a igualdade, a probidade e a ética no processo eleitoral, confira:

O ordenamento eleitoral expressamente prevê a flexibilização dos limites objetivos da ação no afã de salvaguardar vetores cardiais do sistema, como, por exemplo, a lisura, a igualdade, a probidade e a ética no processo eleitoral, ao outorgar o poder-dever de apurar fatos relevantes ao deslinde da questão ainda que surgidos no curso do processo e alheios ao delineamento fático retratado originalmente na petição inicial.³²

O citado Ministro fundamentou que o artigo 23 da Lei Complementar nº 64/90 ao dispor “*o Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e*

31 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Sessão Plenária do dia 09 de junho de 2017 (tarde)**. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=dcuhHNiZW9k&t=19994s>>. Acesso em: 17 abril 2018.

32 Idem

presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral”, enalteceu o interesse público de lisura eleitoral.

Ademais, aduziu que o Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 1.082, julgou pela constitucionalidade das previsões contidas nos artigos 7º, parágrafo único, e 23 da LC nº 64/90:

PROCESSO – ELEITORAL – ARTIGO 23 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90 – JUIZ – ATUAÇÃO. Surgem constitucionais as previsões, contidas nos artigos 7º, parágrafo único, e 23 da Lei Complementar nº 64/90, sobre a atuação do juiz no que é autorizado a formar convicção atendendo a fatos e circunstâncias constantes do processo, ainda que não arguidos pelas partes, e a considerar fatos públicos e notórios, indícios e presunções, mesmo que não indicados ou alegados pelos envolvidos no conflito de interesses.³³

Destarte, acompanhando o voto do relator, o Ministro Luiz Fux proferiu seu voto pela procedente demanda para cassar a chapa presidencial.

Por derradeiro, a Ministra Rosa Weber apresentou suas razões de decidir, sustentando que o ordenamento jurídico adotou a regra da estabilização objetiva e subjetiva do processo, assim como a técnica da preclusão e o marco da estabilização na fase postulatória do processo, em regra, conforme depreende abaixo:

Sem dúvida a tradição processual brasileira, por opção

33 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Sessão Plenária do dia 09 de junho de 2017 (tarde)**. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=dcuhHNiZW9k&t=19994s>>. Acesso em: 17 abril 2018.

legislativa, a existência de um procedimento estruturado por fases marcadas pela preclusão, estabiliza-se o processo subjetiva e objetivamente com emprego da técnica da preclusão como uma forma de densificação no âmbito infraconstitucional do direito fundamental a duração razoável do processo. Tal como hoje o artigo 5º, LVIII, da Constituição Federal, e contempla o artigo 4º do Código de Processo Civil. O marco dessa estabilização, sem dúvida, é a fase postulatória do processo, é a regra. É cediço que para garantir o contraditório e a ampla defesa, também direitos fundamentais, é imprescindível o prévio conhecimento no âmbito da demanda do fato constitutivo do direito postulado como uma premissa necessária para defesa e indicação das provas a produzir. Nessa linha, uma vez consolidada a causa de pedir na fase postulatória e delimitado na sequência o objeto da prova, a modificação do núcleo fático em que se funda a demanda corresponde como regra ao inválido exercício ex-novo de ação processual diversa da instaurada.³⁴

A Ministra afirmou que o atual Código de Processo Civil flexibiliza a regra da estabilização da demanda, admitindo a modificação da causa de pedir, desde que com o consentimento do réu, entretanto, ponderou que o atual Código de processo Civil não replicou a regra do artigo 264, parágrafo único, CPC/1963, relativa à proibição da alteração objeto litigioso do processo em qualquer hipótese após a fase de saneamento do processo, ainda que com o consentimento das partes, silêncio eloquente a indicar uma efetiva mitigação do institu-

34 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Sessão Plenária do dia 09 de junho de 2017 (tarde)**. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=dcuhHNiZW9k&t=19994s>>. Acesso em: 17 abril 2018.

to da estabilização da demanda e ampliação e/ou alteração da ação:

É certo que a regra da estabilização da demanda até o momento da fase de saneamento do processo, desde que com o consentimento do réu do Código de Processo Civil 1973, foi replicada no Código de Processo Civil de 2015, não trazendo qualquer inovação, mas não foi replicada no Código de Processo Civil de 2015, para mim, um silêncio eloquente, a regra do artigo 264, parágrafo único, CPC/1963, relativa à proibição da alteração objeto litigioso do processo em qualquer hipótese após a fase de saneamento do processo, ainda que com o consentimento das partes, há indicar a meu juízo, juntamente com as diversas previsões que possibilitam a alteração da demanda em momento posterior a fase postulatória, uma efetiva mitigação ensejadora de nova leitura dos institutos da estabilização da demanda e da ampliação e/ou alteração do estado do processo.³⁵

Consoante a ministra, a tutela jurisdicional deve retratar o contexto litigioso entre as partes no momento da decisão:

Embora, sem dúvida, continue prevalecendo no sistema processual à imutabilidade dos elementos subjetivos e objetivos da demanda no curso do procedimento e ainda a exigência de correlação entre a petição inicial e a sentença (Princípio da Congruência), (...), pode ocorrer que em determinadas situações, sobretudo no momento da produção da prova, surja fato novo que

35 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Sessão Plenária do dia 09 de junho de 2017 (tarde)**. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=dcuhHNiZW9k&t=19994s>>. Acesso em: 17 abril 2018.

conduza a mesma consequência pretendida pelos autos da lide original a exigir temperamentos na perspectiva de que tutela jurisdicional deve retratar o contexto litigioso entre as partes no momento em que prestada a jurisdição.³⁶

Considera-se “*atos novos ocorridos após a propositura da demanda, bem como os ocorridos antes, mas não alegados por serem inacessíveis ou desconhecidos, o que estaria a inviabilizar a preclusão*”, assim como “*o fato novo passível desconstituir essa decisão, a regra da estabilização da demanda, pode ser descoberto sim na fase probatória*”³⁷, segundo Weber.

Quanto ao conhecimento de fato superveniente, explicou “*pode ocorrer por meio de alegações das partes, bem como de ofício pelo juiz, desde que não implique, por óbvio, decisão surpresa para as partes e tampouco violação dos direitos fundamentais do contraditório e a ampla defesa*”.³⁸

No tocante aos fatos essenciais, a Ministra entendeu que “*os fatos essenciais que não acarretem modificação do efeito jurídico emergente do fato ou conjunto de fatos narrados pelo autor na petição inicial quando supervenientes não implicam necessariamente, a meu ver, alteração da causa de pedir, impondo-se em qualquer hipótese respeito aos direitos fundamentais ao contraditório e ampla defesa*”.³⁹

A Ministra, ao final, acrescentou que os artigos 7º e 23 da LC nº 64/90 admitem o acolhimento de fatos supervenientes, ainda que

36 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Sessão Plenária do dia 09 de junho de 2017 (tarde)**. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=dcuhHNiZW9k&t=19994s>>. Acesso em: 17 abril 2018

37 Idem

38 Idem

39 Idem

modifiquem a causa de pedir, a fim de preservar o princípio da lisura eleitoral.

Por essas razões, seguindo o voto do relator, julgou pela procedência das demandas:

Em resumo, diante do atual estado da arte do direito processual brasileiro, iluminado pelos princípios vetores da nossa lei fundamental, a constituição federal, em que presente a possibilidade de acolhimento de fatos supervenientes, ainda que, em tese, com alteração da causa de pedir, considerando ainda a chamada causa de pedir dinâmica e a pluralidade de fatos essenciais, não tenho, com a devida vênua, como não endossar a leitura dos autos feita pelo relator com ênfase ao destacado por sua excelência que não estamos diante de hipóteses tais e acrescento não temos como desconsiderar a lei de regência do processo eleitoral nos casos das AIJES e AIMES, artigos 7º e 23 da LC nº 64/90, [...], autorizando, a meu juízo, o conhecimento dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções [...] que preservem o princípio de lisura eleitoral.⁴⁰

Por fim, o Ministro Gilmar Mendes pronunciou seu voto minerva, argumentando contra a inclusão de fatos novos, considerando a necessidade do *“equilíbrio do mandato, não se substitui um presidente da República a toda hora, ainda que se queira. A Constituição Federal valoriza a soberania popular a despeito do valor das nossas decisões”*.⁴¹

40 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Sessão Plenária do dia 09 de junho de 2017 (tarde)**. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=dcuhHNiZW9k&t=19994s>>. Acesso em: 17 abril 2018

41 Idem

O Ministro Gilmar sustentou que o sistema eleitoral precisa de estabilidade e, justamente, por isso, a Constituição Federal, no artigo 14, § 10, limitou o prazo para cassação de mandato eletivo para “*não expandir o objeto da demanda, porque se prefere o preço de um governo ruim e mal escolhido do que uma instabilidade no sistema ou golpes que são engendrados na calada da noite*”.⁴²

Assim sendo, o artigo 23 da LC nº 64/90 deve ser interpretado à luz da realidade institucional da Constituição Federal, e que, se admitíssemos a ampliação da causa de pedir com base nesse dispositivo infraconstitucional, haveria burla ao sistema constitucional, de acordo com Gilmar Mendes.

No caso sob análise, o Ministro entendeu que houve expansão da causa de pedir e que tais “*atos supervenientes não podem ser analisados na seara eleitoral, mas em outros órgãos do poder judiciário*”.⁴³

O e. julgador acrescentou que ações eleitorais possuem prazos decadenciais para ajuizamento, haja vista a regra constitucional da estabilização dos mandatos outorgados pelo povo, portanto, os fatos novos que não guardam relação com a causa de pedir não podem ser incluídos no curso da ação, tampouco objeto de nova demanda, conforme se vê adiante:

A Ação de Investigação Judicial Eleitoral Poderá ser ajuizada até a data da diplomação dos candidatos eleitos, segundo construção jurisprudencial, a ação de impugnação de mandato eletivo será ajuizada no prazo de 15 dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso de poder econômico, corrupção ou

42 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Sessão Plenária do dia 09 de junho de 2017 (tarde)**. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=dcuhHNiZW9k&t=19994s>>. Acesso em: 17 abril 2018

43 Idem

fraude, artigo 14, § 10, da Constituição Federal. Dessa forma, tendo em mente a regra constitucional da estabilidade dos mandatos outorgados pelo povo e a norma processual da estabilização das demandas, entendo que os fatos novos que não guardam relação com a causa de pedir não podem ser incluídos no curso da ação, senão estaríamos violando o próprio prazo decadencial, [...] tampouco serão analisados em nova demanda judicial considerando os prazos, além de exíguos, são decadenciais. Isso não é um capricho do constituinte, é do mandato que se cuida, da soberania popular.⁴⁴

No final desse julgamento histórico envolvendo presidente e o vice da República do Brasil, a maioria dos Ministros julgou improcedente os pedidos constantes na Ação de Investigação Judicial Eleitoral n.º 1943-58.2014.6.00.0000/DF e concluíram pela impossibilidade de ampliação da causa de pedir após o ajuizamento da ação.

2 Considerações finais

A partir do presente estudo, constata-se que, embora subsistam relevantes e plausíveis fundamentos jurídicos favoráveis à ampliação da causa de pedir da Ação de Investigação Judicial Eleitoral por descoberta superveniente de ato abusivo praticado em campanha eleitoral, o Tribunal Superior Eleitoral, no julgamento histórico e emblemático envolvendo a AIJE n.º 1943-58, chapa Dilma e Temer, entendeu que os ditames do devido processo legal e a preservação do mandato eletivo sobrepõem à busca do estado de fato da lide pelo Estado-Juiz.

44 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Sessão Plenária do dia 09 de junho de 2017 (tarde)**. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=dcuhHNiZW9k&t=19994s>>. Acesso em: 17 abril 2018

Não obstante tal entendimento, considerando que o julgado foi decidido por maioria de votos e a rotatividade periódica da composição dos membros do TSE, é perfeitamente possível que, nas eleições vindouras, em caso similar ao da AIJE em pauta, os votos vencidos se tornem vencedores, a Egrégia Corte Superior Eleitoral modifique seu entendimento e acolha a tese de que o direito não pode se afastar da realidade no momento do julgamento final.

Vale ressaltar que, atualmente, por construção jurisprudencial, o termo final para propositura da AIJE se dá com a diplomação. O lapso temporal é considerando exíguo e insuficiente para as complexas ações eleitorais, visto que se o ilícito eleitoral não constar na petição inicial, delimitando a causa de pedir e o pedido, não poderá ser apurado na demanda em curso e, conseqüentemente, provocará a impunidade dos infratores no âmbito cível eleitoral.

A par da discussão e do acirrado debate entre os votos vencidos e os votos vencedores, enquanto não houver ampliação do prazo para ajuizamento da AIJE, seja por lei ou entendimento jurisprudencial, de modo a permitir que os legitimados ativos tenham conhecimento amplo dos ilícitos eleitorais e reúnam os elementos de prova, o tema, ora em estudo, continuará sendo objeto de constante debate na Justiça Eleitoral.

REFERÊNCIAS

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros. 2017. v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Renan Faria Krüger. **Teoria geral do processo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

O FUNDO ESPECIAL DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHA COMO INSTRUMENTO DE FINANCIAMENTO PÚBLICO DE CAMPANHAS ELEITORAIS NO BRASIL: NATUREZA E ASPECTOS CRÍTICOS

Denise Goulart Schlickmann¹

RESUMO

Os partidos políticos são agentes determinantes, no contexto do financiamento de campanhas eleitorais em que há maciço aporte de recursos públicos, para propiciar condições materiais à eleição dos candidatos e consolidação da democracia representativa. O modelo misto de financiamento de campanhas eleitorais no Brasil está em clara transição para a ampliação da participação de recursos públicos, motivada pelo fim das doações empresariais. A criação do Fundo Especial de Financiamento de Campanha é elemento decisivo para esta transição, mas não surtirá efeitos na consolidação democrática sem critérios sólidos e objetivos para sua aplicação, hábeis a proporcionar condições equânimes de participação política.

1 Bacharel em Ciências Econômicas, Ciências Contábeis e Direito, pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-graduada em Auditoria Governamental pela FEPESE/UFSC, e em Direito Eleitoral pela UNIVALI. Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP). Membro do Núcleo de Inteligência da Justiça Eleitoral. Secretária de Controle Interno e Auditoria do TRE/SC. Instrutora nas áreas de licitação e contratos, auditoria governamental e controle interno, no âmbito da Justiça Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal. Conferencista na área de direito eleitoral. Autora da obra Financiamento de Campanhas Eleitorais, na oitava edição, pela Editora Juruá. Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

- PALAVRAS-CHAVE:**
1. Partidos políticos
 2. Campanha eleitoral
 3. Eleições
 4. Fundo partidário
 5. Fundo Especial de Financiamento de Campanha

1 Introdução

Este artigo tem por objetivo analisar, ainda que brevemente, a natureza do processo eleitoral como instrumento essencial à conformação da democracia representativa, evidenciando a importância da atuação dos partidos políticos. Compreendido como elo fundamental entre a escolha de candidatos e a materialização das condições necessárias ao alcance dos votos para à eleição, o estudo procurará demonstrar que a atuação partidária reveste-se de grande importância no aspecto do financiamento de campanha, principalmente na via da aplicação dos recursos públicos de campanha, de que são destinatários específicos.

Em segundo momento, examinará as matrizes de financiamento das campanhas eleitorais, evidenciando a sua composição e as profundas alterações verificadas no modelo a partir das eleições de 2014, com o banimento do financiamento empresarial, buscando identificar as razões do surgimento do Fundo Especial de Financiamento de Campanha.

Por fim, o estudo procurará evidenciar os principais aspectos que permeiam a constituição do Fundo Especial de Financiamento de Campanha e os mecanismos procedimentais de acesso a tais recursos. Na reflexão desses aspectos, a análise destacará as principais distinções entre o Fundo Especial de Financiamento de Campanha e o Fundo Partidário, na compreensão de que esses recursos confi-

guram atualmente o financiamento público de campanhas no Brasil.

A opção metodológica aplicada no estudo foi a dedutiva. Na pesquisa optar-se-á pela análise bibliográfica, de dados legais e de coleta de dados junto à Justiça Eleitoral.

2 Processo eleitoral e partidos políticos

Nos regimes democráticos o poder político emana da sociedade e é exercido através de seus representantes, legais, legitimamente constituídos. No entanto, o exercício do poder exige o estabelecimento de regras que disciplinem a representatividade e, ao mesmo tempo, garantam que a vontade coletiva, entendida esta como a vontade da maioria, seja exercida em plenitude.

A sociedade é detentora do poder político puro, sem rótulos e preferências institucionais, características da organização partidária. Por isso, ainda que as diversas concepções sociais se expressem na formação dos partidos políticos, cabe aos indivíduos que compõem a sociedade (independentemente de filiação partidária) conferir a um ou outro estrato social o poder político, através do voto.

O regime democrático nada mais é, como ensina Cavalcanti (1969, p. 268), do que “[...] uma organização política que transfere ao povo, não somente o exercício pleno da soberania, mas também imprime certo estado de espírito à consciência coletiva [...]”. E o princípio da representação política alicerça o regime democrático que operacionaliza a distribuição do poder político.

Qualquer que seja, contudo, a forma de expressão do sistema representativo, não há como pressupor que um sistema eleitoral garanta a legitimidade do ato de votar, expresso na liberdade de manifestação da maioria e na organização de cargos eletivos que viabilizem o exercício do mandato eletivo.

São, pois, os pleitos eleitorais e o sistema eleitoral quem detêm a responsabilidade de garantir a legitimidade do regime democrático, fundado no Estado Constitucional de Direito sobre o qual leciona

Ferrajoli, ao tratar das profundas alterações que este modelo de Estado operou sobre o Estado de Direito, *litteris*:

Não se tratou apenas da subordinação ao direito do próprio poder legislativo, mas também da subordinação da política a princípios e direitos estipulados nas Constituições como razão de ser de todo o artifício jurídico. Tratou-se, portanto, de uma transformação e de uma integração, além das condições de validade do direito, também das fontes de legitimidade democrática dos sistemas políticos, vinculados e funcionalizados à garantia de tais princípios e direitos (FERRAJOLI, 2015, p. 61).

No Brasil, o regime político funda-se no princípio democrático, instituído constitucionalmente. É a Constituição Federal que, em seus arts. 1º e 3º, assegura o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, livre, justa e solidária, fundada na soberania popular, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e no pluralismo político.

No Brasil, a democracia representativa é exercida de forma indireta, periódica e formal, por intermédio das instituições eleitorais que objetivam disciplinar e legitimar a escolha dos representantes do povo. A importância da materialização formal do processo democrático e de sua estrutura fundada no Poder Judiciário reside no próprio conceito do ato de votar: eleger significa “[...] expressar preferência entre alternativas, realizar um ato formal de decisão política” (SILVA, 2000, p. 138).

O sufrágio, conforme ensina Bonavides (1994, p. 228), “é o poder que se reconhece a certo número de pessoas (o corpo de cidadãos) de participar direta ou indiretamente na soberania, isto é, na

gerência da vida pública”. Caracteriza a oportunidade da designação de representantes que exercem o poder e constroem a democracia indireta. Faculta a participação democrática a todos, indistintamente, sem preterir ninguém em função da riqueza, grau de instrução, raça ou sexo.

Nesse processo, são os partidos políticos as instituições que viabilizam o exercício do direito político de votar e ser votado, condição estruturante de todos os direitos políticos e fundamento da democracia representativa. Agregam as diferentes correntes de opinião e permitem o fracionamento ideológico da sociedade que, então, pode fazer a escolha daqueles que a irão representar e administrar seus interesses, representando, segundo ensina Kelsen (1993) instituições mediadoras que contribuem decisivamente para a própria substância da representação.

São eles que asseguram a autenticidade do sistema representativo, pois organizam e preparam as diversas candidaturas para a disputa que se consagra no pleito eleitoral.

Uma das consequências da função representativa dos partidos é que o exercício do mandato político, que o povo outorga a seus representantes, faz-se por intermédio deles, que, desse modo, estão de permeio entre o povo e o governo, mas não no sentido de simples intermediários entre dois pólos opostos ou alheios entre si, mas como um instrumento por meio do qual o povo governa. Dir-se-ia – em tese, ao menos – que o povo participa do poder por meio dos partidos políticos (SILVA, 2000, p. 388).

São as agremiações partidárias que dão forma à base das massas que anseiam por expressar a sua opinião no foro representativo da democracia. São eles que cristalizam e elaboram a opinião bruta, lhe dão sustentáculo, atenuando as profundas divergências indivi-

duais. Nas palavras de Duverger (1987, p. 413), “é só ele [o partido político] que permite a existência de eleições e de representação política [...]”.

Ao reconhecer o Brasil como Estado Democrático de Direito, fundado nos princípios da soberania e do pluralismo político, a Carta Magna já estatui, em seu art. 1º, a representação política como recurso próprio no processo de formação da vontade política. Foi ela quem fixou, desde então e formalmente, a democracia representativa partidária no país (MEZZAROBÀ, 2005).

É atribuição dos partidos políticos definir as plataformas eleitorais e ao sintetizar as mais diversas correntes de opinião difundí-las, com o objetivo de atrair o maior número possível de eleitores, canalizando as mais distintas opiniões para dar-lhes objetividade, adaptando-as aos interesses dos eleitores. Os partidos políticos conjugam os seus próprios e especiais objetivos com os anseios dos eleitores. Tanto criam a opinião quanto a representam (DUVERGER, 1987).

A matriz constitutiva do partido político está, desta forma, na própria Constituição Federal, seja pela personificação do pluralismo político que dá forma à democracia de base representativa, já no artigo inaugural da lei máxima, seja pela dicção do art. 17 da mesma Carta, que direta e especificamente autoriza a criação, fusão, incorporação e extinção dos partidos políticos.

Pode-se afirmar que é pelos partidos políticos que se conforma o poder político em si, que se caracteriza pelo uso da força, materializando o poder soberano, “cuja posse distingue, em toda sociedade organizada, a classe dominante” (BOBBIO, 2000, p. 221).

Peças essenciais ao funcionamento do complexo mecanismo democrático no mundo contemporâneo, os partidos políticos detêm o monopólio do sistema eleitoral, sendo responsáveis, não raras vezes, pela própria definição do perfil do Estado, pois são eles mesmos que acabam por definir o sentido das ações empreendidas pelo Esta-

do. Daí porque se pode afirmar que não existe, efetivamente, representação popular e exercício do poder estatal sem a intermediação partidária (GOMES, 2017).

E no contexto da outorga de poder político, é o procedimento eleitoral o meio pelo qual são desenvolvidos sucessivamente os atos que culminam com a escolha dos eleitos: a apresentação das candidaturas, a organização e realização do escrutínio e o contencioso eleitoral.

É o processo de financiamento das campanhas eleitorais, neste contexto, que provê as condições materiais exigíveis à conquista do voto. E são justamente os partidos políticos o elo fundamental entre a apresentação das candidaturas e a aplicação de recursos de origem pública para a obtenção de votos necessários à eleição. Isso porque são elas, as agremiações partidárias, as instituições que recebem tais recursos e decidem como e onde aplicá-los nas campanhas eleitorais.

3 Matrizes do financiamento de campanhas eleitorais no Brasil

No Brasil, o sistema de financiamento das campanhas eleitorais apresenta composição mista, alicerçada em recursos de origem privada e em recursos públicos.

A composição desses recursos nas duas últimas eleições ilustra adequadamente a participação das mais variadas fontes no financiamento de campanhas eleitorais.

Observe-se a composição do financiamento eleitoral nas eleições de 2014 ²:

2 Informações obtidas diretamente da Assessoria de Exame de Contas Eleitorais e Partidárias do Tribunal Superior Eleitoral.

O FUNDO ESPECIAL DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHA COMO INSTRUMENTO DE FINANCIAMENTO PÚBLICO DE CAMPANHAS ELEITORAIS NO BRASIL: NATUREZA E ASPECTOS CRÍTICOS

Natureza do recurso	Origem	Valor (em Reais)
Recursos de partido político	Fundo Partidário	R\$ 161.459.588,42
Recursos de outros candidatos/comitês	Fundo Partidário	R\$ 26.847.418,40
Recursos de pessoas jurídicas	Fundo Partidário	R\$ 200.426,50
Recursos próprios	Fundo Partidário	R\$ 10.691,15
Rendimentos de aplicações financeiras	Fundo Partidário	R\$ 6.299,03
Recursos de pessoas físicas	Fundo Partidário	R\$ 200,00
Recursos de pessoas jurídicas	Outros Recursos	R\$ 3.032.703.711,71
Recursos de pessoas físicas	Outros Recursos	R\$ 552.192.255,51
Recursos próprios	Outros Recursos	R\$ 373.107.189,08
Doações pela Internet	Outros Recursos	R\$ 1.584.119,42
Recursos de origens não identificadas	Outros Recursos	R\$ 129.943,72
Comercialização de bens ou realização de eventos	Outros Recursos	R\$ 2.230,00
Recursos de partido político	Outros Recursos	R\$ 1.895.211.593,02
Recursos de outros candidatos/comitês	Outros Recursos	R\$ 975.721.773,34

Recursos de pessoas jurídicas	Outros Recursos	R\$ 5.496.252,48
Recursos de origens não identificadas	Outros Recursos	R\$ 457.906,11
Rendimentos de aplicações financeiras	Outros Recursos	R\$ 446.274,20
Recursos de pessoas físicas	Outros Recursos	R\$ 210.600,49
Recursos próprios	Outros Recursos	R\$ 49.105,20
TOTAL		R\$ 7.025.837.577,78

Desses recursos, aqueles provenientes do Fundo Partidário montam R\$ 188.524.623,50, ou seja, 2,68 % do financiamento eleitoral daquele pleito.

Já para as eleições de 2016, os dados revelam a seguinte composição no financiamento de campanhas³:

Natureza do recurso	Origem	Valor (em Reais)
Comercialização de bens ou realização de eventos	Outros Recursos	R\$ 118.043,17
Doações pela <i>Internet</i>	Outros Recursos	R\$ 2.532.876,43
Recursos de origens não identificadas	Outros Recursos	R\$ 720.134,05
Recursos de origens não identificadas	Fundo Partidário	R\$ 117,41
Recursos de outros candidatos	Outros Recursos	R\$ 127.348.563,37

3 Informações obtidas diretamente da Assessoria de Exame de Contas Eleitorais e Partidárias do Tribunal Superior Eleitoral.

Recursos de outros candidatos	Fundo Partidário	R\$ 22.669.554,22
Recursos de partido político	Fundo Partidário	R\$ 681.598.841,66
Recursos de partido político	Outros Recursos	R\$ 95.186.793,76
Recursos de pessoas físicas	Outros Recursos	R\$ 1.318.824.541,95
Recursos de pessoas físicas	Fundo Partidário	R\$ 68.741,45
Recursos próprios	Outros Recursos	R\$ 1.054.430.292,73
Recursos próprios	Fundo Partidário	R\$ 55.757,31
Rendimentos de aplicações financeiras	Fundo Partidário	R\$ 111.201,25
Rendimentos de aplicações financeiras	Outros Recursos	R\$ 36.314,45
TOTAL		R\$ 3.303.701.773,21

Desta feita, os recursos provenientes do Fundo Partidário montam R\$ 704.504.213,30 e passam a representar 21,32% do financiamento das eleições municipais.

Observe-se que a participação percentual dos recursos públicos no financiamento das campanhas eleitorais em 2016 representa um significativo acréscimo de 18,64 pontos percentuais, o que pode ser melhor visualizado graficamente:



Considerando-se que os recursos públicos nesses dois pleitos eram representados unicamente por aqueles provenientes do Fundo Partidário, pode-se afirmar que a participação pública no financiamento das campanhas eleitorais teve maciço acréscimo na composição da matriz de financiamento brasileira, no intervalo verificado entre as duas últimas eleições, revelando a majoração expressiva de tais valores ano a ano.

As informações relativas a essas eleições são essenciais para compreenderem-se dois elementos cruciais que impactaram os pilares do financiamento eleitoral que hoje sustentam as campanhas eleitorais no Brasil.

O primeiro deles diz respeito ao banimento das doações de pessoas jurídicas ocorrido em 2015, com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650, proposta pelo Conselho

Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. O Supremo Tribunal Federal declarou, nesta ADI, a inconstitucionalidade dos dispositivos que amparavam tanto o financiamento, por pessoas jurídicas, das campanhas eleitorais quanto dos partidos políticos em anos não eleitorais.

Observe-se, dos números relativos ao financiamento eleitoral antes citados e tomando isoladamente apenas e tão somente a rubrica de participação de pessoas jurídicas, que a participação empresarial no financiamento das campanhas eleitorais em 2014, no montante de R\$ 3.032.703.711,71, representou impactantes 43,17%, fonte absolutamente vedada a partir das eleições de 2016.

O afastamento das empresas do financiamento eleitoral gerou, pois, lacuna importantíssima na matriz privada e pública existente até então.

Ausente o financiamento empresarial nas eleições de 2016 e tomando-se exclusivamente a rubrica que trata especificamente das doações de pessoas físicas, observa-se que, nas eleições de 2014, esta espécie de financiamento significou 7,86% do total dos recursos captados, evoluindo de forma muito impactante nas eleições de 2016 para 39,92%.

Contudo, em que pese o maciço incremento percentual, em valores nominais, a participação de pessoas físicas no financiamento de campanha ficou muito aquém do montante já em 2014. Foi investido pelas pessoas jurídicas (apenas R\$ 1.318.824.541,95 em contraposição aos R\$ 3.032.703.711,71 das empresas nas eleições anteriores).

Surge do contexto histórico do financiamento eleitoral até aqui evidenciado nas duas últimas eleições a *ratio* fundante do Fundo Especial de Financiamento de Campanha: suprir a lacuna expressiva de financiamento derivada da exclusão do financiamento empresarial, influenciando diretamente na composição das matrizes de financiamento de campanha no Brasil, que apontam à tendência de incremento da participação dos recursos públicos. E está justamente na criação do Fundo Especial de Financiamento de Campanha o

segundo elemento crucial a impactar fortemente os pilares do financiamento de campanhas eleitorais no Brasil.

A partir destes dois elementos é que a Resolução TSE nº 23.553/2017, de conformidade com as novas normas legais, passa a dispor expressamente sobre a origem dos recursos lícitos para o financiamento das campanhas eleitorais no Brasil, conforme dispõe o art. 17 da norma:

Art. 17. Os recursos destinados às campanhas eleitorais, respeitados os limites previstos, somente são admitidos quando provenientes de:

I – recursos próprios dos candidatos;

II – doações financeiras ou estimáveis em dinheiro de pessoas físicas;

III – doações de outros partidos políticos e de outros candidatos;

IV – comercialização de bens e/ou serviços ou promoção de eventos de arrecadação realizados diretamente pelo candidato ou pelo partido político;

V – recursos próprios dos partidos políticos, desde que identificada a sua origem e que sejam provenientes:

a) do Fundo Partidário, de que trata o art. 38 da Lei nº 9.096/1995;

b) do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC);

c) de doações de pessoas físicas efetuadas aos partidos políticos;

d) de contribuição dos seus filiados;

e) da comercialização de bens, serviços ou promoção de eventos de arrecadação;

f) de rendimentos decorrentes da locação de bens próprios dos partidos políticos.

VI – rendimentos gerados pela aplicação de suas dis-

ponibilidades.

§ 1º Os rendimentos financeiros e os recursos obtidos com a alienação de bens, têm a mesma natureza dos recursos investidos ou utilizados para sua aquisição e devem ser creditados na conta bancária na qual os recursos financeiros foram aplicados ou utilizados para aquisição do bem.

§ 2º O partido político não poderá transferir para o candidato ou utilizar, direta ou indiretamente, nas campanhas eleitorais, recursos que tenham sido doados por pessoas jurídicas, ainda que em exercícios anteriores (STF, ADI nº 4.650).

Observe-se que, embora a composição da matriz de financiamento eleitoral permaneça mista, o banimento do financiamento empresarial aliado à criação do Fundo Especial de Financiamento de Campanha torna mais expressiva a participação pública no financiamento eleitoral.

4 O Fundo Especial de Financiamento de Campanha

Ao lado dos recursos oriundos do Fundo Partidário, o financiamento eleitoral passa a contar, a partir da reforma eleitoral de 2017, com recursos exclusivos, também de origem pública, oriundos de fundo especialmente destinado ao financiamento de campanhas.

O Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) foi instituído pela Lei nº 13.487/2017, que implementou a reforma eleitoral de 2017.

Promovendo alteração à Lei das Eleições, a reforma acresceu à Lei nº 9.504/1997 o seguinte dispositivo:

Do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC)

Art. 16-C. O Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) **é constituído por dotações orçamentárias da União em ano eleitoral**, em valor ao menos equivalente:

I - ao definido pelo Tribunal Superior Eleitoral, a cada eleição, com base nos parâmetros definidos em lei;

II - a 30% (trinta por cento) dos recursos da reserva específica de que trata o inciso II do § 3º do art. 12 da Lei nº 13.473, de 8 de agosto de 2017.

§ 1º (VETADO).

§ 2º O Tesouro Nacional depositará os recursos no Banco do Brasil, em conta especial à disposição do Tribunal Superior Eleitoral, até o primeiro dia útil do mês de junho do ano do pleito.

§ 3º Nos quinze dias subsequentes ao depósito, o Tribunal Superior Eleitoral:

I - divulgará o montante de recursos disponíveis no Fundo Eleitoral; e

II - (VETADO).

§ 4º (VETADO).

§ 5º (VETADO).

§ 6º (VETADO).

§ 7º Os recursos de que trata este artigo ficarão à disposição do partido político somente **após a definição de critérios para a sua distribuição**, os quais, aprovados pela maioria absoluta dos membros do órgão de direção executiva nacional do partido, serão divulgados publicamente.

§ 8º (VETADO).

§ 9º (VETADO).

§ 10. (VETADO).

§ 11. Os recursos provenientes do Fundo Especial de Financiamento de Campanha que não forem utilizados

nas campanhas eleitorais deverão ser devolvidos ao Tesouro Nacional, integralmente, no momento da apresentação da respectiva prestação de contas.

§ 12. (VETADO).

§ 13. (VETADO).

§ 14. (VETADO).

§ 15. O percentual dos recursos a que se refere o inciso II do caput deste artigo poderá ser reduzido mediante compensação decorrente do remanejamento, se existirem, de dotações em excesso destinadas ao Poder Legislativo (grifo do autor).

Vê-se claramente que a legislação eleitoral instituiu o novo fundo público destinado ao custeio de campanhas eleitorais, indicando as suas fontes de constituição, todas provenientes da União e exclusivamente para anos eleitorais. E exatamente nesse ponto residem duas distinções substanciais entre o Fundo Partidário e o Fundo Especial de Financiamento de Campanha.

A primeira diz respeito à composição dos dois fundos públicos. Enquanto que o Fundo Especial é composto unicamente por dotações orçamentárias da União, o Fundo Partidário possui uma composição mista, embora predominantemente pública. É o que se observa da Lei nº 9.096/1995, em seu art. 38:

Art. 38. O Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário) é constituído por:

I - multas e penalidades pecuniárias aplicadas nos termos do Código Eleitoral e leis conexas;

II - recursos financeiros que lhe forem destinados por lei, em caráter permanente ou eventual;

III - **doações de pessoa física** ou jurídica, efetuadas por intermédio de depósitos bancários diretamente na

conta do Fundo Partidário;

IV - dotações orçamentárias da União em valor nunca inferior, cada ano, ao número de eleitores inscritos em 31 de dezembro do ano anterior ao da proposta orçamentária, multiplicados por trinta e cinco centavos de real, em valores de agosto de 1995 (grifo do autor).

Observe-se que a composição do Fundo Partidário permite a integração de recursos privados, consistentes no valor das multas e penalidades pecuniárias de natureza eleitoral e de doações de pessoas físicas. As doações de pessoas jurídicas ao Fundo Partidário restaram também banidas no julgamento da ADI nº 4.650, cuja decisão proferida dispôs expressamente, *verbis*:

19. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para assentar apenas e tão somente a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 31 da Lei nº 9.096/95, na parte em que autoriza, a contrario sensu, a realização de doações por pessoas jurídicas a partidos políticos, e pela declaração de inconstitucionalidade das expressões “**ou pessoa jurídica**”, **constante no art. 38, inciso III**, e “e jurídicas”, inserta no art. 39, caput e § 5º, todos os preceitos da Lei nº 9.096/95 (grifo do autor).

Outra importante distinção entre os dois fundos públicos diz respeito ao aspecto temporal de sua disponibilidade. O Fundo Especial de Financiamento de Campanha tem vigência restrita ao ano eleitoral, conforme dispõe o caput do art. 16-C da Lei das Eleições, enquanto o Fundo Partidário é disponibilizado em todos os exercícios, independentemente de serem ou não eleitorais.

É o comando do art. 40 da Lei nº 9.096/1995, que não distingue a consignação da previsão orçamentária ou o depósito mensal

dos valores respectivos pelo Tesouro Nacional à conta do Tribunal Superior Eleitoral para distribuição, conforme se tratar de ano eleitoral ou não:

Art. 40. A previsão orçamentária de recursos para o Fundo Partidário deve ser consignada, no Anexo do Poder Judiciário, ao Tribunal Superior Eleitoral.

§ 1º O Tesouro Nacional depositará, mensalmente, os duodécimos no Banco do Brasil, em conta especial à disposição do Tribunal Superior Eleitoral.

§ 2º Na mesma conta especial serão depositadas as quantias arrecadadas pela aplicação de multas e outras penalidades pecuniárias, previstas na Legislação Eleitoral.

A reforma eleitoral estabelece, ainda, os critérios para fixação do valor pelo Tribunal Superior Eleitoral, no inciso I do *caput*, segundo o montante de compensação fiscal devido pela propaganda partidária gratuita, conforme dispõe o art. 3º da Lei nº 13.487/2017.

É que o parâmetro definido em lei a que se refere o dispositivo é justamente o teor do art. 3º da Lei nº 13.487/2017, que assim dispõe:

Art. 3º O valor a ser definido pelo Tribunal Superior Eleitoral, para os fins do disposto no inciso I do *caput* do art. 16-C da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, será equivalente à somatória da compensação fiscal que as emissoras comerciais de rádio e televisão receberam pela divulgação da propaganda partidária efetuada no ano da publicação desta Lei e no ano imediatamente anterior, atualizada monetariamente, a cada eleição, pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor

(INPC), da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou por índice que o substituir.

Neste primeiro componente do Fundo Especial de Financiamento de Campanha, a Lei vincula o seu montante àquele da compensação fiscal da propaganda partidária de dois anos (2017 e 2016), cujo valor será atualizado a cada eleição.

E aqui já há que se consignar um empecilho, no mínimo, de ordem operacional. É que a previsão orçamentária do montante do Fundo Especial de Financiamento de Campanha, a fim de que integrasse a Lei Orçamentária do exercício de 2018 e assim pudesse ser efetivamente aplicado nas campanhas eleitorais, foi aprovada em período anterior ao próprio encerramento do exercício, considerando-o como elemento para a definição do valor inicial do fundo.

Ao valor definido pelo Tribunal Superior Eleitoral somam-se os valores relativos a 30% das emendas parlamentares de bancada, conforme dispõe o art. 16-C, I, da Lei nº 9.504/1997.

Já o inciso II trata especificamente do percentual de 30% (trinta por cento) dos recursos da reserva específica de que trata o inciso II do § 3º do art. 12 da Lei nº 13.473, de 8 de agosto de 2017. A fonte citada é a das emendas de bancada estadual, conforme dispõe a norma citada, litteris:

Art. 12 [...]

§ 3º O Projeto de Lei Orçamentária de 2018 conterà reservas específicas para atendimento de:

I - programações decorrentes de emendas individuais estabelecidas no § 2º do art. 59; e

II - programações decorrentes de emendas de bancada estadual de execução obrigatória e de despesas necessárias ao custeio de campanhas eleitorais (grifo do autor).

No entanto, ao mesmo tempo que a reforma prevê que o fundo seja constituído com 30% dos recursos destinados às reservas de bancada, prevê que este percentual possa ser reduzido se houver dotação orçamentária destinada em excesso ao Poder Legislativo. Não há definição dos critérios que estabeleçam referidos excessos.

Uma vez fixados os valores, que a Lei Orçamentária de 2018⁴ estabeleceu em R\$ 1.716.209.431,00 (hum bilhão, setecentos e dezesseis milhões, duzentos e nove mil, quatrocentos e trinta e um reais), a mesma lei previu que os valores do fundo estejam disponíveis ao Tribunal Superior Eleitoral, encarregando-o da distribuição dos recursos aos partidos políticos, até o primeiro dia útil do mês de junho de cada ano eleitoral.

Uma vez disponibilizados os recursos à Corte Eleitoral Superior, a norma estabeleceu a obrigação de divulgação, em 15 dias do recebimento dos recursos, do montante disponível.

A questão reveste-se de grande complexidade quando se examina os procedimentos estabelecidos em lei para distribuição de tais recursos.

É que a lei condiciona a entrega dos recursos do fundo exclusivamente à definição, pelo próprio partido político – esfera nacional, dos critérios a serem adotados para a sua distribuição posterior, os quais deverão ser aprovados pela maioria absoluta dos membros da executiva nacional e divulgados publicamente. E estes são os únicos critérios legais para a distribuição desses recursos.

Não há qualquer parâmetro objetivo para a aplicação dos recursos, derivando dessa ausência de fixação legal a possibilidade de distribuição dos recursos de forma subjetiva e concentrada, possibilitando, inclusive, a manutenção do status quo de liderança política dentro dos partidos. Sem critérios objetivos de distribuição de recursos, estes podem ser direcionados para única campanha eleitoral ou para as maiores campanhas eleitorais, possibilitando a concentração

4 Lei nº 13.587/2018.

dos recursos de forma absolutamente desigual.

O Projeto de Lei nº 8.703/2017, do Senado Federal, previa critérios específicos de distribuição desses recursos. Veja-se:

[...] § 8º Os critérios de que trata o § 7º discriminarão a forma de distribuição dos recursos entre as candidaturas do partido, inclusive, nas eleições majoritárias, em coligação, assegurando-se uma parcela mínima de trinta por cento a ser distribuída, de modo igualitário, entre os candidatos do partido ao mesmo cargo, na mesma circunscrição.

§ 9º Não sendo aprovados os critérios de que tratam os §§ 7º e 8º até o último dia útil do mês de junho do ano eleitoral, a distribuição dos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha, no âmbito de cada partido político, ocorrerá da seguinte forma:

I – 50% (cinquenta por cento) do total serão destinados às campanhas para os cargos de Presidente, Governador e Senador;

II – 30% (trinta por cento) do total serão destinados às campanhas para o cargo de Deputado Federal;

III – 20% (vinte por cento) do total serão destinados às campanhas para os cargos de Deputado Estadual e Distrital.

§ 10. Para as eleições municipais, não havendo a aprovação dos critérios de que tratam os §§ 7º e 8º, os recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha serão distribuídos da seguinte forma:

I – 60% (sessenta por cento) do total serão destinados às campanhas para o cargo de Prefeito;

II – 40% (quarenta por cento) do total serão destinados às campanhas para o cargo de Vereador.

A reforma eleitoral aprovada, contudo, retirou-os do texto legal.

Por outro vértice, reforçando o argumento de temporalidade restrita de aplicação do Fundo Especial de Financiamento de Campanha, não há saldo do referido fundo de campanha a permanecer sob a guarda dos partidos políticos, diferentemente do que ocorre com os recursos do Fundo Partidário, que retornam aos partidos políticos para aplicação a seu critério.

Os valores não utilizados do Fundo Especial de Financiamento de Campanha devem ser devolvidos integralmente ao Tesouro nacional já por ocasião da prestação de contas partidária. E a obrigação incumbe a cada prestador de contas que for beneficiário dos referidos recursos.

É o que dispõe a Resolução TSE nº 23.553/2017, em seu art. 53, § 5º:

Art. 53 [...] § 5º Os valores do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) eventualmente não utilizados não constituem sobras de campanha e devem ser recolhidos ao Tesouro Nacional integralmente por meio de Guia de Recolhimento da União (GRU) no momento da prestação de contas.

O art. 16-D da Lei das Eleições, também introduzido pela reforma eleitoral de 2017, operada pela Lei nº 13.488/2017, estabelece os mecanismos de distribuição desses recursos entre os partidos políticos. Veja-se:

Art. 16-D. Os recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), para o primeiro turno das eleições, serão distribuídos entre os partidos políticos, obedecidos os seguintes critérios:

I - 2% (dois por cento), divididos igualmente entre

todos os partidos com estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral;

II - 35% (trinta e cinco por cento), divididos entre os partidos que tenham pelo menos um representante na Câmara dos Deputados, na proporção do percentual de votos por eles obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados;

III - 48% (quarenta e oito por cento), divididos entre os partidos, na proporção do número de representantes na Câmara dos Deputados, consideradas as legendas dos titulares;

IV - 15% (quinze por cento), divididos entre os partidos, na proporção do número de representantes no Senado Federal, consideradas as legendas dos titulares.

§ 1º (VETADO).

§ 2º Para que o candidato tenha acesso aos recursos do Fundo a que se refere este artigo, deverá fazer requerimento por escrito ao órgão partidário respectivo.

Em preliminar, a Lei estabelece percentual de distribuição igualitária a todos os partidos registrados no Tribunal Superior Eleitoral, na ordem de 2% do total dos valores.

Ato contínuo, a reforma eleitoral cria critérios diferenciados para distribuição do fundo, considerando a participação na Câmara dos Deputados. No inciso II, prevê a distribuição de 35% desses recursos aos partidos que tenham pelo menos um deputado federal eleito, distribuindo os recursos na proporção do percentual de votos obtidos na última eleição. O critério para distribuição, nesta hipótese, é o número de votos alcançados, o que privilegia os partidos políticos que possuem maior número de deputados federais eleitos, pois o número de votos obtidos pelo partido será maior e, portanto, também a representação proporcional desses votos em relação ao total.

O inciso III, por sua vez, prevê a distribuição de 48% desses

recursos também considerando a participação partidária na Câmara dos Deputados, mas agora considera apenas o número de representantes, ou seja, de deputados federais eleitos. Na prática, a distribuição continua a privilegiar os partidos políticos que possuem maior número de candidatos eleitos.

Por fim, a distribuição de 15% dos valores do fundo considera a proporção do número de representantes no Senado Federal, o que, de igual forma, privilegia os partidos políticos que possuem maior número de senadores eleitos. Considerando-se os critérios legais estabelecidos, os recursos do novo fundo estarão concentrados nos partidos políticos de maior porte.

E a mesma Lei nº 13.488/2017 estabelece, em seu art. 4º:

Art. 4º Em 2018, para fins do disposto nos incisos III e IV do caput do art. 16-D da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, a distribuição dos recursos entre os partidos terá por base o número de representantes titulares na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, apurado em 28 de agosto de 2017 e, nas eleições subsequentes, apurado no último dia da sessão legislativa imediatamente anterior ao ano eleitoral.

O dispositivo prevê que, para as eleições de 2018, a distribuição de parcela dos recursos do Fundo de Financiamento de Campanhas Eleitorais (incisos III e IV) considera, para o atendimento dessas regras legais (inciso III prevê a distribuição de 48% desses recursos considerando a participação partidária na Câmara dos Deputados, ou seja, o número de deputados federais eleitos; já o inciso IV prevê que a distribuição de 15% dos valores do fundo considere a proporção do número de representantes no Senado Federal) o número apurado de representantes no dia 28.8.2017. Para as eleições subsequentes, o número apurado no último dia da sessão legislativa anterior ao ano eleitoral.

E aqui também o Fundo Especial de Financiamento de Campanha diferencia-se do Fundo Partidário. É que este último considera como parâmetros para distribuição entre os partidos políticos tão somente a participação partidária na Câmara dos Deputados, consoante estabelece a Lei nº. 9.096/1995, *in verbis*:

Art. 41-A. Do total do Fundo Partidário: (Redação dada pela Lei nº 12.875, de 2013)

I - 5% (cinco por cento) serão destacados para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que atendam aos requisitos constitucionais de acesso aos recursos do Fundo Partidário; e (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015).

II - 95% (noventa e cinco por cento) serão distribuídos aos partidos na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados. (Incluído pela Lei nº 12.875, de 2013).

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária em quaisquer hipóteses. (Redação dada pela Lei nº 13.107, de 2015).

E, frise-se, ainda assim, a participação na Câmara dos Deputados como critério para distribuição dos recursos do Fundo Partidário foi objeto da ADI nº 5.105, que mereceu acolhimento pelo Supremo Tribunal Federal, para declarar inconstitucional a regra.

A distribuição dos recursos do fundo, por sua vez, não é automática aos candidatos e depende de requerimento ao órgão partidário respectivo. Também aqui, se não há fixação legal de critérios objetivos para distribuição dos recursos entre as candidaturas, também não há procedimentos estabelecidos para observância pelos partidos demandados após a requisição dos valores.

O teor da norma induz ao raciocínio de que a matéria ficará ao

talante exclusivamente do órgão partidário, quer no que diz respeito ao mérito da requisição, que na verdade traduz uma solicitação de recursos, sem o caráter impositivo do termo “requisição”, quer no que diz respeito aos prazos de distribuição dos valores ou mesmo de eventual estabelecimento de prioridades em razão da solicitação de recursos por número elevado de candidaturas.

Avizinha-se uma série de demandas judiciais em torno da concessão ou não dos recursos às candidaturas, inclusive na seara da eventual desfiliação de candidatos, em razão de preterição de acesso aos valores do Fundo Especial de Financiamento de Campanha.

Ainda a respeito da distribuição dos recursos públicos nas campanhas eleitorais, é importantíssimo trazer à lume o que decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADI nº 5.617, no que toca à distribuição de recursos em campanhas eleitorais e, mais especificamente, sobre os recursos do Fundo Partidário, *litteris*:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta para: i) declarar a inconstitucionalidade da expressão “três”, contida no art. 9º da Lei nº 13.165/2015, eliminando o limite temporal até agora fixado; ii) dar interpretação conforme à Constituição ao art. 9º da Lei nº 13.165/2015 de modo a (a) equiparar o patamar legal mínimo de candidaturas femininas (hoje o do art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997, isto é, ao menos 30% de cidadãs), ao mínimo de recursos do Fundo Partidário a lhes serem destinados, que deve ser interpretado como também de 30% do montante do Fundo alocado a cada partido, para as eleições majoritárias e proporcionais, e (b) fixar que, havendo percentual mais elevado de candidaturas femininas, **o mínimo de recursos globais do partido destinados a campanhas lhe seja alocado na mesma proporção**; iii) declarar a inconstitu-

cionalidade, por arrastamento, do § 5º-A e do § 7º do art. 44 da Lei nº 9.096/1995. Vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes, por terem julgado parcialmente procedente a ação, e o Ministro Ricardo Lewandowski, por tê-la julgado procedente em maior extensão. Falaram: pela Procuradoria Geral da República – PGR, o Dr. Luciano Mariz Maia, Vice-Procurador-Geral da República; pelo amicus curiae Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político – ABRADep, a Dra. Polianna Pereira dos Santos; e, pelo amicus curiae Cidadania Estudo Pesquisa Informação e Ação – CEPIA, a Dra. Lígia Fabris Campos. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 15.3.2018 (grifo do autor).

A questão reveste-se de singular importância porque, justamente em razão do julgamento proferido, tramita no Tribunal Superior Eleitoral consulta⁵ formulada por um grupo de parlamentares, sendo relatora a Ministra Rosa Weber, que indaga sobre a aplicação do mesmo entendimento também ao Fundo Especial de Financiamento de Campanha.

A consulta indaga, a respeito da matéria da distribuição do Fundo Especial de Financiamento de Campanha, especificamente, se:

- a) Aplica-se a decisão do STF que conferiu interpretação conforme à Constituição, proferida na ADI nº 5617, para a distribuição do Fundo Especial de Financiamento de Campanha, previsto nos artigos 16-C e 16-D, da Lei das Eleições, devendo-se equiparar o mínimo

5 Processo nº 060025218.2018.6000000.

de recursos destinado a cada partido, ao patamar legal mínimo de 30% de candidaturas femininas, nos termos do artigo 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97?

b) Havendo percentual mais elevado do que 30% de candidaturas femininas, o mínimo de recursos globais do partido, destinado às respectivas campanhas, deve ser na mesma proporção?

Em que pese a questão aventada na ADI nº 5.617 abordar com minúcia a aplicação dos recursos do Fundo Partidário na proporção das candidaturas femininas registradas no pleito, *in fine*, a mesma decisão conclui no sentido de que “o mínimo de **recursos globais** do partido destinados a campanhas lhe seja alocado na mesma proporção”.

A assertiva pode conduzir à fixação de critério específico para distribuição de recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha, determinando que seja observada a paridade percentual na aplicação de recursos para financiamento de campanhas de candidatas. E mais, pode alcançar a integralidade dos recursos aplicados em campanha pelo partido político e não apenas os fundos públicos.

E aqui caberia uma discussão mais aprofundada sobre a aplicação de recursos públicos proporcionalmente às vagas minoritárias de gênero e sua definição, *a priori*, de que a minoria de gênero é a feminina, em um contexto em que os gêneros tendem à definição legal não mais concentrada em feminino e masculino e que as circunstâncias fáticas de dominância de um e outro podem ser alteradas pelo tempo e pela maturidade política do país. Mas essa, certamente, é uma discussão que deve ser enfrentada em outro estudo.

5 Considerações finais

No processo eleitoral brasileiro, os partidos políticos são os atores essenciais à consolidação da democracia representativa. No

contexto do financiamento de campanhas eleitorais em que há maciço aporte de recursos públicos, são eles determinantes para propiciar ou não as condições materiais à eleição dos candidatos que se lançam ao pleito.

Hodiernamente, as matrizes de financiamento das campanhas eleitorais no Brasil revelam um modelo misto de financiamento de campanhas eleitorais, em que se consolida, ano a ano, a tendência à larga ampliação da participação de recursos públicos, motivada pelo fim das doações empresariais. Consolida-se a criação e ampliação dos instrumentos de financiamento público, de que fazem prova tanto a instituição do Fundo Especial de Financiamento de Campanha quanto a majoração dos recursos do Fundo Partidário disponibilizados aos partidos políticos a cada ano.

Contudo, a mera ampliação de recursos públicos no financiamento de campanhas eleitorais não possui o condão de atuar como elemento de fortalecimento da democracia representativa. Pelo contrário: mais importante do que prover recursos é estabelecer critérios sólidos e objetivos de sua aplicação, hábeis a proporcionar condições equânimes de participação política.

A ausência de critérios objetivos de distribuição dos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha é elemento destabilizador do regime democrático e óbice claro aos seus propósitos fundamentais de viabilizar com efetividade a participação de todos no processo eleitoral que busca a outorga do poder político.

O modelo do financiamento das campanhas eleitorais no país encontra-se em clara transição, com a visível ampliação da participação pública em relação aos recursos privados oriundos de doações de pessoas físicas, demonstrando o descompasso entre a evidente crise política e das instituições e a efetiva participação popular no financiamento eleitoral.

Se as doações de pessoas físicas nas últimas eleições não foram suficientes ao suprimento da sentida lacuna que o financiamento empresarial deixou, é preciso perceber que os recursos do Fundo

Especial de Financiamento de Campanha, sendo exclusivamente públicos, são recursos de propriedade comum. E assim deve ser sua distribuição, para que a finalidade de sua própria origem seja consentânea com os resultados de sua aplicação.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000. 717 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. 503 p.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Teoria do Estado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1969. 468 p.

DUVERGER, Maurice. **Os partidos políticos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987. 465 p.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. 254 p.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2017. 914 p.

KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 1993. 329 p.

MEZZAROBA, Orides. **Partidos políticos**. Curitiba: Juruá, 2005. 192 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. 871 p.

PROPAGANDA ELEITORAL NA INTERNET: LIMITES DO PODER DE POLÍCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL

Rodrigo Rodrigues Del Papa¹

RESUMO

Pretende-se analisar neste os limites do poder de polícia da Justiça Eleitoral na fiscalização da Propaganda Eleitoral, frente ao livre acesso à informação, uma vez que os abusos devem ser combatidos, com o cuidado para que este poder de polícia não se torne um cerceamento a informações que são base para a tomada de decisão do eleitor. Será analisado o choque de direitos fundamentais do livre e irrestrito acesso a informações, com o combate aos abusos do poder midiático, situação que pode trazer desequilíbrio ao pleito eleitoral. Será ainda exposta e analisada a posição doutrinária e jurisprudencial sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE:

1. Liberdade de expressão
2. Internet
3. Direitos fundamentais
4. Poder de polícia
5. Propaganda eleitoral

¹ Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso, e professor de Filosofia, Filosofia do Direito, Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional no curso de Direito da Faculdade de Ciências Sociais de Guarantã do Norte/MT. / Bacharel em Direito, pela UNIVALE – Universidade Vale do Rio Doce/MG, Pós-graduado em Ciências Criminais pela UNIBH – Universidade de Belo Horizonte, Pós-graduado em Direito Eleitoral pelo IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público, cursando Doutorado em Direito Constitucional pela Universidade de Buenos Aires.

1 Introdução

O desenvolvimento contínuo dos meios de comunicação, as inovações tecnológicas, a informatização e digitalização dos bancos de dados e a crescente onda de disseminação das redes sociais transformaram a sociedade.

Em especial as notícias, e as informações sobre pessoas de vida pública ganham um *status* de importância e divulgação nunca imaginado; a “*Era da Informação*” talvez tenha condenado à morte a privacidade das pessoas que se aventuram na vida pública.

A produção de conteúdo hoje é imensamente maior em volume e disseminada através de inúmeros meios, o que permite um maior e muito mais rápido acesso à informação. Por conseguinte, o alcance de uma informação é imensurável, e os resultados ou as consequências dessa divulgação muitas vezes podem ser inimigáveis.

Diante dessa nova realidade, algumas reflexões são necessárias: até que ponto a Justiça Eleitoral deve e pode intervir nesta crescente divulgação de informações, que tem o poder de influenciar a decisão do eleitor, sem que essa intervenção caracterize uma censura? É possível que essa intervenção da polícia eleitoral acabe por ocultar informações de determinados candidatos, induzindo o eleitor a erro por faltar-lhe dados importantes que influenciariam a sua escolha?

O direito de livre acesso à informação, à liberdade de imprensa, e a livre expressão são características fundamentais de uma sociedade democrática. Por outro lado, o poder de Polícia Administrativa na fiscalização da Propaganda Eleitoral visa coibir abusos que poderiam causar desequilíbrio ao pleito.

A aparente contradição entre o direito de ter acesso à maior quantidade possível de informações importantes para o livre exercício do voto e o Poder de Polícia administrativa da Justiça Eleitoral que visa coibir os abusos que podem causar desequilíbrio no pleito é o que será aqui abordado.

O limiar entre a atuação do Poder de Polícia e o direito de acesso à maior quantidade de possível de informações sobre os candidatos, suas plataformas e projetos é um campo minado, que deve ser pisado com devida cautela, sob pena de que qualquer deslize possa causar um estrago sem tamanhos, seja em direitos fundamentais da sociedade, seja na lisura do Pleito eleitoral.

2 Os princípios e formas de propaganda no direito eleitoral

2.1 Princípios

Antes de adentrar especificamente nos princípios que regem a Propaganda Eleitoral, faz-se necessário, inicialmente, conceituar o termo propaganda.

A propaganda, é uma parte do *marketing*, trata-se de uma forma de comunicação que visa influenciar, propagar, promover determinado produto ou serviço, ao revés da informação pura, ou relato de um determinado fato.

A propaganda, apesar de ter compromisso com a verdade, trata a informação com intenção de influenciar o público-alvo daquela peça publicitária, ao revés da notícia jornalística, que deve trazer em sua essência uma função meramente informativa, a propaganda por sua vez, se utiliza da comunicação como forma de influência, buscando convencimento, tentando assim arrematar potenciais consumidores ou divulgar uma ideia, produto ou serviço, ou qualquer outro tema transmitido através da mensagem transmitida.

Nota-se que existe, portanto, uma importante diferenciação entre a propaganda e a informação jornalística pura, uma vez que a propaganda se utiliza do canal de comunicação manipulando uma informação de forma parcial, com intenção de convencimento, intenção que não deve permear a comunicação jornalística.

Demonstrando este condão de manipulação de fatos, buscando um convencimento, ou mesmo uma consolidação de práticas ou ide-

ais, o professor Marcos Ramayana (2010, p. 798-799) em sua obra *Direito Eleitoral*, cita a propaganda dos tiranos que através de discursos demagógicos e embelezamento das cidades sempre despertam um sentimento de orgulho popular e causam atitudes de impacto, ou ainda durante o período da “santa inquisição” em que a publicidade dos castigos conferia a esta prática um caráter de verdade religiosa.

O autor ainda destaca o surgimento de fatores importantes da propaganda política ideológica, que são utilizados até hoje, como o *slogan*, símbolos, imagens, cores entre outros signos e aspectos de publicidade e propaganda que são largamente utilizados também na propaganda eleitoral.

Dessa forma, a propaganda traz em sua gênese uma forma de comunicação tendenciosa, não se tratando de pura e simples informação de fato, com a intenção de propagação de acontecimentos e ou registro histórico.

Na Propaganda Político/Eleitoral não seria diferente, existe também uma manipulação de fatos, dados e informações com a clara intenção de influenciar o eleitor, seja na intenção de angariar votos para determinado candidato ou partido, seja com o fito de atacar as plataformas do adversário.

Barros (2010, p. 437-438) afirma que: "a propaganda política é um conjunto de técnicas empregadas para suggestionar pessoas na tomada de decisão".

Percebe-se que a doutrina em sua grande maioria corrobora a tese de que a propaganda eleitoral é uma forma de suggestionar pessoas e criar influência em sua tomada de decisão.

O professor, Roberto Moreira de Almeida (2011, p. 303) em sua obra *Curso de Direito Eleitoral* cita diversos doutrinadores: "De acordo com Fávila: Ribeiro, 'propaganda é um conjunto de técnicas empregadas para suggestionar pessoas na tomada de decisão' e continua com a lição de Armando Antônio Sobreiro Neto, “a expressão ‘propaganda política’ é empregada para significar, em síntese, todas as formas permitidas em lei, de realização de meios publicitários

tendentes à obtenção de simpatizantes ao ideário partidário ou à obtenção de votos”.

Entretanto, como bem assevera o Professor José Jairo Gomes (2016): "Nem tudo é permitido na propaganda política" Na verdade, a propaganda eleitoral se submete a um sistema rígido composto por uma legislação e regulamentação administrativa da Justiça Eleitoral, a qual ainda exerce funções fiscalizatória e jurisdicional.

Ainda no esteio do estudo e divisão sistêmica proposta pelo professor, na obra acima citada, o doutrinador cita os Princípios aos quais estaria submetida a Propaganda Política que seriam: “Legalidade, Liberdade, Liberdade de Expressão ou Comunicação, Liberdade de Informação, Veracidade, Igualdade ou Isonomia, Responsabilidade, Controle judicial”

Em especial colaciono abaixo a definição proposta pelo professor José Jairo Gomes (2016), referentes aos princípios que mais tangenciam o tema ora proposto:

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

Bem, por isso, prescreve o artigo 5º, IV, da Lei Maior, ser “livre a manifestação do pensamento”. Já o artigo 220 assegura que: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.” O § 2º desse dispositivo veda “toda e qualquer censura de na-

tureza política, ideológica e artística”.

Note-se, todavia, que a liberdade em apreço não apresenta caráter absoluto. Em certas situações, admite-se sua limitação. Mas isso só é concebível em casos de evidente e reconhecida gravidade, de modo que não se imponha à sociedade mal maior que o bem perseguido. Deve haver sempre a ponderação dos interesses e valores em jogo. A lei censura e. g., a comunicação de guerra, que incite a prática de atentados contra pessoas e bens, que calunie pessoas (CE, art. 243).

Liberdade de informação – os cidadãos têm direito a receber todas as informações – positivas ou negativas – acerca do candidato, de sorte que possam formular juízo seguro a respeito de sua pessoa, das ideias e do programa que representa. Conforme aludido, o direito à privacidade, ao segredo e à intimidade sofre acentuada redução nesse terreno.

Veracidade – os fatos e informações veiculados devem corresponder à verdade. Reflexo desse princípio é a proibição de utilização de imagens ou cenas incorretas ou incompletas, efeitos ou quaisquer outros recursos que distorçam ou falseiem os fatos ou sua comunicação, bem como degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação (LOPP, art. 45, § 1º, III; LE, art. 45, II). Demais, o artigo 323 do Código Eleitoral tipifica como criminosa a conduta de “divulgar, na propaganda, fatos que se sabe inverídicos, em relação a partidos ou candidatos e capazes de exercerem influência perante o eleitorado”.

Controle judicial – a propaganda submete-se ao controle da Justiça Eleitoral, ao qual é atribuído poder de polícia para controlá-la e coibir abusos. Daí a possibilidade de o juiz eleitoral agir *ex officio*, determinando,

por exemplo, que cesse ou que seja retirada propaganda que infrinja as regras pertinentes.

Verifica-se, portanto, que o princípio da Liberdade de Informação apregoa que o eleitor deve estar munido de todas as informações acerca dos candidatos, sejam elas positivas ou negativas, uma vez que serão estas informações que irão lhe servir de fundamentação para o voto.

Considerando-se o exercício do voto livre e consciente como uma expressão máxima do exercício da cidadania, o eleitor deve realmente ter acesso ao máximo de informações acerca dos sujeitos envolvidos na disputa eleitoral, para que esta importante decisão seja tomada com bases fortes e robustas, e não através de informações manipuladas pelo *Marketing Eleitoral*, e pela propaganda ideológica.

Todavia, aqui não se deve levar em conta tão somente a quantidade de informações disponíveis, mas também a qualidade dessas informações. A veracidade dessas informações deve sempre ser comprovada, ou poderá ser motivo de comprovação em um necessário Controle Judicial, demonstrando-se a necessidade de uma via de controle, ou mesmo fiscalização para que os abusos sejam sempre combatidos, uma vez que podem causar um desequilíbrio na disputa eleitoral.

Portanto, nota-se que a propaganda no direito eleitoral é de suma importância, e interfere diretamente no direito de sufrágio, pois, trata-se de ferramenta de convencimento e captação de votos aos candidatos e de afiliados ou simpatizantes às causas e ideologias partidárias.

2.2 Formas de propaganda eleitoral

Aqui tem-se que ater à questão de diferenciar em primeira análise os tipos de propaganda admitida no Direito Eleitoral. O profes-

sor Frederico Franco Alvim (2014, p. 279) conceitua a propaganda política como gênero, do qual faz parte as espécies: “propaganda eleitoral”; “propaganda intrapartidária” e “propaganda partidária”.

Esta mesma conceituação de formas de propaganda é utilizada pelo professor Marcos Ramayana (2010, p. 798-799), e pelo professor Rodrigo López Zílio, (2014, p. 292-300).

A Propaganda Política Partidária e a Propaganda Intrapartidária são aquelas que buscam divulgar as ideologias e programas de trabalho dos partidos políticos, transmitir mensagens aos afiliados e simpatizantes, e ainda arregimentar novos afiliados. Essas espécies não serão tema de análise neste trabalho.

Já a Propaganda Política Eleitoral, ou Propaganda Eleitoral é aquela que tem a finalidade de divulgar ideias dos pretensos candidatos, bem como um possível programa de governo ou projetos. Trata-se aqui da oportunidade ofertada pela legislação para que o candidato exerça seu convencimento perante o eleitorado.

2.2.1 Propaganda Política Eleitoral Ou Propaganda Eleitoral

Considerada como a propaganda que tem por finalidade a divulgação de ideias, projetos e programas de governo dos candidatos envolvidos na disputa pelo pleito eleitoral.

Segundo a doutrina ora analisada na confecção do presente, a Propaganda Eleitoral é uma das mais importantes fases do Processo Eleitoral, pois, se trata do meio pelo qual o candidato dispõe de alcançar e conquistar seu eleitorado. É através desta que o candidato vai trazer a público seus projetos e programas de governo, suas ideologias e sua forma de atuação, fazendo com que os eleitores o identifiquem com seus anseios.

O Professor Rodrigo López Zílio (2014, p. 292), na sua obra *Direito Eleitoral* prescreve: "A propaganda eleitoral consiste na força motriz de todo processo eleitoral, na medida em que é o método de maior aproximação entre o candidato e seu público-alvo (eleitor)".

Expressa, portanto, nas palavras do doutrinador a importância da Propaganda Eleitoral. Ideia que é corroborada por vários outros autores, como o já citado Ramayana (2010, p. 799), que entende ser esta a oportunidade que a legislação confere ao candidato para comunicar-se com seu potencial eleitorado.

A Propaganda Eleitoral é corolário do pluralismo político, e trata-se de estímulo ao exercício da democracia, fomentando o debate político e proporcionando conflito positivo de ideias e projetos políticos. Tudo isto de forma a conferir ao eleitorado uma ampla visão dos concorrentes, fazendo assim com que estes possam ter argumentos e fundamentos para que escolham de maneira livre e consciente aquele projeto de governo que mais se adeque a seus anseios.

Dessa forma, nota-se a necessidade da maior amplitude possível desta modalidade de propaganda – específica para os pleitos eleitorais. Entretanto, como anteriormente afirmado, não se trata aqui de simples quantidade de informação, mas também de qualidade desta informação.

Há que se verificar sempre que se fizer necessária a veracidade das fontes e principalmente dos fatos, buscando sempre filtrar as manipulações de fito publicitário.

Por esse motivo a Propaganda Eleitoral é regulamentada por uma rígida legislação eleitoral, e ainda traz a possibilidade de atuação de forma fiscalizatória da Justiça Eleitoral, fazendo com que esta assumira uma função puramente administrativa, que tem o condão de imediatamente fazer cessar abusos que poderiam causar um desequilíbrio na disputa.

Ademais, frise-se a importância de manter uma regulamentação atualizada, uma vez que os meios de comunicação sofreram uma mudança inquestionável nos últimos anos, e a dinâmica da comunicação social é muito rápida e suscetível a mudanças e transformações.

3 A liberdade de expressão e a propaganda eleitoral

A legislação pátria confere um amplo e aparente irrestrito direito à propaganda eleitoral conforme se apura da leitura do art. 248 do Código Eleitoral, que prescreve: "Ninguém poderá impedir a propaganda eleitoral, nem inutilizar, alterar ou perturbar os meios lícitos nela empregados".

A citada legislação ainda prevê crimes para quem tentar cercear ou impedir este acesso, tais tipos penais estão transcritos nos artigos 331 e 332 do citado Código:

Art. 331. Inutilizar, alterar ou perturbar meio de propaganda devidamente empregado:

Pena – detenção até seis meses ou pagamento de 90 a 120 dias-multa.

Art. 332. Impedir o exercício de propaganda:

Pena – detenção até seis meses e pagamento de 30 a 60 dias-multa.

Percebe-se portanto que o legislador teve a intenção de não só incentivar, mas proteger o livre exercício da propaganda eleitoral, que pela doutrina é entendido como uma das mais importantes fases do processo eleitoral.

Ademais, a nossa constituição traz em seu art. 5º, que trata de garantias individuais inúmeros princípios que visam garantir a liberdade de expressão, para citar alguns:

Art. 5º

[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e

resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

A democracia só existe realmente quando os cidadãos podem participar com ampla liberdade e igualdade na formação da consciência coletiva da Nação. E esta participação deve ser norteada por decisões tomadas com base no maior número de informações possíveis e na discussão de ideias e pontos de vista diferentes sobre a vontade popular.

Uma vez aceita a diversidade e pluralidade de pontos de vista como corolário de uma Nação verdadeiramente democrática, há que se permitir o amplo debate e garantir essa efetiva participação do maior número possível de pensamentos, filosofias e ideologias para que se busque a formação de um governo que realmente espelhe a vontade popular.

Dessa forma, deve-se garantir, portanto, a possibilidade de que cada qual exerça seu direito de convencimento, buscando defender sua própria ideologia ou projeto de governo, cabendo neste caso ao Estado, regulamentar, fiscalizar e proporcionar a efetiva participação de todos e o livre acesso a todas as informações possíveis.

Neste ponto, comentando o art. 5º supracitado, Daniel Sarmiento et al. (2013 *apud* CANOTILHO, 2013) na obra Comentários à Constituição, coordenada pelo professor Canotilho leciona:

O ideário democrático norteia-se pela busca do autogoverno popular, que ocorre quando os cidadãos podem participar com liberdade e igualdade na formação da vontade coletiva. Para que esta participação seja efetiva e consciente, as pessoas devem ter amplo acesso a informações e a pontos de vista diversificados sobre temas de interesse público, a fim de que possam formar as suas próprias opiniões. Ademais, elas devem ter a possibilidade de tentar influenciar, com suas ideias,

os pensamentos dos seus concidadãos. Por isso, a realização da democracia pressupõe um espaço público aberto, plural e dinâmico, onde haja o livre confronto de ideias, o que só é possível mediante a garantia da liberdade de expressão.

Além disso, o debate público é o mecanismo mais apto para que prevaleçam na sociedade as melhores ideias. Diante do pluralismo social, não há outra saída senão a discussão pública aberta para permitir a tomada das decisões mais adequadas em cada contexto. Daí a associação entre liberdade de expressão e busca da verdade, tematizada por Stuart Mill [6] e bem sintetizada nas palavras do juiz norte-americano Oliver Wendell Holmes, de que “o melhor teste para a verdade é o poder do pensamento de se fazer aceito na competição do mercado” [7].

A liberdade de expressão, o amplo acesso às informações, e o fomento do debate político-ideológico, são fundamentais à democracia.

Nota-se que a legislação eleitoral ao regulamentar a propaganda eleitoral, baseia-se na liberdade de expressão e busca promover a ampla e irrestrita liberdade de divulgação da propaganda eleitoral, todavia, nota-se que o legislador mais uma vez impõe responsabilização ao agente no caso de abuso, bem como a atuação fiscalizatória da Justiça Eleitoral através do Poder de Polícia conforme tratado-acima.

Nesse sentido Almeida (2011, p. 305) em sua obra Curso de Direito Eleitoral diz o seguinte:

Embora livre, há possibilidade de se buscar a responsabilização, civil, penal e até administrativa pelos ilícitos, abusos e excessos cometidos na propaganda eleitoral.

A lei eleitoral, a propósito, prevê direito de resposta e cominação de penalidades administrativas e penais aos infratores, sem prejuízo da reparação dos danos morais e materiais dela decorrentes.

Portanto, apesar da liberdade extremada da propaganda eleitoral, prevê a legislação regras de exercício desta liberdade, impondo sanção aos infratores.

Contudo, nota-se a preocupação do legislador em possibilitar a punição e responsabilização dos infratores em caso de abusos, assegurando ainda assim o livre acesso à informação.

Com a finalidade de evitar abusos e de responsabilizar aqueles que infringem as normatizações referentes à propaganda eleitoral, a Justiça Eleitoral, assume funções de fiscalização e punição exercida pelo Poder de Polícia que em suma busca impedir abusos para evitar a disparidade na disputa eleitoral.

4 Poder de polícia da Justiça Eleitoral

A Justiça eleitoral possui peculiaridades em relação aos demais ramos do Judiciário, uma vez que assume diversas funções que a distinguem, como bem assevera o professor Rodrigo López Zílio (2014, p. 40) na sua Obra Direito Eleitoral:

[...] a Justiça Eleitoral apresenta funções múltiplas, não se restringindo a atividade-fim de prestar jurisdição, sendo reconhecida ainda a atribuição administrativa, normativa e consultiva.

Portanto, nota-se que a Justiça Eleitoral não se restringe única e exclusivamente à prestação jurisdicional, função primária do Poder Judiciário, com isso ultrapassa a clássica divisão de poderes de Montesquieu, ao assumir funções estranhas ao clássico Poder Judiciário.

Considerando a função administrativa, que interessa ao presente estudo, diz respeito à função de organizar e administrar a realização de todo o processo eleitoral, aqui entendido desde o cadastro de eleitores, à realização das eleições propriamente dita, passando pela organização dos partidos entre outras atividades de cunho expressamente administrativas.

Quanto à realização do processo eleitoral, tem-se ainda a presente necessidade de manter a higidez do pleito, em sua magnitude, o Poder de Polícia encontra-se encrustado neste contexto, estando contido na função administrativa, que de fato seria estranha ao judiciário, porém, legalmente destinada à Justiça Eleitoral pátria.

Assim, o Poder de Polícia é o instrumento utilizado para breçar imediatamente possíveis abusos que possam vir a ocasionar o desequilíbrio na disputa eleitoral.

O Poder de Polícia consiste na ação estatal que visa regular para evitar possíveis abusos no livre exercício de direitos.

Trata-se, portanto, da atuação do estado, com o fito de evitar que possíveis abusos dos direitos individuais venham a colidir com o bem-estar coletivo, impondo limites às liberdades individuais.

O Poder de Polícia é uma faculdade do Estado, um Poder/Dever que pode ditar regras para limitar e restringir o exercício de direitos individuais, conforme definição trazida pelo Código Tributário Nacional em seu artigo 78 que diz: “considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou obtenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, no exercício das atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do poder público, à tranquilidade pública ou o respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

Nota-se que o Poder de Polícia, em tese, trata-se de poder de coerção do Estado o qual visa proteger o interesse público, limitando ou ordenando o exercício de atividades do particular.

Emprestando o conceito administrativo do Poder de Polícia e aplicando-o à esfera de interesse eleitoral, pode-se definir que o Poder de Polícia exercido pela Justiça Eleitoral efetiva-se nas atividades que regulamentam e limitam a prática de atos ocorridos no processo eleitoral, em especial aqui, dos atos de propaganda eleitoral ocorridos durante a campanha.

Nesse ponto, o doutrinador Edson Resende de Castro (2014, p. 46) no livro Curso de Direito Eleitoral expõe:

Como a Justiça Eleitoral administra o processo eleitoral, seus Juízes têm o poder de polícia. No exercício desse poder-dever, eles atuam independentemente de provocação, sempre que isso for necessário para boa ordem dos trabalhos.

Cabe à Justiça Eleitoral no exercício do Poder de Polícia fazer cessar imediatamente qualquer ato que possa vir a provocar desordem nos trabalhos eleitorais e principalmente que possam importar em desequilíbrio na disputa eleitoral. Lembrando que no exercício desta função puramente administrativa não cabe aplicação de sanções ou pena, por não se tratar de exercício jurisdicional.

Neste teor a Súmula nº 18 do TSE que dispõe:

Conquanto investido no poder de polícia, não tem legitimidade o Juiz Eleitoral para, de ofício, instaurar procedimento com a finalidade de impor multa pela veiculação de propaganda eleitoral em desacordo com a Lei nº 9.504/97

Enfim, no exercício deste poder, de cunho eminentemente administrativo, no tocante à Propaganda Eleitoral, a atuação da Justiça Eleitoral deve ater-se a fazer cessar imediatamente ameaças reais ao

equilíbrio do processo eleitoral, entendendo esse como o interesse público defendido pelo poder de polícia.

5 Poder de polícia na propaganda eleitoral

Na seara da Justiça Eleitoral, o Poder de Polícia se manifesta principalmente no período do processo eleitoral, mais especificamente durante as campanhas eleitorais, e visa à retirada imediata de expedientes irregulares ou atos abusivos, em nome da regularidade do pleito e da paridade de armas.

Importante salientar que no exercício do poder de polícia o magistrado não se submete ao princípio da inércia, conforme disposto no art. 249 do Código Eleitoral e art. 41 da Lei nº 9.504/97 (Lei das eleições):

Art. 249. O direito de propaganda não importa restrição ao poder de polícia quando este deva ser exercido em benefício da ordem pública.

Art. 41. A propaganda exercida nos termos da legislação eleitoral não poderá ser objeto de multa nem cerceada sob alegação do exercício do poder de polícia ou de violação de postura municipal, casos em que se deve proceder na forma prevista no art. 40.

§ 1º O poder de polícia sobre a propaganda eleitoral será exercido pelos juízes eleitorais e pelos juízes designados pelos Tribunais Regionais Eleitorais.

§ 2º O poder de polícia se restringe às providências necessárias para inibir práticas ilegais, vedada a censura prévia sobre o teor dos programas a serem exibidos na televisão, no rádio ou na internet.

Nota-se que a titularidade do poder de polícia é do juiz eleitoral, que o exerce sempre na defesa do interesse público, consubstan-

ciado na tutela da normalidade das eleições e na paridade de armas.

O poder de polícia pode ser exercido ainda de duas formas, quais sejam:

- * Poder de Polícia Preventivo: visa o impedimento da veiculação da propaganda;
- * Poder de Polícia Repressivo: busca a cessação da medida e retirada da propaganda irregular ou abusiva.

No primeiro caso, deve o magistrado ser extremamente cuidadoso para não caracterizar uma censura prévia, conforme bem prescreve o professor Rodrigo López Zílio (2014, p. 329):

O poder de polícia preventivo deve ser exercido com extrema prudência, de modo a não configurar uma censura prévia e, ao fim, travestir-se em ato de abuso. Conforme estabelece o § 2º do art. 41 da LE, acrescentado pela Lei nº 12.034/09, “*o poder de polícia se restringe às providências necessárias para inibir práticas ilegais, vedadas a censura prévia sobre o teor de programas a serem exibidos na televisão, no rádio ou na internet*”. Desta feita, são raras as hipóteses de exercício do poder de polícia preventivo na esfera eleitoral, existindo ao menos uma regra tipificada (o art. 58, § 4º, da LE, que exige uma avaliação prévia do conteúdo do direito de resposta pela Justiça Eleitoral, a ser exercido na véspera do pleito, de modo a evitar tréplica).

No tocante ao aparente choque de princípios existente entre o Poder de Polícia e o direito de propaganda eleitoral, o Código Eleitoral prescreve: “O direito de propaganda não importa restrição ao poder de polícia quando este deva ser exercido em benefício da ordem pública.” (art. 249), complementando a problemática, no artigo 41 da Lei de Eleições (Lei nº 9.504/97) está escrito: “a propaganda

exercida nos termos da legislação eleitoral não poderá ser objeto de multa nem cerceada sob alegação do exercício do poder de polícia”. Apesar de aparente contradição entre os textos legais, entretanto trata-se de um estreitamento do poder de polícia, ou mesmo uma advertência para que este não seja utilizado como forma de censura ou restrição do amplo direito de liberdade de expressão.

Ademais, pode concluir-se que o legislador, apesar da técnica truncada, quer sempre garantir uma maior liberdade à propagação de ideias, projetos e discursos, visando ampliar o debate eleitoral, proporcionando ao eleitor um acesso irrestrito às informações referentes aos pretensos candidatos.

Fica claro que o poder de polícia observa severos limites, primeiramente posto como medida excepcional, não devendo nunca sobrepor às outras medidas cautelares que poderiam ser tomadas.

Outro limite imposto ao poder de polícia trata-se da vedação legal expressa de controle prévio do conteúdo dos programas a serem exibidos na propaganda eleitoral gratuita. Conforme preconiza a parte final do § 2º do art. 41 da Lei das Eleições:

Art. 41.

[...]

§ 2º O poder de polícia se restringe às providências necessárias para inibir práticas ilegais, vedada a censura prévia sobre o teor dos programas a serem exibidos na televisão, no rádio ou na internet.

Ainda analisando o teor do parágrafo acima citado, encontra-se outra importante limitação do poder de polícia da Justiça Eleitoral, qual seja, a necessidade da proporcionalidade entre a medida executada e a possível irregularidade cometida, assim sendo, deve o magistrado no uso de suas atribuições de polícia eleitoral, optar sempre por atos suficientes para fazer cessar a irregularidade, sem excessos.

Nesses termos vemos a lição do professor Frederico Alvim (2014, p. 483) em sua obra Curso de Direito Eleitoral:

Segue-se que na atividade de polícia eleitoral, deve o juiz limitar-se às providências necessárias, isto é, optar por meios “*moderados, proporcionais e adequados à restauração da ordem social, não sendo admitidos excessos*”. Com efeito, a atuação da polícia eleitoral apenas se legitima quando realizada dentro dos cânones legais, respeitados os direitos e prerrogativas dos atores políticos, reflexos das liberdades asseguradas na Constituição.

Por fim, conforme disposto na Súmula nº 18/TSE, ainda existe a limitação de que o magistrado fixe sanção pecuniária através do exercício da atividade de polícia eleitoral.

Súmula 18/TSE:

Conquanto investido de poder de polícia não tem legitimidade o juiz eleitoral para de ofício, instaurar procedimento com a finalidade de impor multa pela veiculação de propaganda eleitoral em desacordo com a Lei nº 9.504/97.

Dessa forma, fica explícito que tal poder fiscalizatório tem limites rígidos para sua atuação.

6 O poder de polícia e a propaganda eleitoral na internet

A popularização da internet modificou completamente as campanhas publicitárias e não seria diferente nas campanhas eleitorais que, pouco a pouco, a rede social tomou proporções inimagináveis, não podendo, portanto, este campo ficar alheio à regulamentação

eleitoral.

Gomes (2016) em sua obra *Direito Eleitoral* (disponível em versão digital) ao discorrer sobre o tema das novas tecnologias descreve:

A profunda influência que as novas tecnologias têm operado pode ser avaliada a partir da transformação da linguagem em virtude da popularização dos computadores, telefones celulares e internet. Nas comunicações pela internet muitas palavras foram reduzidas a abreviações, a acentuação, substituída por letras. Também se nota o largo emprego de neologismos, a exemplo de: deletar (= apagar), e-mail (= correio eletrônico), escanear (= fazer cópia digital), *site* (= sítio eletrônico), *printar* (= imprimir).

No campo político-eleitoral, as mudanças também já se fazem sentir. Deter informações relevantes e controlar instrumentos e meios de comunicação sempre significou gozar de importante influência no processo político-decisório. Ao promover a descentralização de tais instrumentos, as novas tecnologias de comunicação subverteram a lógica da velha ordem. Por isso, um debate recorrente na atualidade diz respeito às relações entre a política e o papel social dessas novas tecnologias.

Se os tradicionais meios de comunicação como a imprensa e os telejornais são centralizados e unidirecionais, caracteriza-se a internet por ser um ambiente democrático, interativo, descentralizado. Nela, a comunicação é difusa, ocorrendo instantaneamente entre milhares de pessoas. O novo ambiente propicia uma efetiva interação dos receptores, que deixam de ser passivos diante da informação. Além disso, novas personagens ganham vez e voz, introduzindo no debate pensamen-

tos e realidades, antes relegados ao desprezo, pois era restrito o acesso aos instrumentos comunicacionais. É comum nos “jornais digitais” a realização de enquetes, bem como a existência de espaço para que o leitor comente a notícia, externando sua opinião; também poderá reenviá-la a outros usuários da rede; ademais, o fenômeno dos *blogs* tem transformado internautas em escritores.

Entretanto, alguns entraves acabam por dificultar e às vezes impossibilitar um controle mais efetivo, devido à rápida propagação e o alcance intangível de divulgação da internet e das redes sociais.

Atualmente a legislação eleitoral flexibilizou a regulamentação referente à propaganda eleitoral na internet, pois, entendeu necessário uma vez que o uso das mídias eletrônicas e das redes sociais está enraizado de vez na sociedade e seu tratamento deve ser diferenciado em relação às outras formas tradicionais de propaganda.

Alguns operadores do direito eleitoral inclusive entendem que as recentes mudanças trouxeram uma possibilidade de campanha eleitoral permanente.

Neste tema o TSE já entende que o candidato, ou pretenso candidato, pode manter permanentemente sua *home-page* no ar fora do período de campanha eleitoral não caracterizando assim propaganda extemporânea uma vez que o acesso a este sítio depende de intenção do eleitor, e não de forma imperativa como a propaganda tradicional.

Recurso Especial Eleitoral nº 18815, Acórdão de, Relator(a) Min. Walter Ramos Da Costa Porto, Publicação: DJ – Diário de justiça, Volume 1, Data 17/05/2002, Página 146
PROPAGANDA ELEITORAL. *HOME PAGE*. Não caracteriza propaganda eleitoral a manutenção de *home-*

page na internet. O acesso a eventual mensagem que nela se contenha não se impõe por si só, mas depende de ato de vontade do internauta.

O tribunal vem firmando entendimento de que somente se caracteriza a propaganda quando o eleitor é abordado inadvertidamente pela peça publicitária, ou seja, quando este procura se informar, ou busca a informação sobre pretensão candidato, suas ideias, plataformas e projetos, não estaria caracterizada a propaganda, mas sim uma mera pesquisa por intenção e livre vontade do eleitor.

Assim, o poder de polícia, no caso da internet mais especificamente encontra um grande limitador, qual seja, a vontade do eleitor de buscar informações, e ainda a grande quantidade e a vastidão infinita de alcance da rede.

Conforme demonstrado no presente estudo, o poder de polícia visa fazer cessar abusos, buscando sempre preservar a paridade de armas e a lisura do pleito eleitoral, sendo este o interesse público protegido pela polícia eleitoral.

Resta consubstanciado que o poder de polícia deve ser exercido como exceção, com o fito de evitar uma possível censura ou cerceamento do direito da livre expressão. Ora na era da informação quão hediondo seria um crime contra esse princípio basilar da democracia?

Considerando os argumentos ora expostos e com base na legislação eleitoral vigente, o conteúdo da propaganda eleitoral divulgada através da internet não poderá ser controlado através do poder de polícia, uma vez que este não pode ser utilizado para censurar, ou mesmo impedir o acesso a informações.

Considerando o amplo direito de propagação de informações assegurado pela legislação eleitoral, aquele que se sentir prejudicado por qualquer conteúdo divulgado através da grande rede deve buscar guarida na função jurisdicional da justiça eleitoral, uma vez que o poder de polícia não se presta para controlar teor da peça publicitária

ou comprovar sua veracidade.

Ainda que se invoque o poder de destruição de uma notícia falsa ou destorcida divulgada na grande rede, não cabe ao magistrado na função de polícia eleitoral de ofício embargar essa divulgação, sob pena de estar atuando tal qual censor.

Caso seja necessário a atuação no sentido de remover ou fazer cessar a divulgação de conteúdo irregular de propaganda eleitoral, deve a Justiça Eleitoral atuar na sua função jurisdicional, não podendo agir de ofício, como o faz no poder de polícia, devendo aguardar a provocação para somente então intervir.

7 Considerações finais

Conclui-se que a Justiça eleitoral no regular exercício do poder de polícia na fiscalização de propaganda eleitoral, não se prestaria para análise de conteúdo das peças produzidas para a propagação de ideias, plataformas e projetos concernentes à disputa do pleito eleitoral, uma vez que para este tipo de análise deveria haver uma provocação, o que não ocorre no exercício do poder de polícia, que traz em sua essência o agir de ofício.

A própria legislação eleitoral deixa claro que o poder de polícia deve ser utilizado com a devida cautela, com o fito de se evitar a censura.

Esta mesma legislação busca garantir a propaganda eleitoral ampla e irrestrita, como meio de convencimento e integração do candidato e seu público alvo.

Devido à natureza do poder de polícia eleitoral este não deve ser utilizado para controlar teor de propaganda eleitoral, é o que se pode apurar através dos argumentos acima apresentados pelos doutrinadores, e da posição jurisprudencial que se inclina também para delimitar os conceitos de propaganda eleitoral, trazendo a livre vontade do eleitor de acessar ou não a informação como fator de caracterização de propaganda; vislumbrando oportunizar ao eleitor maior

acesso possível a informações sobre pretensos candidatos.

A função jurisdicional possui instrumentos que podem ser utilizados para obtenção rápida e antecipada de tutela, e parece ser a mais lógica e justa para análise de teor da propaganda, uma vez que se trata de procedimento mais amplo que oportuniza ao magistrado uma melhor análise do caso concreto, bem como possibilitaria ao autor do fato sua ampla defesa, inclusive a comprovação da veracidade do teor dos fatos ali divulgados.

Assim, visando que o eleitor tenha acesso ao maior número de informações possíveis referentes aos candidatos envolvidos na disputa do pleito eleitoral, a atuação fiscalizatória da Justiça Eleitoral no uso do poder de polícia, na ação de fiscalização de propaganda eleitoral realizada na internet, deve observar o mais alto grau de exceção, e se atendo a coibir os abusos formais, uma vez que pode ferir a Liberdade de Expressão e se transformar em censura.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Curso de direito eleitoral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Juspodium, 2011.

ALVIM, Frederico Franco. **Curso de direito eleitoral**: atualizado de acordo com as Leis 12.875/13, 12.891/13 e com as resoluções expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral para as Eleições 2014. Curitiba: Juruá, 2014.

BARROS, Francisco Dirceu. **Direito eleitoral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier. 2010.

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. **Código eleitoral anotado e legislação complementar**. 12. ed. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, Secretaria de Gestão da Informação, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes...[coord.]. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013.

CASTRO, Edson de Resende. **Curso de direito eleitoral**: de acordo com a Lei da Ficha Limpa, com a Lei n. 12.891/2013 e com as Resoluções do TSE para as eleições de 2014. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

RAMAYANA, Marcos. **Direito eleitoral**. 11. ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2010.

ZÍLIO, Rodrigo López. **Direito eleitoral**: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à diplomação), ações eleitorais. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.

UTILIZAÇÃO DA ESCALA DE FIBONACCI NA AVALIAÇÃO DE RISCOS: VANTAGENS, APLICAÇÕES E DIDÁTICA

Benedito Antonio da Costa¹

RESUMO

Este artigo revela os benefícios da utilização da Escala de Fibonacci para estimação da probabilidade e do impacto na etapa de avaliação de riscos, demonstrando a coerência e harmonia gerada na matriz de riscos. Propõe a utilização de auxílios visuais no momento da estimativa da probabilidade e do impacto. Por fim, sugere-se que o cálculo do risco residual seja feito com base na análise direta do controle existente sobre a probabilidade e o impacto. Em seu conjunto, o artigo pode ser considerado como uma metodologia de avaliação de riscos.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Avaliação de riscos 2. Metodologia
3. Escala de Fibonacci 4. Didática

1 Introdução

Riscos estão presentes como fatores que impactam toda atividade humana. Avaliá-los corretamente pode ser a chave para o sucesso ou fracasso de uma atividade, processo, empreendimento ou mesmo de inteiras organizações.

¹ Analista Judiciário do TRE-MT, especialista em Direito Constitucional Eleitoral pela UnB, Direito Ambiental pela Unemat e Direito Administrativo pela Uniderp.

Nem sempre é fácil fazer avaliação de riscos pelo método da multiplicação de escalas de probabilidade e impacto. Quantidades são difíceis de comparar. Tome-se como exemplo nossa quase incapacidade em fazer projeções de peso e volume em líquidos, a partir de certa quantidade apenas vista a olho nu. Avaliar, ou seja, julgar eventos quanto à probabilidade de ocorrência e quanto ao impacto que causará em um determinado sistema apresenta, por certo, um grande grau de dificuldade, principalmente quando o tratamento estatístico de dados não é possível ou não está disponível.

Para nosso alento, a ciência vem em nosso auxílio. As proporções da natureza e dos números nos auxiliam em todos os empreendimentos, como arquitetura, arte, tecnologia. Certamente, conforme demonstraremos aqui, nos ajudará na difícil tarefa de avaliar riscos e priorizar ações.

Primeiramente abordaremos a relevância do processo de gestão de riscos para as organizações, notadamente as públicas. Logo após ressaltaremos como a utilização de uma escala de valores apropriada pode ter grande impacto no processo de avaliação de riscos.

2 A importância da gestão de riscos nos processos de governança e de gestão de organizações públicas

A ideia de “função” e “agência” é especialmente forte quando se trata de organizações públicas, pois o detentor dos recursos está plasmado em todos os cidadãos e habitantes de determinado território². A demanda por accountability é forte, e esta é muitas vezes presente, mas muitas vezes também mal demonstrada.

A prática da gestão de riscos corporativos, na Administração

2 A teoria da agência busca analisar as relações em que a propriedade e o controle são designados a pessoas distintas, o que pode resultar em conflitos e custos resultantes dessa separação. A lógica da relação é a de que o “agente” (tomador de decisão) opte sempre pelas melhores alternativas do ponto de vista do “principal”, ou seja, buscando a maior agregação de valor, o que nem sempre acontece (ALTOUNIAN et al., 2017, p. 250).

Pública, faz parte da demonstração do tipo de gestão que faz o agente público. Demonstra de uma só vez a razão de determinadas ações de gestão, a proporcionalidade das ações tomadas, as correções das respostas aos riscos identificados.

A gestão de riscos, além de demonstrar a existência da relação de *accountability* e demonstrar a gestão e governança dos recursos, tem efeitos muito diversos e positivos, como aqueles apontados pelo Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission - COSO (2013):

- 1) efeitos no planejamento estratégico (alinha o apetite a risco com a estratégia;
- 2) torna claro e fortalece as decisões em resposta aos riscos;
- 3) reduz surpresas e prejuízos operacionais;
- 4) auxilia a identificar problemas sistêmicos ao identificar e administrar riscos múltiplos e entre empreendimentos;
- 5) auxilia no aproveitamento das oportunidades e;
- 6) otimiza o capital.

Assim, tendo em vista uma relação tão clara entre *accountability* e o processo de gestão de riscos, pode-se afirmar que a existência, manutenção e aperfeiçoamento de uma gestão de riscos seja condição *sine qua non* para uma gestão responsável da coisa pública e cumprimento de princípios constitucionais diversos, como a legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.

Legalidade porque cada vez mais os normativos exigem que aja a implementação e funcionamento de processo e política de gestão de riscos nas organizações públicas, em todos os poderes da república. O Tribunal Regional de Mato Grosso, por exemplo, possui um normativo interno (Resolução TRE-MT nº 1719/2016) que determina a instituição de tal processo. Impessoalidade porque impede o agente de fazer gestão buscando finalidade outra que não atingir

um objetivo ou mitigar um risco. Publicidade porque por meio das diversas avaliações, gradações, priorizações, comparações e análises, a sociedade toma conhecimento dos reais motivos das ações de gestão e das análises de seu cabimento em determinado contexto. Eficiência por motivos óbvios, pois expor determinado valor, recurso ou pessoas a riscos não controlados vai contra qualquer ideia de eficiência.

As práticas de *accountability* devem, portanto, ser ressaltadas e demonstradas para que se considere que o gestor age com responsabilidade, e entre as práticas que demonstram e geram *accountability*, uma das principais é a habilitação do processo de gerenciamento de riscos, compreendido por fases como a identificação, avaliação e resposta aos riscos.

O momento de identificação dos riscos é de relevada importância. É nela em que o gestor identifica a possibilidade (probabilidade) de ocorrência de eventos e estima os impactos que estes podem causar. Uma técnica apurada nesta fase pode fazer muita diferença em todo o processo de gerenciamento de riscos e, conseqüentemente, no alcance e proteção dos objetivos organizacionais (LEICH, 2008).

3 O Risco: conceitos básicos

A noção de risco é intuitiva: em seu sentido mais usual, geralmente refere-se à probabilidade de insucesso de uma determinada ação ou alcance de um objetivo, porque algo de errado pode acontecer devido a fatores internos ou externos às atividades envolvidas³. A eventualidade de sua ocorrência e o impacto no objetivo são características marcantes. Tanto que, com uma concisão impressionante, NBR-ISO 31000 define risco como: “efeito da incerteza nos

3 O dicionário eletrônico Houaiss define risco como: “probabilidade de insucesso de determinado empreendimento, em função de acontecimento eventual, incerto, cuja ocorrência não depende exclusivamente da vontade dos interessados”.

objetivos”.

Deve-se ter em mente, também, que toda a atividade, seja ela qual for e em relação a qualquer objetivo que seja, possui alguma probabilidade de ocorrência de algum evento que a impacte negativamente, motivo pelo qual se deve reconhecer a incoerência de risco nulo. Se o risco é nulo, a atividade não existe.

Os eventos futuros e incertos podem trazer tanto riscos quanto oportunidades. A praxe, no entanto, é a tomada da noção de risco com o sentido que remete à advertência e ao cuidado, e não à oportunidade, mais afeta a outros processos de planejamento e análise de custo benefício (COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION - COSO, 2004).

Assim, havendo a possibilidade de um evento ocorrer, há a chance de se desencadear consequências que se quer ver medidas e evitadas. Evento, portanto, é a ocorrência fenomênica que pode determinar consequências que impactam no atingimento de um objetivo.

A noção intuitiva de risco está presente em toda atividade, norma ou precaução tomada para prevenir um mal, para que se proteja um valor, um objetivo ou uma política. Não é desta noção intuitiva, no entanto, que se trata o “processo de gerenciamento de risco”.

4 O processo de gerenciamento de riscos

O processo de gerenciamento de riscos é uma atividade sistemática, conscientemente coordenada para o levantamento, avaliação, tratamento e estudo, de modo cíclico, para diminuir a incerteza na realização de objetivos. Sem isso não há “processo de gerenciamento de riscos”, muito embora possa haver, esporádica e intuitivamente, considerações subjacentes sobre riscos em decisões, normativas e políticas.

Como o gerenciamento de riscos corporativos envolve atividade consciente e organizada de análise de objetivos, análise da re-

alidade contextual, levantamento de hipóteses, raciocínio e processamento de informações, é uma atividade que envolve considerável concentração e sinergia de grupo. Por este motivo, organizações que não possuem cultura de planejamento e forte *accountability* têm dificuldade em implementar um processo efetivo de gerenciamento de riscos.

O Sumário Executivo do Gerenciamento de Riscos Corporativos do Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission - COSO (2013) estabelece como componentes do gerenciamento de riscos corporativos, multidirecional e interativo:

- 1) o ambiente interno à organização, em que as atividades ocorrem e que determina a liderança e os valores;
- 2) a fixação de objetivos, que serão protegidos pela identificação de eventos e pelo tratamento dispensado aos riscos;
- 3) identificação de eventos;
- 4) avaliação de riscos, compreendendo a análise da probabilidade e impacto dos eventos nos objetivos, considerados em sua inerência e, após vistos os controles, em sua residualidade;
- 5) resposta ao Risco;
- 6) atividades de controle;
- 7) informações e comunicações e;
- 8) monitoramento.

Este artigo abrange somente a fase de análise dos riscos e, especificamente, a escala apropriada para a avaliação do impacto e da probabilidade de um evento ocorrer.

5 Probabilidade e Impacto, ou Consequência

A probabilidade é a “chance de algo acontecer” (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS, 2009). Esta probabilidade pode ser descrita de muitas formas, qualitativa ou quantitativamente. A utilidade de uma definição quantitativa da probabilidade exsurge da maior possibilidade da integração da grandeza com outras fases do gerenciamento de riscos e outras fases do próprio sistema de gerenciamento de riscos.⁴

O impacto é a severidade, ou as consequências danosas ao atingimento do objetivo. Assim como a probabilidade, o impacto de um evento pode ser descrito qualitativa ou quantitativamente, no sentido de se medir o quanto o evento atrapalhará a consecução do objetivo.

6 Escalas de probabilidade e escalas de impacto e o problema da diferenciação

Há várias formas de se fazer a quantificação das escalas de avaliação do impacto e da probabilidade da ocorrência de eventos. Utiliza-se uma simples sequência de números que variam geralmente entre 0 e 5, ou 6; números pares (2, 4, 6, 8, 20), ou números escolhidos arbitrariamente.

Há, algumas vezes, a necessidade de se inserir uma interface de ponderação, para que haja diferenciação suficiente entre as grandezas avaliadas. Foi o que fez, recentemente o Tribunal de Contas da União no Roteiro de Avaliação de Maturidade da Gestão de Riscos (BRASIL, 2018b), a ser utilizado para avaliar a maturidade da gestão de riscos das organizações públicas, bem como para identificar possibilidades de melhorias. O roteiro observa que a “relação simples pode não refletir relações não lineares, sendo necessário, assim,

4 A literatura coloca que o termo em inglês likelihood não possui equivalente em algumas línguas, por isso o termo “probabilidade” é utilizado.

incluir um fator de ponderação para uma das duas variáveis (probabilidade ou impacto, de modo a atingir a escala relativa necessária entre eles) e ou um operador exponencial para uma ou para ambas as variáveis.” Tal providência, contudo, torna ainda mais difícil e completa a avaliação e, cremos, a escala aqui mais adiante proposta torna esta providência menos necessária.

Quanto às escalas de probabilidades e impacto (consequências), o TCU utiliza os “pesos” 1, 2, 5, 8 e 10. A escala de probabilidades varia quanto à ocorrência improvável, rara, possível, provável ou praticamente certa. A escala de impacto varia de impacto mínimo, pequeno, moderado, significativo e catastrófico (BRASIL, 2018a). Esta escala já representa uma melhoria em relação a escalas meramente compostas de números sequenciais como 1, 2, 3, 4, 5 ou 2, 4, 6, 8, 10, mas, mesmo assim, pode ser difícil a diferenciação entre as grandezas 1 e 2 ou entre um 8 e 10, a depender dos critérios utilizados. É também complicada a escolha entre um impacto mínimo e pequeno, ou moderado e significado. A semelhança linguística das palavras empregadas é um fator que pode impactar na precisão das avaliações, mormente quando se trata de avaliações intuitivas.

Há, portanto, problemas de diferenciação entre as escalas, bem como ausência de aceleração coerente, ou seja, as escalas geralmente utilizadas apresentam ausência de aumento coerente da grandeza à medida que a série aumenta.

Outro fator que se observa nas escalas acima referidas é a produção de uma matriz sem coerência suficiente para o agrupamento de faixas de risco.

7 O Risco Inerente

Risco inerente é o risco “bruto”, tomado em sua forma isolada, sem considerá-lo num contexto de tratamentos e controles. Risco inerente é uma medida obtida pela multiplicação da escala do impacto pela escala da probabilidade, resultando num número ou sinal que

expressa a magnitude de determinado risco “bruto”.

Uma vez obtido o risco inerente, pode-se incluí-lo em uma matriz com predefinições que já determinem de alguma forma inicial a intensidade de resposta aos riscos levando-se em conta, inclusive, o apetite ao risco, análises de custo-benefício e toda uma política da organização.

Cada organização pode estabelecer suas próprias escalas de probabilidade e impacto, bem como seus próprios limites e formas de resposta aos riscos baseadas em sua constituição real.

A escala para avaliação de probabilidade e impacto sugerida pelo TCU produz a seguinte Matriz (BRASIL, 2018a, p. 42):

Figura 1 - Matriz de Riscos utilizada pelo TCU

MATRIZ DE RISCOS

IMPACTO	Muito Alto 10	10 RM	20 RM	50 RA	80 RE	100 RE
	Alto 8	8 RB	16 RM	40 RA	64 RA	80 RE
	Médio 5	5 RB	10 RM	25 RM	40 RA	50 RA
	Baixo 2	2 RB	4 RB	10 RM	16 RM	20 RM
	Muito Baixo 1	1 RB	2 RB	5 RB	8 RB	10 RM
		Muito Baixa 1	Baixa 2	Média 5	Alta 8	Muito Alta 10
PROBABILIDADE						

Fonte: Brasil (2018a)

A escala utilizada pelo TCU produz valores próximos entre algumas categorias, como os graus extremos (80/100), ou entre graus médios (50-64). O mesmo acontece com os graus baixos, que variam de 1 a 8 (BRASIL, 2018a).

A depender da profundidade e sofisticação das definições de

apetite a risco, é importante que haja uma matriz que, ao mesmo tempo, possa prover uma comparabilidade prontamente captada pelos sentidos humanos e uma coerência interna na formação de uma matriz derivada de um sistema de coordenadas cartesianas. Não só deve haver coerência de sentido no eixo das abscissas e eixo das ordenadas, mas também coerência na própria matriz, em suas diagonais e transversais. Tal coerência, conforme demonstraremos, é provida pela utilização da sequência de Fibonacci para a elaboração da matriz de riscos.

8 A Escala de Fibonacci

Existem centenas de sequências, com os mais diversos efeitos e aplicações. A busca de escalas e sequências matemáticas que sejam simples e que produzam diferenciação entre os números, coerência interna quando dispostos em matriz e que tenham um claro efeito didático não é trivial.

A sequência de Fibonacci⁵ pode ser utilizada com sucesso para a avaliação de impacto e probabilidade de eventos, pelos motivos que serão expostos mais adiante.

Para uma compreensão inicial basta que se saiba que a sequência de Fibonacci é aquela em que um dado número é a soma dos

5 Fibonacci foi um matemático da idade média, nascido em 1170 em Pisa, Itália, estudioso no campo da aritmética e um dos influenciadores para a adoção do sistema de numeração indiana. A partir de problemas simples, Fibonacci descobriu sequências de números naturais que são de utilidade crescente para o entendimento de diversos fenômenos. Segundo Koshi (2018, p. 5), a sequência de Fibonacci veio de um simples experimento, conhecido como os Coelhos de Fibonacci. É formulado da seguinte forma: Suponha que haja dois coelhos recém nascidos, um macho e uma fêmea. Encontre o número de coelhos produzidos em um ano se: 1) cada par leva um mês para se tornar maduro; 2) cada par produz um par misto a cada mês, começando com o segundo mês e; 3) os coelhos são imortais. Suponha-se por conveniência que o par original nasceu em 1 de janeiro, e, por levarem um mês para se tornarem maduros, ainda há apenas um par em 1º de fevereiro. Em março já se produz um par misto, em abril 3 pares, em maio 5 pares e assim por diante. (tradução nossa).

dois anteriores e pode ser expressa da seguinte maneira: **0, 1, 1, 2, 3, 5, 8, 13, 21 ...**

Segundo Koshi (2018, p. 8), a definição recursiva é a seguinte:

$F_1 = F_2 = 1$ – condição inicial (isso explica a repetição do número 1 da sequência de Fibonacci e marca o início da sequência).

$F_n = F_{n-1} + F_{n-2}$ (recorrência), onde n maior ou igual a 3.

Podemos perceber que, na sequência de Fibonacci, os números possuem uma relação entre si, dada pela existência de números anteriores. Disso resulta uma direta comunicação entre os números, em uma escala previsível em que as grandezas são relacionadas muito naturalmente, com pouquíssima regra externa que não a regra acima mencionada.

Esta sequência é utilizada por todo o mundo natural na organização de incontáveis estruturas, desde o DNA. O girassol, por exemplo, tem a estrutura de suas sementes em espirais que refletem a sequência de Fibonacci. Diversas flores e plantas têm suas pétalas e folhas baseadas nessa sequência. A organização de colmeias de abelhas, e até o mundo atômico utiliza-se desta sequência. (KOSHI, 2018, p. 7-35).

Há, entre os números da sequência de Fibonacci, uma relação chamada de “razão áurea”, ou “proporção áurea”. A demonstração matemática desta proporção áurea escapa ao objetivo deste trabalho, mas pode-se dizer que dois números estão em razão áurea se sua razão é igual à razão de sua soma pela maior das quantidades. Ou, em termos mais simples, a razão entre dois números de Fibonacci tende a produzir números como 1,625, ou 1,61818, ou 1,6180339... ou seja, muito simplificando, 1.6.

Esta razão está presente em várias relações da natureza, artes, galáxias, corpo humano, etc. (KOSHI, 2018, p. 301).

Esta proporção harmônica, mas diferenciável, é que produz

toda a coerência de uma matriz de riscos baseada na escala de Fibonacci.

9 Avaliação quantitativa de eventos de risco

É deveras difícil atribuir, arbitrariamente, números a uma situação, problema ou consequências com o fim de compará-los.

Este problema atributivo é enfrentado por diversos campos de conhecimento e práticas de administração. Uma interessante área em que se busca esta atribuição é o planejamento, em suas diversas vertentes. Previsões e comparações entre o tamanho de projetos e previsões de recursos dependem de uma atribuição preditiva de tamanho, pesos e importância.

Em todas essas atividades em que se procura atribuir uma grandeza numérica a um evento natural não prontamente quantificável há a necessidade de atribuição arbitrária de valores.

A criação de balizas lógicas para enquadramento ajuda, mas, mesmo assim, é muito difícil a diferenciação entre números em sequência, pois o raciocínio carece de balizas comparativas. Como se diferenciariam, por exemplo, um risco 3, ou um 4, numa escala de 1 a 10? É difícil dizer.

Os métodos de pesquisa de opinião há muito também enfrentam o desafio exposto acima, pois necessitam de atribuição quantitativa a problemas muitas vezes qualitativos.

A primeira e mais conhecida escala de avaliação de questionários é a escala Likert. Ao responder a um item, o respondente escolherá em uma escala de concordância ou discordância que vai de 1 a 5 (1. discorda fortemente, 2. discorda, 3. nem concorda nem discorda, 4. concorda, 5. concorda fortemente) (LIKERT, 1932). A crítica aponta que esta escala está propensa a distorções de muitas espécies, mas até hoje é um padrão de organização das pesquisas de opinião.

Uma das principais conclusões que se pode chegar é que a

existência de 5 graus de avaliação é suficiente e desejável para se perscrutar uma opinião. Mais do que 5 graus pode ser exagero, e menos, pode ser uma simplificação indesejável.

Sendo assim, defende-se aqui a existência de 5 escalas de avaliação de probabilidade e 5 escalas para o impacto do evento de risco como suficientes para uma boa análise de riscos.

Com relação à utilização da sequência de Fibonacci, observa-se que a proximidade dos quatro primeiros números com a definição necessária para o início da sequência de Fibonacci (0, 1, 1, 2), e propõe-se que se comece pelo número 3, pois que a partir dele a sequência não se repete e é suficientemente distinguível. A sequência também produz aceleração e quantidade suficiente que facilita a comparação. Riscos que poderiam ser classificados como 0, 1 e 2 serão tidos como insignificantes. A escala seria composta então de 3, 5, 8, 13 e 21.

Figura 2 - Exemplo de Escala de probabilidade e impacto utilizando-se a sequência de Fibonacci

Probabilidade		21	63	105	168	273	441
		13	39	65	104	169	273
		8	24	40	64	104	168
		5	15	25	40	65	105
		3	9	15	24	39	63
			3	5	8	13	21
		Impacto					

Fonte: Autoria própria

Nesta definição de graus de risco proposta para fins didáticos (pois pode e deve variar de acordo com a política de gestão de risco e apetite de risco das organizações), os limites são os seguintes:

- 9 - Risco baixíssimo.
- 15, 24, 25 - Risco Baixo (observa-se claramente duas faixas de risco baixo).
- 39, 40, 63, 64, 65 - Risco Médio (observa-se duas faixas de Risco Médio).
- 104, 105, 168, 169 - Risco Alto (observa-se duas faixas de Risco Alto).
- 273, 441 - Risco Extremo (duas faixas de Risco Extremo).

A depender da abordagem que a organização der ao processo de gerenciamento de riscos, a matriz pode ser dividida em faixas diferentes de classificação de riscos, podendo variar devido ao apetite a riscos e à forma de respostas aos riscos.

10 Vantagens da utilização da sequência de Fibonacci para geração de matriz de riscos

A utilização da sequência de Fibonacci se mostra extremamente útil para a avaliação de probabilidade e impacto de um evento. Considere as razões abaixo para a demonstração das vantagens sob vários pontos de vista:

11 Percepção mais natural das diferenças na escala e coerência interna das faixas de risco

Entendemos por faixa de risco os produtos da multiplicação dos índices de probabilidade e impacto que se enquadrem em uma classificação (risco irrelevante, risco baixo, risco médio, risco alto, etc).

Nas faixas exemplificativas acima propostas, as diferenças percentuais entre os valores de variação dos riscos baixíssimo, baixo, médio, alto e altíssimo são de 66,67%, 66,67%, 62,5%, 61,54%, uma diferença razoável dentro de uma mesma classe de risco que se

aproxima da proporção áurea já citada (girando em torno de 1.6). Tal descoberta é relevante, significando que os valores mantidos nesta faixa não agridem a coerência numérica que já faz parte da lógica e cultura humana, agregando elegância e coerência à escala.

Para exemplificar, toma-se a escala adotada 1, 2, 5, 8, 10 com a nossa definição de faixas de risco e obtêm-se entre as mesmas classes (divididas de acordo com as mesmas definições aqui adotadas) as seguintes diferenças: 150% (2-5), 212,50% (8-25), 220%(20-64) e 25%(80-100):

Pode-se também fazer uma análise nas faixas diagonais, agregando-se da seguinte forma:

Figura 3 - Faixas diagonais de uma Matriz de Risco a partir da sequência 1, 2, 5, 8, 10

Probabilidade	10	10	20	50	80	100
	8	8	16	40	64	80
	5	5	10	25	40	50
	2	2	4	10	16	20
	1	1	2	5	8	10
		1	2	5	8	10
		Impacto				

Fonte: Autoria própria

Esta sequência produz diferenças dentro de uma mesma “faixa” da seguinte magnitude: 700% (1-8), 150% (10-25), 60% (40-64) e 25% (80-100). Essa diferenciação, ao ir diminuindo à medida que o risco aumenta, vai de encontro ao que a intuição da avaliação de risco sugere, pois os impactos de uma faixa considerada muito baixa não deveria variar tanto (700%), nem uma faixa de risco muito alta variar tão pouco (25%) já que geralmente riscos mais críticos costumam ter resultados muito mais agudos do que riscos em faixas mais amenas.

Assim, em termos de coerência interna dos índices, a utilização da Sequência de Fibonacci para a construção da Matriz de Riscos traduz vantagens importantes em termos de diferenciação de faixas e coerência entre uma mesma faixa, propiciando uma análise muito mais coerente dentro de uma mesma faixa. Tal harmonia numérica facilita o enquadramento dos eventos em determinada faixa de risco afim, e uma melhor escolha do tratamento proporcional a cada faixa de risco (resposta ao risco).

12 Melhor comparabilidade e diferenciação entre as grandezas

A sequência de Fibonacci proporciona uma melhor comparabilidade entre as grandezas. É muito mais fácil perceber a diferença entre 2 e 5, ou entre 5 e 8 do que entre 2 e 4, ou 8 e 10. Sutherland (2014, p. 93), ao analisar estimativa de grandezas para planejamento de trabalho em equipe sustenta que: “nós humanos somos absolutamente terríveis” em projeções, mas somos relativamente bons em tamanhos relativos. O ideal seria utilizarmos tamanhos relativos de objetos que já conhecemos, mas há vantagem de utilizar a sequência de Fibonacci, pois é um padrão ubíquo em sistemas naturais, sendo que os humanos têm milênios de experiência nisso.

Os números na sequência de Fibonacci estão tão distanciados que nós podemos facilmente dizer a diferença. É fácil para as pessoas decidir-se por um lado ou outro. Se uma pessoa estima algo em cinco, e outra em oito, nós podemos intuitivamente ver a diferença. Mas e a diferença entre cinco e seis? É muito sutil, mais do que nosso cérebro pode realmente registrar. (SUTHERLAND, 2014, p. 94).

Observe-se os números não repetidos retirados de uma matriz de risco de 5 níveis utilizando-se a escala de Fibonacci a partir do 3:

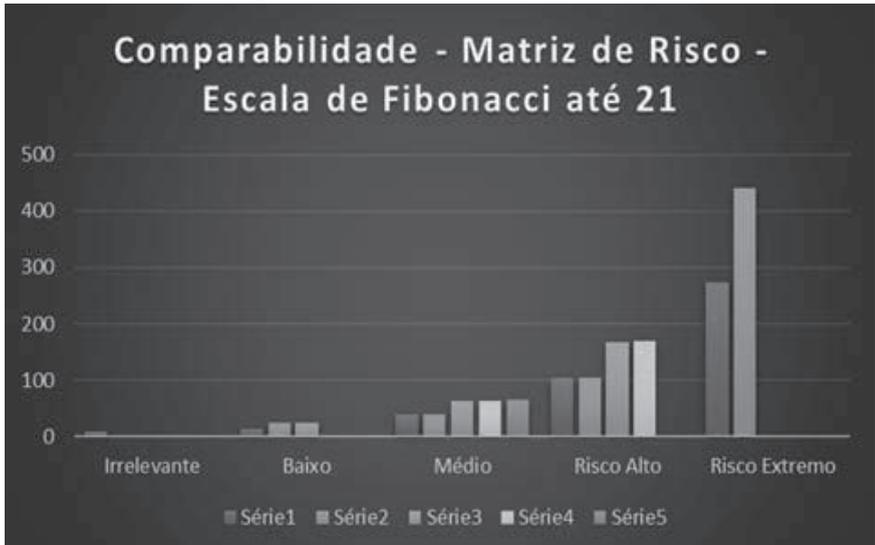
Figura 4 - Números não repetidos em uma Matriz de Risco, elaborada a partir da Escala de Fibonacci

Números não repetidos da matriz de Risco - Escala de Fibonacci				
Irrelevante	Baixo	Médio	Risco Alto	Risco Extremo
9	15	39	104	273
	24	40	105	441
	25	63	168	
		64	169	
		65		

Fonte: Autoria própria

Observe-se, agora, o gráfico gerado para comparação:

Figura 5 - Comparabilidade dos números da Matriz elaborada a partir da Escala de Fibonacci



Fonte: Autoria própria

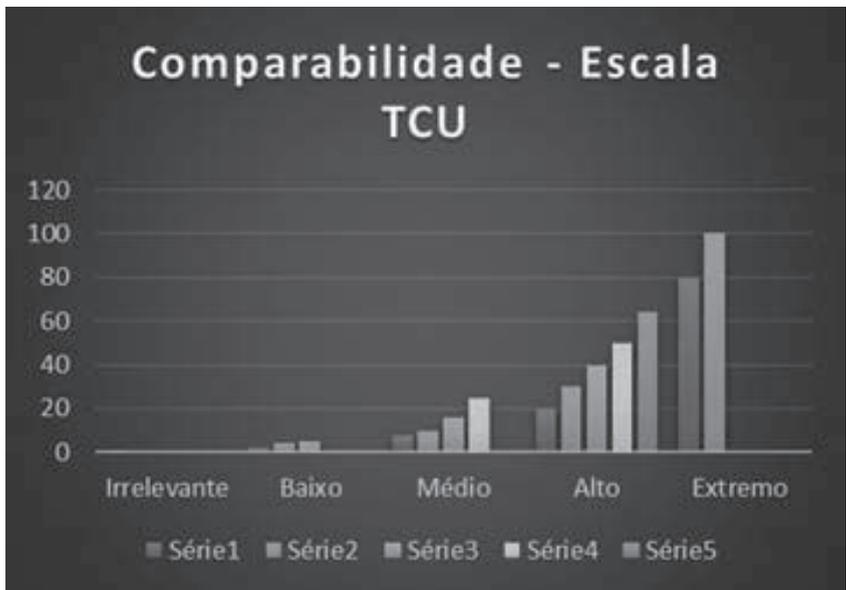
Compare-se o gráfico acima com um gráfico gerado utilizando a escala 1, 2, 5, 8, 10:

Figura 6 - Números não repetidos de Matriz elaborada a partir da Escala de Fibonacci

Números não repetidos, escala utilizada pelo TCU				
Irrelevante	Baixo	Médio	Alto	Extremo
1	2	8	20	80
	4	10	30	100
	5	16	40	
		25	50	
			64	

Fonte: Autoria própria

Figura 7 - Comparabilidade da Escala 1, 2, 5, 8, 10



Fonte: Autoria própria

Pode-se observar que no gráfico gerado a partir da sequência 1, 2, 5, 8 e 10 a diferenciação é mais difícil, pois há grandezas relativamente próximas e sem afinidades entre faixas de risco, ao passo que no gráfico gerado utilizando-se a sequência de Fibonacci há maior

facilidade de diferenciação e maior afinidade entre valores de uma mesma faixa de risco.

13 Crescimento não linear da sequência

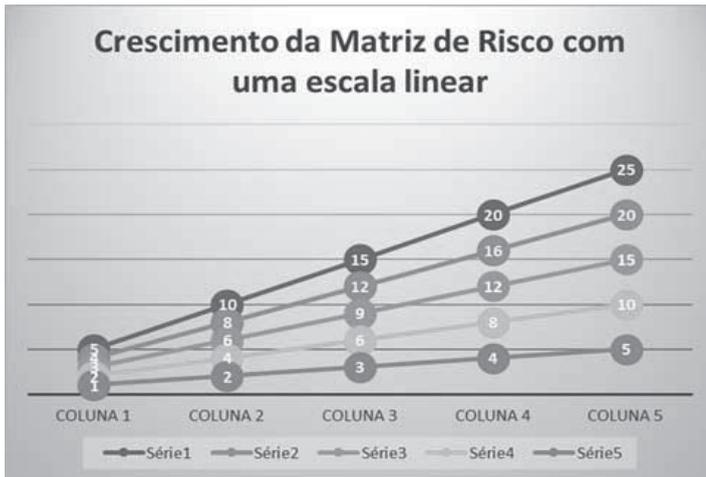
Outra vantagem da sequência de Fibonacci na construção da matriz de riscos é que há um crescimento exponencial constante da escala. As grandezas aumentam relativamente com o aumento dos valores. Eis dois gráficos utilizando-se a sequência de Fibonacci e outra uma sequência linear.

Figura 8 - Crescimento da Matriz de Risco utilizando a escala de Fibonacci



Fonte: Autoria própria

Figura 9 - Crescimento da Matriz de Risco com uma escala linear



Fonte: Autoria própria

O efeito que se observa é uma espécie de “aceleração” em que os valores maiores são significativamente mais relevantes que os menores, o que torna a escala apropriada para a avaliação de riscos.

14 Previsibilidade dos números seguintes na escala

Outro efeito é que a sequência de Fibonacci é previsível quanto aos próximos números da sequência e provê a certeza da manutenção das propriedades da matriz. Tal previsibilidade é útil para que a inovação na adoção de novas grandezas não signifique uma ruptura com o sistema anterior adotado e servirá também para a manutenção da coerência em sistemas computacionais.

15 Utilização de auxílios visuais no processo de avaliação de riscos

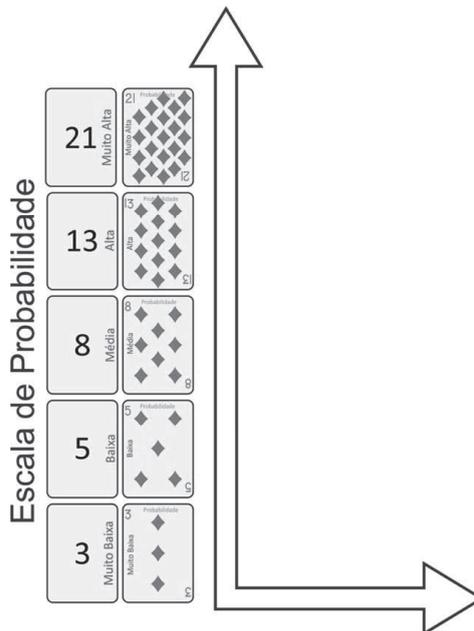
Para finalidades práticas nos exercícios corporativos de avaliação de riscos, a razoabilidade e factibilidade das comparações

são aumentadas grandemente com o auxílio de gráficos. O processo mental de avaliação deriva grande vantagem da possibilidade de comparação visual entre grandezas. O processo de avaliação de riscos, obviamente, se beneficia grandemente se forem empregados auxílios visuais para a imputação de grandezas à probabilidade, ao impacto e à própria matriz de riscos.

16 Auxílios visuais para a probabilidade

A importância da sequência de Fibonacci para a estimativa de probabilidade é aumentada quando se utiliza algum auxílio visual para os exercícios de avaliação de riscos. Sugere-se a utilização da própria quantidade (números) da escala para indicar a probabilidade. A criação de gráficos com 3, 5, 8, 13 ou 21 objetos pode passar muito bem a ideia de quantidade, conforme se demonstra na figura abaixo:

Figura 10 - Auxílio visual para estimativa da probabilidade

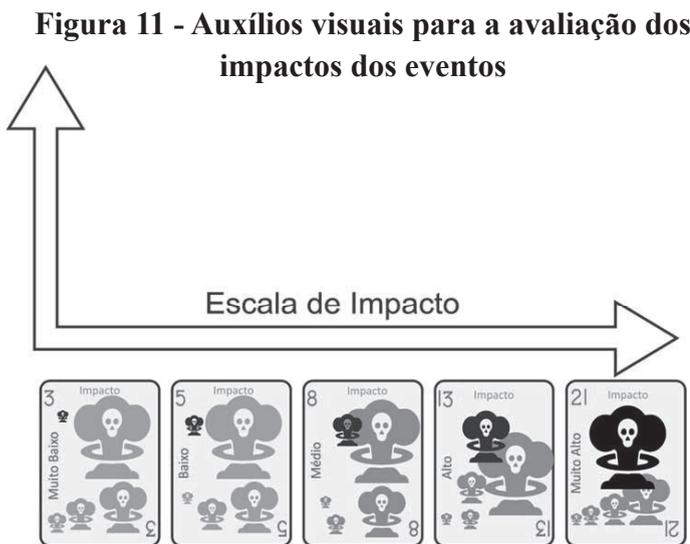


Fonte: Autoria própria

Para exercícios conjuntos, ou mesmo individuais, de identificação de riscos, tal auxílio se mostra muito útil para aguçá-la percepção da probabilidade de ocorrência de um evento. Para exercícios utilizando-se alguma adaptação da técnica Delphi, por exemplo, estes auxílios visuais auxiliam a planificar as noções de probabilidade. Ao obedecer às proporções quantitativas da sequência de Fibonacci, este auxílio visual se aproveita dos efeitos biológicos que tal escala provoca, facilitando o acerto da estimativa.

17 Auxílios visuais para o impacto

A noção de impacto também pode ser ilustrada utilizando-se gráficos apropriados. Sugere-se a utilização de gráficos, passando noção de dano ou efeito. É importante que tal auxílio incorpore a escala gráfica da sequência de Fibonacci, e que cada sinal gráfico seja comparado com outros que expressam outras severidades. Tal método é especialmente apropriado para os exercícios de atribuição de valores a impacto a partir de fatores qualitativos.

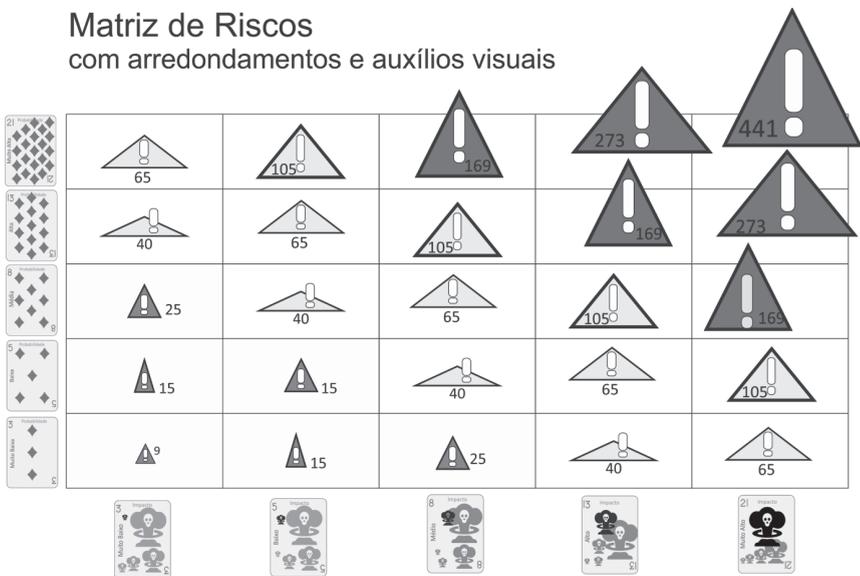


Fonte: Autoria própria

18 Auxílios visuais para a matriz de riscos

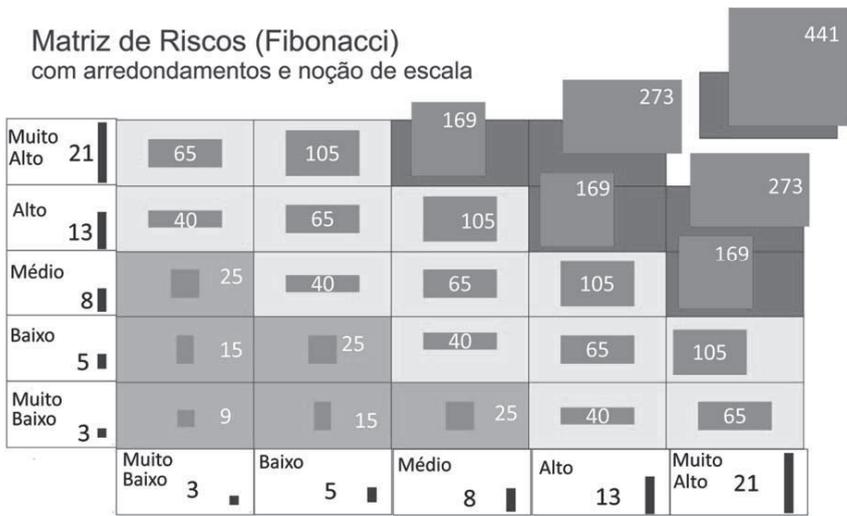
É importante também que a própria matriz de riscos tenha uma representação didática apropriada, devendo servir para auxiliar o avaliador a enquadrar apropriadamente o evento de risco em uma determinada faixa de risco. Eis abaixo um exemplo de uma matriz de risco com este objetivo, incorporando já os auxílios da escala de probabilidade e de impacto, gerando uma matriz que remete à atenção e à advertência:

Figura 12 - Matriz de riscos de riscos com arredondamentos e auxílios visuais



Outra forma de se apresentar a matriz de risco, dando apenas uma noção relativa das grandezas baseadas na sequência de Fibonacci.

Figura 13 - Matriz de Riscos com demonstração das grandezas da escala de Fibonacci



Fonte: Autoria própria

19 Proposição de procedimento simplificado para obtenção do risco residual

Segundo a "Government Accountability Office" (GAO) dos Estados Unidos, o risco inerente é o risco a que está sujeita uma entidade na ausência de resposta da administração ao risco. Como já dissemos, é o risco “bruto”. Risco residual é o risco que permanece depois da gestão implementar respostas ao risco inerente. Pode-se afirmar que é o risco “líquido”. Risco residual, portanto, é o risco que, a depender do apetite a risco e da estratégia, ainda precisa ser tratado (UNITED STATES OF AMERICA, 2014).

O Tribunal de Contas da União (BRASIL, 2018a, p. 29-31) utiliza para a obtenção do risco residual a partir de um determinado risco inerente, uma operação contendo 5 fases.

- 1) a partir da valoração da probabilidade e impacto, chega-se a um risco inerente, desprezando-se con-

- troles;
- 2) considera-se os controles existente avaliando-se o nível de confiança de que o controle mitiga determinado risco, atribuindo-se um número para um nível de confiança forte (0,8) até uma confiança inexistente (0,0);
 - 3) obtém-se um “risco de controle”, inversamente proporcional à avaliação do nível de confiança no sentido de que se o nível de confiança é 0,0, o risco de que o controle não mitigue esse risco é pleno (1,0), graduando-se até que o risco de que o controle não mitigue o risco seja baixo (0,2);
 - 4) aplicando-se este valor ao risco inerente se chega a um número que, por último, é comparado novamente a uma matriz, gerando um risco residual.

Apesar de tal metodologia cumprir com o objetivo de propiciar a obtenção de um risco residual após o exercício mental de considerar controles, mitigando um risco inerente, possui a desvantagem de perder contato, já na segunda fase, justamente com os fatores utilizados para a formulação do risco, ou seja, a probabilidade e o impacto.

Propõe-se que esta operação seja substituída pelo exercício de avaliação direta de como determinado controle diminui a probabilidade, ou o impacto, ou ambos de uma só vez.

Considerando-se cada probabilidade e impacto de um risco inerente, deve-se analisar se determinado controle ou atividade diminui a probabilidade e/ou o impacto em que medida chegando-se imediatamente a um risco residual mais bem definido. Há ainda espaço para que se considere a qualidade do controle atuando sobre determinado risco, mas não indiretamente sobre a matriz produzida, mas diretamente sobre a probabilidade e impactos do risco inerente.

Se uma probabilidade for considerada 21, utilizando-se a sequência de Fibonacci de 5 sequências, um controle inexistente não

diminuiria em nada esta probabilidade. Também não diminuiria a probabilidade de um controle, cuja própria natureza não atuasse sobre este fator. Se houver, por outro lado, um controle considerado “bom” sobre a probabilidade, pode-se considerar esta diminuída de 21 para 8, por exemplo.

O mesmo acontece com o impacto. Na formação do risco inerente, determinado impacto é considerado de magnitude 21. Se o controle em nada diminui o impacto, por sua natureza ou por ineficiência, em nada modifica o impacto residual. Se, contudo, o controle for “bom”, pode-se considerar que diminui medianamente um impacto para uma grandeza 8, por exemplo.

A depender do apetite a risco da organização, avalia-se se o risco residual precisa ou não de tratamento.

Este método tem a virtude de permitir uma maior compreensão da natureza do controle e sua influência sobre os riscos. Também permite uma maior largueza de definições sobre o que é, para determinada atividade ou processo, um controle excelente, ótimo, bom, fraco ou mesmo inexistente. Abre-se, portanto, toda uma possibilidade de qualificação dos controles sem que precise haver uma padronização que, devido à grande diversidade de medidas possíveis, é indesejável.

Simplifica-se, assim, o processo de avaliação dos controles ao mesmo tempo em que se aumenta o conhecimento sobre o próprio controle existente ou necessário à mitigação do risco.

Eis abaixo uma tabela sugestiva da análise da efetividade de um controle sobre um risco inerente partindo-se da avaliação direta na probabilidade e no impacto, que chamamos de probabilidade residual e impacto residual, baseados na sequência de Fibonacci.

Figura 14 - Probabilidade residual – efetividade dos controles sobre a probabilidade do risco inerente

PROBABILIDADE RESIDUAL		
Risco	Qualidade do Controle	Efeito do controle na probabilidade
21	Inexistente	Diminui nada
13	Fraco	Diminui um pouco
8	Bom	Diminui medianamente
5	Ótimo	Diminui bastante
3	Excelente	Diminui enormemente
13	Inexistente	Diminui nada
8	Fraco	Diminui um pouco
5	Bom	Diminui medianamente
3	Ótimo e Excelente	Diminui bastante
8	Inexistente	Diminui nada
5	Fraco	Diminui medianamente
3	Bom	Diminui bastante
5	Inexistente	Diminui nada
3	Suficiente	Diminui bastante
3	Desnecessário	Diminui nada

Fonte: Autoria própria

Figura 15 - Impacto residual – efetividade dos controles sobre a probabilidade do risco inerente

IMPACTO RESIDUAL		
Risco	Qualidade do Controle	Efeito do controle na probabilidade
21	Inexistente	Diminui nada
13	Fraco	Diminui um pouco
8	Bom	Diminui medianamente
5	Ótimo	Diminui bastante
3	Excelente	Diminui enormemente
13	Inexistente	Diminui nada
8	Fraco	Diminui um pouco
5	Bom	Diminui medianamente
3	Ótimo e Excelente	Diminui bastante
8	Inexistente	Diminui nada
5	Fraco ou Bom	Diminui medianamente
3	Ótimo ou Excelente	Diminui bastante
5	Inexistente	Diminui nada
3	Suficiente	Diminui bastante
3	Desnecessário	Diminui nada

Fonte: Autoria própria

Esta forma clara e didática de obtenção do risco residual através da crítica direta dos controles sobre a probabilidade e impacto que formam o risco inerente, somada à utilização da sequência de Fibonacci e com os auxílios visuais, geram uma metodologia de avaliação de risco didática e competente para os fins aos quais se destina esta etapa do gerenciamento de riscos.

20 Conclusões

Conclui-se, assim, que a utilização da sequência de Fibonacci para a avaliação do impacto e da probabilidade da ocorrência de um evento é uma boa alternativa a outras escalas meramente sequenciais ou arbitrárias. A sequência de Fibonacci provê coerência interna entre as faixas de risco (dentro dos limites aproximados da proporção áurea) e favorece a comparabilidade, tanto nos eixos das escalas de probabilidade e impacto, quanto dentro do agrupamento das faixas de risco escolhidas. Esta escala propicia também previsibilidade dos próximos valores da escala de impacto e probabilidade, facilitando coerência dos sistemas e evitando a obsolescência dos trabalhos anteriores.

A utilização de gráficos coerentes com a sequência de Fibonacci é de grande auxílio para o processo mental de enquadramento e atribuição de valor numérico a determinado evento, e pode auxiliar exercícios conjuntos de avaliação de riscos, produzindo resultados mais coerentes e proporcionais.

Por fim, considerar diretamente como os controles e medidas atuam na probabilidade e impacto que formam o risco inerente para chegar-se, a partir da eficácia do controle, a uma probabilidade e impacto residuais, gerando-se então um risco residual mais delimitado e definido é uma boa prática que simplifica o processo de avaliação de riscos e gera mais conhecimento sobre a própria atuação dos controles.

A contribuição trazida por este artigo pode auxiliar as organi-

zações, principalmente as organizações públicas, a conferir maior agilidade, segurança, coerência e rapidez no processo de gestão de riscos, representando economia de recursos e melhoria na governança institucional.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS - ABNT. NBR - ISO 31000. **Gestão de riscos: princípios e diretrizes**. Rio de Janeiro, 2009.

ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; SOUZA, Daniel Luiz de; LAPA, Leonard Renne Guimarães. **Gestão e governança pública para resultados: uma visão prática**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Secretaria Geral de Controle Externo. **Referencial básico de gestão de riscos**. Brasília, 2018a.

_____. **Roteiro de auditoria de gestão de riscos**, Brasília, 2018b.

_____. **Roteiro de avaliação de maturidade da gestão de riscos**. Brasília, 2018c.

COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION – COSO. **Enterprise Risk Management: Integrated framework : executive summary**, 2004. Disponível em: <<https://www.coso.org/Documents/COSO-ERM-Executive-Summary.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. **Internal control: integrated framework : executive Summary**. 2013. Disponível em: <<https://www.coso.org/Documents/990025P-Executive-Summary-final-may20.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SUPREME AUDIT INSTITUTIONS - **INTOSAI. INTOSAI GOV 9130** = Diretrizes para Normas de Controle Interno do Setor Público : Informações adicionais sobre gestão de risco nas entidades. Vienna, 2004. [Endorsed on 2007].

KOSHI, Tomas. **Fibonacci and Lucas Numbers with applications**. 2nd. ed. New York: Wiley, 2018. v. 1.

LEICH, Matthew. **Intelligent internal control and risk management: designing high-performance risk control systems**. London: Gower, 2008.

LIKERT, Rensis. A technique for the measurement of attitudes. **Archives of Psychology**, n. 140, p. 5-55, 1932. Disponível em: <https://legacy.voteview.com/pdf/Likert_1932.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2018.

SUTHERLAND, Jeff. **SCRUM: the art of doing twice the work in half the time**. New York: Crown Business, 2014.

UNITED STATES OF AMERICA. Government Accountability Office - GAO. **Standards for internal control in the federal government**. 2014. Disponível em: <<https://www.gao.gov/assets/670/665712.pdf>>. Acesso em 22 ago. 2018.

