

# DIREITO ELEITORAL E DEMOCRACIA

## **Autores**

Adwaldo Lins Peixoto Neto  
André Luiz Batista Neves  
Daniela Melo Duarte  
João Paulo Soares e Silva  
Julianna Moreira Reis Garcia Guedes  
Lucas Bittencourt Silva  
Ricelle Brandão Barros  
Salísia Menezes Peixoto  
Victor Chaves Quilici  
Vinicius Quintino de Oliveira  
Yuri de Matos Mesquita Teixeira

## **Apresentação**

Roberto Maynard Frank

## **Prefácio**

Jorge Miranda

## **Organizadores**

Jaime Barreiros Neto  
Marta Cristina Jesus Santiago





**DIREITO ELEITORAL E DEMOCRACIA**

Nº2

Salvador, dezembro 2022

**ISBN nº 978-65-87981-08-6**

Os artigos que integram esta obra foram apresentados e aprovados ao término das reuniões do Grupo de Pesquisa “Direito Eleitoral e Democracia”, realizadas em 2021, que teve a direção do Prof. Dr. Jaime Barreiros Neto e parceria com a Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA BAHIA

ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA

1ª Avenida do Centro Administrativo da Bahia, nº 150, CEP 41.745-901  
– Salvador-BA Tel.: (071) 3373-7445/7188/7156/7376

Presidente

Roberto Maynard Frank

Vice-Presidente e Corregedor

Mário Alberto Simões Hirs

Membros do Tribunal

Vicente Oliva Buratto

José Batista de Santana Júnior

Pedro Rogério Castro Godinho

Arali Maciel Duarte

Moacir Pitta Lima

Procurador Regional Eleitoral

Fernando Túlio da Silva

Diretor da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

Roberto Maynard Frank

Os autores desta obra possuem ampla liberdade de opinião e de crítica, de modo que as ideias e as opiniões expostas nos artigos são de sua exclusiva responsabilidade e podem não refletir a opinião do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia.

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

## **Organizadores**

Jaime Barreiros Neto  
Marta Cristina Jesus Santiago

## **DIREITO ELEITORAL E DEMOCRACIA**

Nº2

### **AUTORES**

Adwaldo Lins Peixoto Neto, André Luiz Batista Neves, Daniela Melo Duarte, João Paulo Soares e Silva, Julianna Moreira Reis Garcia Guedes, Lucas Bittencourt Silva, Ricelle Brandão Barros, Salisia Menezes Peixoto, Victor Chaves Quilici, Vinicius Quintino de Oliveira e Yuri de Matos Mesquita Teixeira.

### **Apresentação**

Roberto Maynard Frank

### **Prefácio**

Jorge Miranda

Salvador, dezembro 2022

**Capa**

Isabel Viana de Castro Oliveira Guerra

**Editoração**

Camila Guerra

Tiragem deste número: 50

Dados para Catalogação

Neto, Barreiros, Jaime; Santiago, Marta Cristina Jesus (Org.)

Direito Eleitoral e Democracia/ Tribunal Regional Eleitoral da Bahia,  
Escola Judiciária Eleitoral, n 2

Salvador:

ISBN: 978-65-87981-08-6

1. Direito Eleitoral. 2. Direito Constitucional. 3. Ciência Política. 4.  
Democracia.

I. Tribunal Regional Eleitoral da Bahia. II. Título

## **APRESENTAÇÃO**

O Grupo de Pesquisa Direito Eleitoral e Democracia da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia em parceria com a Universidade Federal da Bahia tem por objetivo incentivar a pesquisa em temas palpitantes que vicejam no Direito Eleitoral e na Ciência Política no país, propiciando uma análise crítica e imparcial.

Dos estudos empreendidos durante o ano de 2021, sob a liderança acadêmica do Prof. Dr. Jaime Barreiros, resultaram artigos de escol escritos por servidores, estudantes e profissionais do Direito que se reuniram mensalmente para leituras e discussões sobre livros e artigos de relevância no Direito Político.

Nessa perspectiva, em coroamento às atividades realizadas em 2021 no âmbito deste Grupo de Pesquisa, a Escola Judiciária Eleitoral tem a honra de promover a publicação dos aludidos textos de excelência.

Orgulha-nos ainda, sobretudo, a deferência do eminente constitucionalista português Jorge Miranda que, muito gentilmente, aquiesceu ao convite de prefaciá-la nossa obra.

Desejo, assim, a todos excelente leitura! Que os estudos aqui encetados sejam profícuos e efetivamente contribuam com o desenvolvimento do Direito Político e a consolidação da democracia brasileira.

**Roberto Maynard Frank**

**Diretor da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia  
Presidente da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia**





## PREFÁCIO

Jorge Miranda \*

1. Em todas as épocas e um pouco por toda a parte, independentemente das circunstâncias, observa-se a prática da eleição política – a eleição destinada ao preenchimento de cargos políticos e com variados sentidos<sup>2</sup>. Não esteve ausente das repúblicas aristocráticas e as monarquias começaram por ser eletivas (ou baseadas na cooptação), para somente mais tarde, consolidadas, se tornarem hereditárias.

Por certo, os modernos Estados europeus foram erguidos por dinastias que com eles se identificavam e só no caso de crise muito grave de legitimidades ou de uma dinastia se extinguir se fazia recurso à eleição<sup>3</sup>, que, de todo o modo, nunca era considerada a fonte de autoridade do novo rei. Em compensação, ainda muito depois de terminado o período estamental ou da monarquia limitada pelas ordens subsistiram instituições municipais, de mesteres, de universidades ou de ordens religiosas, em que o modo normal de escolha dos dirigentes era a eleição.

O constitucionalismo, o constitucionalismo moderno, surgido nos Estados Unidos da América e na França e depois

---

\* Professor das Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

2 Cfr. JOSÉ LIBERATO FREIRE DE CARVALHO, *Ensaio Histórico-Político sobre as Constituições e o Governo do Reino de Portugal*, Paris, 1830; ANTONIO CASERTANO, *Il diritto di voto – Storia, dottrina, funzione*, Nápoles, 1911; FEZAS VITAL, *Lições de Direito Constitucional Comparado*, Coimbra, 1915, pág. 39; J. O. A. LARSEN, *Representative Government in Greek and Roman History*, Berkley e Los Angeles, 1965; A. GERSON TABOSA, *Da representação política na Antiguidade clássica*, Fortaleza, 1981; BERNARD MANIN, *The Principles of Representative Government*, 1997, trad. castelhana *Los principios del gobierno representativo*, Madrid, 1998, págs. 62 e segs.; COLIN R. MUNRO, *op. cit.*, págs. 89 e segs.; FULCO LANCHESTER, *Gli Strumenti della Democrazia*, Milão, 2004, págs. 129 e segs. E já MADISON, *The Federalist*, n.º 63, trad. *O federalista*, Lisboa, 2004, págs. 392 e segs.

3 Foi o que aconteceu em Portugal em 1385 com a eleição pelas Cortes de Coimbra do Mestre de Avis, D. João I.

estendido a Portugal, ao Brasil e a muitos outros países, viria introduzir um dado novo. Em vez do princípio monárquico, o princípio da soberania da Nação, do Povo. Em vez de súbditos, cidadãos. Em vez da autoridade pela autoridade, a autoridade pela liberdade.

Propondo-se, simultaneamente, garantir a liberdade e relegitimar o poder, elevaria a eleição a instrumento periódico de escolha dos governantes; através dela, criaria uma relação constante com os governados – a representação política; e instituiria o sufrágio individual, direto ou indireto (em vez de sufrágio orgânico), tanto devido a uma visão individualista do mundo como devido a os antigos laços grupais vindos da Idade Média já se terem esbatido perante os laços mais fortes criados pelo poder centralizador e pelo sentimento nacional.

**2.** Se a eleição política é uma instituição básica do Estado constitucional representativo moderno, tudo quanto se lhe reporta tem de estar inserido no Direito Constitucional. As opções subjacentes às normas que a regulam – sufrágio restrito ou universal, voto obrigatório ou não, sistemas e procedimentos eleitorais – espelham outras tantas diretivas constitucionais<sup>4</sup>.

Sobretudo, são bem diversas a eleição em sentido material em regimes pluralistas – com liberdade dos cidadãos e concorrência de partidos – e a eleição de regimes autoritários e totalitários degradadas a meras formas, sujeitas à vontade dos governantes.

Raríssimas são as Constituições formais que não contêm normas sobre matérias eleitorais, mais ou menos vagas ou mais ou menos precisas e copiosas, embora sem nunca esgotarem o seu tratamento. Mas não é por haver múltiplos diplomas

---

<sup>4</sup> Afirmando, pelo contrário, a autonomia, por exemplo, THOMAS RAMBAUD, *Le Droit Électoral, un Droit autonome?*, in *Revue de Droit Public*, 2017, págs. 155 e segs.

legislativos a completarem-nas que o Direito Eleitoral fica fora do Direito Constitucional. É o mesmo que acontece com os direitos fundamentais, por exemplo. Nenhuma Constituição, nem a mais regulamentária, abarca tudo – por razões históricas, políticas e jurídicas conhecidas.

Os princípios fundamentais de Direito Eleitoral Político são princípios constitucionais. Não há princípios de Direito Eleitoral Político que não sejam também princípios *político-constitucionais*, que não reflitam, direta ou indiretamente, princípios *axiológicos fundamentais* e que não se projetem ainda em princípios *constitucionais instrumentais*. Princípios constitucionais a par de outros, tanto recebem, pois, o influxo interpretativo e integrativo dos demais como sobre eles vêm, por seu turno, a influir.

Não por acaso, seis das Constituições dos Estados de língua oficial portuguesa enunciam os princípios gerais de Direito Eleitoral no âmbito dos seus corpos normativos: a portuguesa (art. 13.º). A brasileira (art. 14.º), a caboverdiana (arts. 104.º e segs.), a timorense (art. 65.º), a moçambicana (art. 135.º) e a angolana (art. 107.º).

**3.** Assim como hoje se fala em Constituição económica ou em Constituição cultural, num Direito Constitucional do Trabalho ou num Direito Constitucional Tributário ou num Direito Parlamentar, também pode e deve falar-se em Constituição eleitoral como parcela com contornos próprios dentro da Constituição.

Estas e outras diferenciações ou autonomizações mostram-se úteis, na tríplice medida em que propiciam uma mais nítida consciência do escopo da Constituição, em que permitem um aprofundamento da análise das diversas normas constitucionais e em que servem de apoio para a ponte entre essas normas e as correspondentes normas de Direito ordinário. Não devem

acarretar a pulverização, a perda da unidade sistemática da Constituição ou o retorno a uma exegese sem futuro.

Tudo reside, pois, em manter a constante comunicação e o necessário equilíbrio entre as normas constitucionais sobre eleições e as demais normas.

Porém, a nota individualizadora mais saliente do Direito Eleitoral vem a ser mesmo a articulação de direitos fundamentais com organização e procedimento, porque o direito de sufrágio não pode exercer-se sem organização e sem procedimento e estes, conquanto integráveis na estrutura própria do poder, são daqueles indelíveis. Mais do que em qualquer outro direito fundamental, está aqui presente a multidimensionalidade. Há que discernir situações jurídicas subjetivas e princípios objetivos, interesses individuais e interesses institucionais, valores da personalidade e valores comunitários.

Por outro lado e sem prejuízo da unidade imposta pela sua finalidade essencial e por causa dela – a expressão (ou a expressão autêntica) da vontade popular – o Direito Eleitoral espalha-se por normas de diversos tipos: normas substantivas, normas sobre jurisdição e normas processuais, normas financeiras e normas sancionatórias.

Essas normas põem o Direito Eleitoral em contacto com o Direito Administrativo, o Judiciário, o Processual, o Financeiro, o Penal, o do ilícito de mera ordenação social; e algumas delas revestem, de certo modo, uma dupla característica (a de pertencerem, simultaneamente, ao Direito Constitucional e a esses ramos, com as inerentes consequências para a sua interpretação e a sua integração).

**4.** Região específica do Direito Constitucional, o Direito Eleitoral haverá de ser estudado tendo sempre em conta aquilo

a que se tem chamado realidade constitucional, ou realidade política, económica, social e cultural do país a que pretende aplicar-se e de que depende, em larga medida, o seu modo de vigorar. E haverá, por conseguinte, quem o trabalhar de saber apreender, com espírito aberto, mas recusando qualquer sincretismo, dados imprescindíveis da História, da Sociologia e, sobretudo, da Ciência Política.

Se o Direito é inerente à experiência humana, o Direito Eleitoral é inerente à experiência democrática. E, se a ciência jurídica, enquanto voltada para a resolução dos problemas decorrentes dessa experiência, se mostra ciência antecedente da ação, também o conhecimento sistemático do Direito Eleitoral pode ser um contributo importante para que a cidadania se exerça com mais liberdade e seriedade.

Infelizmente, ainda são raras as obras gerais de Direito Constitucional que dedicam ao Direito Eleitoral a atenção detida e, sobretudo, que o integram nos seus sistemas. E, se a eleição é hoje muito mais estudada e compreendida como fenómeno jurídico *a se* do que no século XIX, daí não se tem passado – salvo em algumas poucas monografias a uma construção dogmática abrangente de todos os aspetos substantivos e procedimentais que envolve e que a envolvam.

**5.** Desde o século XIX, a eleição e as figuras conexas despertaram o interesse dos Autores mais atentos, chegando a ser propostas fórmulas ainda hoje muito relevantes.

SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA terá sido o primeiro a propor um conceito de *poder eleitoral* – um poder eleitoral que se acrescentaria aos três poderes de MONTESQUIEU (legislativo, executivo e judicial) e a um poder conservador, que também sugeria.

Esse poder consistiria em “eleger e nomear para os empregos tanto civis como políticos e designar os cidadãos que, pelos seus méritos, se tiverem tornado dignos das recompensas nacionais”. E, apesar de a eleição ser vista como designação, ele ligava o poder eleitoral à responsabilidade política perante o “tribunal da opinião pública”, através de eleições gerais anuais em que haveria a possibilidade de revogação do emprego dos titulares designados<sup>5</sup>.

Quase ao mesmo tempo, JOSÉ FERREIRA BORGES definia o poder eleitoral como o poder de “escolha, nomeação e delegação da força individual do sócio” e considerava-o a fonte de todos os outros poderes e o princípio motor da organização social<sup>6</sup>.

Outros Autores, ainda na época liberal, adotariam conceito semelhante: SISMONDE DE SISMONDI, contrapondo poderes do povo a poderes independentes do povo<sup>7</sup>; J. ORTOLAN, sublinhando que fabricar os fabricantes das leis e votar os votantes do orçamento é um poder e que, se todos os outros podem parecer acima dele, é porque ele os sustenta a todos<sup>8</sup>; M. DE BARANTE<sup>9</sup>; L. PALMA<sup>10</sup>; A. SAINT-GIRONS, para quem o poder eleitoral seria encarregado de

5 O conceito aparece já no *Cours de Droit Public Interne et Externe*, Paris, 1830, págs. 372 e segs., em que diz que o poder eleitoral pode ser exercido para “nomear o empregado ou para designar um certo número de candidatos entre os quais o empregado deve ser escolhido pela pessoa autorizada a nomeá-la ou, enfim, para escolher os eleitores que devem nomear quer o emprego quer os candidatos ao emprego” (pág. 381); e seria retomado no *Projecto de Código Político para a Nação Portuguesa*, Paris, págs. 62 e segs.; no *Manual do Cidadão em um Governo Representativo* (na edição fac-similada de Brasília, 1997, pág. 112); e no *Précis d’un Cours de Droit Public, Administratif et des Gens*, I, Lisboa, 1845, págs. 52 e segs. E ainda, recentemente, na tradução castelhana *Compendio de Derecho Publico Interno y Externo*, Lima, 2017, págs. 99 e segs.

Cfr. JOSÉ ESTEVES PEREIRA, *Silvestre Pinheiro Ferreira – O seu pensamento político*, Coimbra, 1974, págs. 145 e 146; e SUSANA ANTAS VIDEIRA, *Para a história do Direito Constitucional Português: Silvestre Pinheiro Ferreira*, Coimbra, 2005, págs. 309 e segs.

6 *Cartilha do Cidadão Constitucional dedicada à Mocidade Portuguesa*, Londres, 1832, pág. 14.

7 *Études sur les Constitutions des peuples libres*, Bruxelas, 1839, págs. 33 e segs. e 123 e segs.

8 *De la souveraineté du peuple*, Paris, 1848, pág. 29, nota.

9 *Questions constitutionnelles*, Paris, 1849, pág. 17.

10 *Sul potere elettorale*, Milão, 1869.

conservar no governo o seu carácter nacional, renovando em cada período o seu poder legislativo<sup>11</sup>; ou MAURICE HAURIOU, definindo o poder eletivo ou de sufrágio como a organização jurídica do assentimento<sup>12 13</sup>.

Curiosamente, em pleno regime autoritário da Constituição de 1933, F. PEREIRA DOS SANTOS não deixava de considerar o poder de sufrágio, na senda de HAURIOU, atribuindo-lhe três funções: 1.<sup>a</sup>) os cidadãos deveriam controlar a política seguida pelos governantes; 2.<sup>a</sup>) deveriam escolher os titulares dos diversos poderes; 3.<sup>a</sup>) seria desejável que, através dele, participassem na elaboração das leis<sup>14</sup>.

Pelo contrário, nos últimos tempos, não são muitos os Autores<sup>15</sup> que se referem a poder eleitoral. Tal dever-se-á, sobretudo, à muito menor importância conferida à teoria da separação de poderes. A tendência dominante, bem ou mal, tem sido para estudar a eleição à margem ou a par da organização do Estado.

**6.** Para lá da teoria do poder eleitoral, foram publicados por Autores portugueses ainda no século XIX e no século XX algumas monografias sobre temas eleitorais<sup>16</sup>. E muitos mais estudos têm

---

11 *Essai sur les séparations des pouvoirs*, Paris, 1881, págs. 358 e 359.

12 *La Souveraineté Nationale*, Paris, 1912, págs. 53 e págs.; e *Précis de Droit Constitutionnelle*, Paris, 1929, págs. 351 e 544 e segs.

13 Contra, QUEIROZ LIMA, *Teoria do Estado*, 8.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1957, págs. 216 e 308, para quem a função eleitoral seria uma atividade própria de massa governada, uma modalidade do poder de resistência.

14 *Un État Corporatif – La Constitution Sociale et Politique Portugaise*, 2.<sup>a</sup> ed., Paris-Porto, 1940, págs. 347 e segs.

15 Entre eles, JEAN-MARIE AUBY, *La théorie du pouvoir de suffrage en Droit Constitutionnel français*, in *Politique – Revue Internationale de Doctrine et des Institutions*, 1958, págs. 299 e segs.; MARCEL PRELOT, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, 4.<sup>a</sup> ed., Paris, 1969, pág. 66; ARMANDO MARQUES GUEDES, *Sistemas políticos*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, obra coletiva, II, Coimbra, 1993, pág. 267; NESTOR PEDRO SAGÜES, *Elementos de Derecho Constitucional*, II, Buenos Aires, 1993, págs. 327 e segs.; JEAN GICQUEL, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 14.<sup>a</sup> ed., Paris, 1995, págs. 540 e segs.; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *As leis reforçadas*, Coimbra, 1998, pág. 958.

16 A. M. COUTO MONTEIRO e A. S. GONÇALVES LIMA, *Manual de Processo Eleitoral*, Lisboa, 1865; MANUEL DA MAIA ALCOFORADO, *Dissertação inaugural para o acto de conclusões magnas*, Coimbra, 1867; ANTÓNIO CUSTÓDIO RIBEIRO DA COSTA, *Princípios e questões de filosofia política*, I – *Condições sócio-políticas do Direito de sufrágio*, Coimbra, 1878; BERNARDO DE ALBUQUERQUE e AMARAL, *Direito Eleitoral Português*, Coimbra, 1902; HENRIQUE BAPTISTA, *Eleições e Parlamentos na Europa*, Porto, 1903; LEÃO AZEDO, *A questão eleitoral*, Lisboa,

agora sido escritos na vigência da Constituição de 1976 (que dedica às eleições e ao voto o art. 118º e outros preceitos).

Em Portugal, faltam tentativas de construção sistemática do Direito Eleitoral e em obras gerais de Direito Constitucional não se encontram senão, com maior ou menor desenvolvimento, referências esparsas, bem diferente e melhor é a que se observa no Brasil<sup>17</sup>.

7. É o que se verifica agora com o livro *Direito eleitoral e democracia*, nº 2, com estes significativos estudos:

- *A sobrevivência do mandato presidencial na América do Sul a partir da engenharia institucional do impeachment adotada nas Constituições da região*, de Adwaldo Lins Peixoto Neto;
- *O conceito de abuso de poder eleitoral e seus desacordos semânticos*, de André Luiz Batista Neves;
- *Impacto das “fake news” publicadas a partir das eleições 2018 no andamento da PEC do voto impresso*, de Daniela Melo Duarte;

---

1915; DOMINGOS MONTEIRO, *Bases da organização política dos regimes democráticos*, Lisboa, 1931.

Mais recentemente, citem-se JOSÉ DE MAGALHÃES GODINHO, *A legislação eleitoral e a sua crítica*, Lisboa, 1969; JORGE MIRANDA, *Colégio eleitoral*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, II, 1972, págs. 464 e segs.; MIGUEL GALVÃO TELES, *O regime jurídico das campanhas eleitorais em Direito comparado*, in *Estudos de Direito Público em Honra do Professor Marcello Caetano*, obra coletiva, Lisboa, 1973, págs. 293 e segs.; JORGE MIRANDA, *Direito eleitoral*, 2ª ed., Coimbra, 2021.

17 GINO SOLAZZI, *Diritto Elettorale Politico*, Milão, 1916; LUIGI PRETTI, *Diritto Elettorale Politico*, Milão, 1957; ANDRÉ e FRANCINE DEMICHEL, *Manuel de Droit Électorale*, Paris, 1973; OTTO BACHOF, *O direito eleitoral e o direito de partidos na República Federal da Alemanha*, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 1982; FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *Aproximación a la nueva normativa electoral*, Madrid, 1986; e *Estudios de Derecho Electoral*, Lima, 1997; JEAN-CLAUDE MASSET, *Droit Électorale*, Paris, 1989; JUAN CARLOS GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, *Derecho Electoral Español*, Madrid, 1990; OLIVIER IHL, *Le vote*, Paris, 1996; MARIA VICENTE GARCIA SORIANO, *Elementos de Derecho Electoral*, Valência, 1997; COLIN R. MUNRO, *Studies in Constitutional Law*, 2.ª ed., Londres, 1999; FULCO LANCHESTERI, *Gli strumenti della democrazia. Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Milão, 2004; GIUSEPPE CHIARA, *Titolarità del voto e fondamenti costituzionali di liberta ed eguaglianza*, Milão, 2004.

Para uma visão comparativa, v. *Les regimes électoraux des pays de l'Union Européenne*, obra coletiva, Londres-Bruxelas, 1994; SHALORN MUZAFRA e ANDREA SCHINDLER, *The Study of Electoral Governance – Introduction*, in *International Political Science Review*, 2002, págs. 5 e segs.; *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*, obra coletiva, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2007; GIUSEPPE DELLEDONNE, *Costituzione e legislazione elettorale – una visione comparativa italo-tedesca*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2014, págs. 103 e segs.



– *O paradigma da representação democrática no pensamento contemporâneo: da democracia participativa à poliarquia diretamente deliberativa*, de João Paulo Soares e Silva;

– *A fragilidade da política de cotas de gênero no Brasil e o papel dos partidos políticos*, de Juliana Moreira Reis Garcia Guedes;

– *Diversidade sexual e de gênero à luz do Direito Constitucional e Eleitoral: a possibilidade jurídica e a necessidade política de cotas eleitorais para pessoas LGBTI+ no Brasil*, de Lucas Bittencourt Silva;

– *Da importância do sistema de compliance nos partidos políticos e nas campanhas eleitorais*, de Ricelle Brandão Barros;

– *Óbice às limitações: uma análise do autofinanciamento eleitoral*, de Victor Chaves Quilici;

– *Direito de resposta e desinformação: a tutela jurisdicional entre Chronos e Kairós*, de Vinicius Quintino de Oliveira e Salisia Menezes Peixoto;

– *A jurisdição não é exercício de poder político representativo – é função técnica*, de Yuri de Matos Mesquita Teixeira.

**8.** Independentemente de concordar ou não com tudo o que escrevem, dou sinceros parabéns aos Autores.

Assim como ao Grupo de Pesquisa que promoveu esta obra.



## SUMÁRIO

A SOBREVIVÊNCIA DO MANDATO PRESIDENCIAL NA AMÉRICA DO SUL A PARTIR DA ENGENHARIA INSTITUCIONAL DO IMPEACHMENT ADOTADA NAS CONSTITUIÇÕES DA REGIÃO ..... 21

**Adwaldo Lins Peixoto Neto**

O CONCEITO DE ABUSO DE PODER ELEITORAL E SEUS DESACORDOS SEMÂNTICOS.....49

**André Luiz Batista Neves**

IMPACTO DAS “FAKE NEWS” PUBLICADAS A PARTIR DAS ELEIÇÕES 2018 NO ANDAMENTO DA PEC DO VOTO IMPRESSO.....111

**Daniela Melo Duarte**

O PARADIGMA DA REPRESENTAÇÃO DEMOCRÁTICA NO PENSAMENTO CONTEMPORÂNEO: DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA À POLIARQUIA DIRETAMENTE DELIBERATIVA..... 123

**João Paulo Soares e Silva**

A FRAGILIDADE DA POLÍTICA DE COTAS DE GÊNERO NO BRASIL E O PAPEL DOS PARTIDOS POLÍTICOS.....145

**Julianna Moreira Reis Garcia Guedes**

DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO À LUZ DO DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL: A POSSIBILIDADE JURÍDICA E A NECESSIDADE POLÍTICA DE COTAS ELEITORAIS PARA PESSOAS LGBTI+ NO BRASIL.....161

**Lucas Bittencourt Silva**

DA IMPORTÂNCIA DO SISTEMA DE COMPLIANCE NOS PARTIDOS POLÍTICOS ENASCAMPANHASELEITORAIS..193

**Ricelle Brandão Barros**

ÓBICE ÀS LIMITAÇÕES: UMA ANÁLISE DO  
AUTOFINANCIAMENTO ELEITORAL.....211

**Victor Chaves Quilici**

DIREITO DE RESPOSTA E DESINFORMAÇÃO: A TUTELA  
JURISDICIONAL ENTRE CHRONOS E KAIRÓS.....225

**Vinicius Quintino de Oliveira**

**Salisia Menezes Peixoto**

A JURISDIÇÃO NÃO É EXERCÍCIO DE PODER POLÍTICO  
REPRESENTATIVO – É FUNÇÃO TÉCNICA.....251

**Yuri de Matos Mesquita Teixeira**

# **A SOBREVIVÊNCIA DO MANDATO PRESIDENCIAL NA AMÉRICA DO SUL A PARTIR DA ENGENHARIA INSTITUCIONAL DO IMPEACHMENT ADOTADA NAS CONSTITUIÇÕES DA REGIÃO**

## **THE PRESIDENTIAL FINAL TERM SURVIVAL IN SOUTH AMERICA STARTING FROM INSTITUTIONAL ENGINEERING OF IMPEACHMENT ASSIGNED ON THE CONSTITUTIONS IN THE REGION**

*Adwaldo Lins Peixoto Neto \* \*\**

### **RESUMO**

Esta pesquisa analisa a relação entre a engenharia institucional do *impeachment* e a estabilidade do mandato presidencial na América do Sul, a partir da observação do critério de tipificação dos crimes de responsabilidade que definem as situações de cabimento desse instituto nos referidos ordenamentos constitucionais da região. A análise parte da hipótese de que uma engenharia institucional débil do *impeachment* na constituição, mais especificamente quanto a vagueza na definição das infrações político-administrativa ensejadoras do instituto, pode acarretar a instabilidade do mandato presidencial no respectivo sistema presidencialista adotado pelo país. A verificação empírica dar-se-á a partir dos 18 (dezoito) casos de mandatos presidenciais prematuramente interrompidos nos países da região e suas causas (*impeachments*, renúncias, declaração de incapacidade e destituição congressional-militar), bem

---

\* Doutorando em Ciência Política pela UFMG. Mestre em Direito pela UniFG. Advogado. Vice-Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais e Democracia da OAB/BA Subseção Vitória da Conquista. Membro dos Grupos de Pesquisa PEX Presidências e Executivos (UFMG), Direito Eleitoral e Democracia da Escola Judiciária Eleitoral da BA (EJE-BA), e Estrutura e Dinâmica do Estado Federal (USP). Membro associado do Colégio de Professores da Associação Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst).

\*\* Este artigo é fruto da pesquisa realizada junto ao grupo de pesquisa Direito Eleitoral e Democracia da Escola Judiciária Eleitoral da BA (EJE-BA) em parceria com a Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Uma versão preliminar desse texto foi apresentada apresentado como requisito para aprovação na disciplina Instituições Políticas na América Latina (FLS6479), ministrada pelo professor Dr. Danilo Buscatto Medeiros no Programa de Pós-graduação em Ciência Política da Universidade de São Paulo (PPGCP USP) durante o semestre letivo de 2021.2. A pesquisa ainda está em fase de desenvolvimento, e o artigo apresenta resultados preliminares que ainda serão aprofundados no desenrolar do estudo, sendo posteriormente publicados em outros meios de divulgação científica.

como a observação da relação entre os países que os vivenciaram, as circunstâncias do encerramento prematuro do mandato presidencial e a engenharia institucional do impeachment disposta da constituição do país.

**PALAVRAS-CHAVE:** América do Sul; engenharia institucional; estabilidade do mandato; *impeachment*; presidencialismo.

## ABSTRACT

This research analyzes the relation between the institutional engineering of impeachment and the stability of presidential term limit in South America, growing out of the observation of the criteria of typification of the crimes or political infringement which define the situations of suitability of that institute on the constitutional arrangement of the countries of the region. The analysis starts from the hypothesis of a fragile institutional engineering of impeachment on the constitution, especially as the vagueness of the definition of the political and administrative infringements on the suitability of this institute may cause a instability of the presidential final term on the related presidential system adopted by the country. The empirical evidence will be acquired by the observation of the 18 cases of presidential falls on the region and its reasons (impeachments, resignations, declaration of incapability and military-congressional deposition), as well as the observation of the relation between the countries where they took place, the circumstances of the early presidential final term and the impeachment's institutional engineering assigned on the country constitution.

**KEYWORDS:** South America; institutional engineering; stability of presidential term limit; *impeachment*; presidential system.

## 1 INTRODUÇÃO

Esse artigo busca analisar a estabilidade do mandato presidencial na América do Sul a partir do desenho institucional do *impeachment* adotado nas constituições dos países da região, mais especificamente no critério de tipificação dos crimes de responsabilidade que definem as hipóteses de cabimento desse instituto nos referidos ordenamentos constitucionais. Para tanto, a presente pesquisa faz uso da política comparada e do direito constitucional comparado, centrando-se numa abordagem qualitativa, a partir da análise das destituições presidenciais ocorridas na região, bem

como dos modelos teóricos que definem o sistema presidencialista e o instituto do *impeachment*.

Tomando-se por base a premissa da estabilidade do mandato como característica do sistema presidencialista, bem como a independência do presidente em relação à confiança do Legislativo, este estudo busca compreender por que o sistema presidencialista, em que pese concebido nos Estados Unidos para ser mais estável do que o sistema parlamentarista de gabinete de tipo inglês, tem apresentado constantes instabilidades, sobretudo na América do Sul, onde 18 (dezoito) presidentes tiveram seus mandatos interrompidos em 3 (três) décadas de redemocratização na região. Para tanto, a pesquisa apresenta a seguinte hipótese: a vagueza na tipificação das condutas passíveis de responsabilização do Presidente da República por *impeachment* nos textos constitucionais acaba por influenciar na instabilidade dos mandatos presidenciais na região.

Este estudo está organizado em 3 (três) seções. A primeira seção ocupa-se em realizar uma sistematização distintiva entre os sistemas presidencialista na literatura, ressaltando alguns dos seus traços diferenciadores dos sistemas parlamentaristas sem, contudo, pretender esgotar a análise.

Na segunda seção, o estudo analisa comparativamente os textos constitucionais dos países da América do Sul no tocante à tipificação das condutas passíveis de responsabilização do Presidente da República por *impeachment*. Optamos por realizar esse recorte metodológico no objeto do artigo em virtude da impossibilidade de se realizar uma investigação com o rigor metodológico exigido cientificamente o número absoluto de países que se declaram sistemas presidencialistas na América Latina. Posto isso, como consequência da similitude cultural e da contiguidade físico-geográfica, investigamos apenas os países da América do Sul que compartilham a origem linguística latina. Optamos por retirar da análise a Venezuela, dado o fato de a literatura divergir quanto ao grau de democracia do atual regime no país.

A terceira seção aborda, então, de maneira sucinta, a influência que o modelo de tipificação dos crimes de responsabilidade no desenho institucional do *impeachment* lançado nas constituições dos países sul-americanos e a estabilidade do mandato presidencial na região, abordando a problemática da elasticidade dos tipos penais dos chamados crimes de responsabilidade, ou seja, as infrações político-administrativas pressupostos de um processo de *impeachment*. Considerações finais encerram a pesquisa.

## 2 ENTRE O PARLAMENTARISMO E O PRESIDENCIALISMO: CARACTERÍSTICAS DISTINTIVAS DESSES SISTEMAS DE GOVERNO

Antes de analisar os traços distintivos típicos entre parlamentarismo e presidencialismo, faz-se imperioso salientar que, atualmente, uma parcela da literatura<sup>3,4,5</sup> vem chamando atenção para incoerências entre as características tradicionais apresentadas na classificação entre os sistemas presidencialista, semiparlamentarista e parlamentarista e os atributos ou instrumentos institucionais observados empiricamente nas constituições de cada sistema de governo, demonstrando que, na verdade, o desenho institucional desses sistemas varia muito entre si dentro de um vasto espectro, apresentando incongruências entre o que tradicionalmente se entendeu como características desses sistemas e o que se observa na prática nos seus respectivos textos constitucionais.

Aqui, trabalharei inicialmente as características apontadas pela literatura clássica como típicas do sistema parlamentarista e presidencialista, abordando essas observações das características tradicionais - *core defining attributes*<sup>6</sup> - de cada sistema, a fim de estimular algumas reflexões necessárias sobre a finalidade do *impeachment* enquanto instrumento de destituição do governo distintivo entre esses sistemas. Em virtude das limitações do objeto dessa pesquisa, que parte do *impeachment* para a análise e reflexão do sistema presidencialista e sua pretensa oposição ao sistema parlamentarista, não abordarei o sistema semipresidencialista aqui, ficando essa temática para uma investigação posterior.

O presidencialismo, enquanto sistema de governo, surgiu com a própria formação dos Estados Unidos enquanto nação, razão pela qual é comum que se afirme que a história do país, da sua constituição e desse sistema de governo se confundem. A criação da presidência é fruto da vontade dos Estados Unidos da América,

3 CHEIBUB, José Antônio; ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom. Beyond Presidentialism and Parliamentarism. *British Journal of Political Science*, v. 44, n. 3, p. 1-30, 2013, p. 1-3.

4 MOE, T. & CALDWELL, M. The Institutional Foundations of Democratic Government: A Comparison of Presidential and Parliamentary Systems. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, v. 150, n. 1, p. 171-195, 1994, p. 172.

5 SIAROFF, Alan. 2003. Comparative Presidencies: The inadequacy of the Presidential, Semi-Presidential, and Parliamentary Distinction. *European Journal of Political Research*, v. 42, p. 287-312, 2003, p. 287-288.

6 CHEIBUB, José Antônio. ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom. *Op. cit.*, p. 4



desde sua fundação, em se organizar política e institucionalmente de maneira distinta da coroa britânica que os explorara enquanto colônia. Os Estados Unidos tinham por intenção serem uma nação intolerante com o abuso do poder político desde o seu nascedouro<sup>7</sup>.

Desenhado nos Estados Unidos para se distinguir tanto da monarquia quanto do sistema parlamentarista de gabinete que vigoravam na Inglaterra, o presidencialismo enquanto sistema de governo acabou se expandindo pelo continente americano, estando ausente apenas nos países caribenhos e no Canadá, que compõem meros 9,7% da população da América. Tanto no plebiscito realizado no Brasil em 1993, quanto nos 8 (oito) processos constituintes que tomaram lugar nos países americanos no fim da década de 80 (Nicarágua em 1987; Brasil em 1987-88; Colômbia em 1991; Paraguai em 1992; Peru em 1993; Argentina em 1994; Equador em 1997 e Venezuela em 1999), tomou-se a decisão institucional de se adotar o presidencialismo como sistema de governo<sup>8</sup>.

Faz-se necessário ressaltar que essa institucionalização generalizada pelo presidencialismo no continente americano toma lugar num momento no qual, sob a influência dos trabalhos de Linz, especialmente o manuscrito *Democracy, presidential or parliamentary: does it make a difference?*<sup>9</sup>, de 1987 e que somente seria publicado na sua feição final em 1994, a Ciência Política foi palco de grandes debates no seio acadêmico acerca de qual desses 2 (dois) sistemas de governo seria mais propenso a consolidar o regime democrático.

Na visão de Linz, um sistema parlamentarista é caracterizado por ser o Parlamento a única instituição que goza politicamente de legitimidade democrática. Assim, a autoridade do governo deriva justamente da confiança que este obtém junto ao parlamento. Para o cientista político espanhol, a eleição direta do presidente, que cumpre então um mandato fixo, independentemente o presidente da confiança dos parlamentares, são as características principais do presidencialismo. Dessa observação deriva a crítica de Linz, para

7 PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins. *Democracia e julgamento político: análise da governabilidade no presidencialismo brasileiro a partir dos impeachments dos presidentes Fernando Collor de Mello e Dilma Rousseff*. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-graduação em Direito do Centro Universitário Guanambi (UniFG). Guanambi/BA, 2018, p. 76.

8 AMORIM NETO, Octávio. *Presidencialismo e governabilidade nas Américas*. Rio de Janeiro: Editora FGV; Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 17.

9 LINZ, Juan J. *Presidential or parliamentary democracy: does it make a difference?* In: LINZ, Juan J.; VALENZUELA, Arturo (Orgs.) *The failure of presidential democracy: the case of Latin America*. Baltimore: The John Hopkins University Press, 1994. 1 v., p. 6-7

quem o presidente disputaria a legitimidade democrática com o legislativo, alegando-a superior<sup>10</sup>.

Lijphart, por sua vez, classifica parlamentarismo e presidencialismo a partir de um aspecto dual, melhor dizendo, com aspectos opostos no espectro político que se antagonizam mutuamente. Para o autor, a figura do primeiro-ministro, o chefe de governo no parlamentarismo, é eleito indiretamente pelos integrantes do parlamento, e sua permanência no cargo depende da confiança do corpo legislativo, podendo ser destituído pelo voto de desconfiança ou censura. Além disso, o Executivo acaba por ser composto por um corpo coletivo, integrado pelo primeiro-ministro e pelo gabinete, assumindo seu processo decisório um aspecto colegiado<sup>11</sup>.

Em contrapartida, para Lijphart a eleição do presidente no sistema presidencialismo lhe outorga um mandato fixo, cujo termo é regulado no texto da constituição, e sua permanência no cargo não depende da confiança do Poder Legislativo, não se admitindo sua destituição em condições naturais. A eleição do presidente é feita diretamente pelos eleitores, assumindo o executivo uma feição unipessoal, quer dizer, integrado por um único indivíduo<sup>12</sup>.

Já Shugart e Carey definem como características elementares do presidencialismo a eleição direta do chefe do executivo e o seu mandato gozar de um termo certo em relação aos legisladores, não havendo nesse sistema uma dependência de confiança mútua. Além disso, os autores apontam os poderes presidenciais tanto de montar o governo quanto poderes legislativos definidos constitucionalmente<sup>13</sup>.

Sartori, seguindo o caminho trilhado por Lijphart, defende que é possível a definição dos sistemas presidencialistas e parlamentaristas a partir de uma exclusão recíproca. Entretanto, o autor italiano destaca que a ideia de que os sistemas parlamentaristas sejam todos semelhantes é equivocada, dado que estes sistemas derivam demasiadamente uns dos outros, enquanto que os sistemas presidencialistas, para o autor, não são definidos adequadamente<sup>14</sup>.

10 *Ibidem*.

11 LJPHART, Arend. Introduction. In: LJPHART, Arend (Org.). *Presidential versus parliamentary government*. New York: Oxford University Press, 1992, p. 1 et. sequ.

12 LJPHART, Arend. Introduction. In: LJPHART, Arend (Org.). *Presidential versus parliamentary government*. New York: Oxford University Press, 1992, p. 1 et. sequ.

13 SHUGART, M. S., CAREY, John M. Presidents and assemblies: constitutional design and electoral dynamics. Cambridge: Cambridge University Press, 1992, p. 19. LJPHART, Arend. Introduction. In: LJPHART, Arend (Org.). *Presidential versus parliamentary government*. New York: Oxford University Press, 1992, p. 1 et. sequ.

14 SARTORI, Giovanni. *Comparative Constitutional Engineering: an inquiry into struc-*

Para Sartori, um sistema dito presidencialista é marcado pela eleição popular e direta do presidente por um período determinado; o fato do governo não ser nem indicado nem destituído pela vontade do legislativo; e o presidente dirigir ou presidir de alguma maneira o governo que compõe<sup>15</sup>.

Observa-se nessa breve revisão de literatura que, no presidencialismo, o presidente é eleito diretamente para cumprir um mandato fixo, quer dizer, por um prazo determinado. Daí depende-se que a sua permanência no cargo não depende que o parlamento aprove ou confie em sua governabilidade, liderança ou política de governo. Assim como bem apontado por Lijphart, no presidencialismo, não pode o presidente, em circunstâncias ordinárias, ser destituído pelo Poder Legislativo, consista esse poder num congresso ou assembleia. É assegurada ao presidente, no sistema presidencialista, a estabilidade do mandato<sup>16</sup>.

Os *framers* da Constituição dos Estados Unidos, ao definirem os contornos da presidência norte-americana, debateram qual dos caminhos possíveis seria mais eficiente em evitar o abuso de poder por parte do chefe do executivo. Para os *founding fathers*, o escopo dos poderes presidenciais e sua independência em relação aos outros 2 (dois) poderes dependeria da existência de um instituto capaz de retirá-lo do cargo, o que implicava tanto na competência quanto no procedimento para isso. Esse instrumento, entretanto, deveria ser minuciosamente engendrado, sob o risco de se obter um recurso que em verdade controlasse a presidência, ao invés de destituí-la. Depois de inúmeros e acentuados debates, os pais fundadores chegaram ao consenso de importação - e adequação - de um instituto do antigo direito inglês que permitia a responsabilidade criminal: justamente o *impeachment*<sup>17</sup>.

Em que pese ter sido trazido do direito britânico, os *framers* deram ao *impeachment* no direito constitucional norte-americano uma feição completamente distinta de sua versão inglesa, o que também acabou, por consequência, a acontecer nos *impeachments*

tures, incentives and outcomes. Houndmills: Macmillan Press Ltd, 1994, p. 83 et. seq.; LIJPHART, Arend. Introduction. In: LIJPHART, Arend (Org.). *Presidential versus parliamentary government*. New York: Oxford University Press, 1992, p. 1 et. sequ.

15 *Ibidem*, p. 1 et. sequ.

16 PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins. *Democracia e julgamento político: análise da governabilidade no presidencialismo brasileiro a partir dos impeachments dos presidentes Fernando Collor de Mello e Dilma Rousseff*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-graduação em Direito do Centro Universitário Guanambi (UniFG). Guanambi/BA, 2018, p. 42.

17 TRIBE, Laurence; MATZ, Joshua. *To end a presidency: the power of impeachment*. New York: Basic Books, 2018, p. 1-24.

desenhados nas constituições da América Latina, o que leva a literatura a defender que há, de comum entre os 2 (dois) institutos, apenas o seu vocábulo<sup>18,19</sup>.

Os *framers* lançaram mão de diversos mecanismos e características próprias com a intenção de distinguir o *impeachment* da *motion of no confidence* do parlamentarismo. De início, podemos destacar a divisão de funções em operacionalizar o *impeachment* entre as 2 (duas) câmaras do Congresso norte-americano, ficando a cargo da *House of Representatives* o poder de acusar o presidente, e ao *Federal Senate* o poder de julgá-lo. A despeito de se exigir um quórum de maioria simples para que se aprove os *impeachment articles* na primeira casa, foi disciplinado na Constituição norte-americana que a condenação do presidente somente se daria com o quórum de 2/3 (dois terços) dos membros do Senado, a fim de que se dê ao resultado o maior consenso possível<sup>20</sup>, obstando que uma simples maioria fosse capaz de destituir o presidente do cargo, como ocorre nas moções de desconfiança típicas dos sistemas parlamentaristas.

Além disso, diferentemente do direito inglês, que não expunha limitações quanto aos indivíduos passíveis à responsabilização ante o Parlamento, tampouco quais condutas seriam questionadas, a Constituição norte-americana busca demarcar quais são os atos, assim como quem são as autoridades que se sujeitam à responsabilização por *impeachment*<sup>21</sup>. Em ambos presidencialismos brasileiro e norte-americano outras autoridades são passíveis de responsabilização por *impeachment* além do presidente<sup>22</sup>. Todavia, este trabalho centra-se somente no estudo do *impeachment* presidencial.

Logo, apresentamos um traço distintivo fundamental entre os sistemas presidencialista e parlamentarista e, conseqüentemente, definidor do instituto do *impeachment*: o pressuposto de que haja o cometimento de uma infração para que se opere a responsabilização do presidente da república. Passemos, agora, à análise comparada da previsão dessas infrações ou crimes de responsa-

18 GALINDO, Bruno. *Impeachment à luz do Constitucionalismo Contemporâneo*: incluindo análises dos casos Collor e Dilma. Curitiba: Juruá, 2016, p. 25-26.

19 BROSSARD, Paulo. *O impeachment*. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 21-33.

20 TRIBE, Laurence; MATZ, Joshua. *Op. cit.*, p. 11.

21 GERHARDT, Michael J. *The lessons of Impeachment History*. University of North Carolina School of Law Carolina Law Scholarship Repository. Faculty Publications, 1999. p. 2.

22 Por todos, GALUPPO, Marcelo Campos. *Impeachment: o que é, como se processa e por que se faz*. Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2016, p. 76 e et seq..

bilidade<sup>23</sup> no desenho institucional do *impeachment* disposto no texto das constituições sul-americanas.

### 3 O DESENHO INSTITUCIONAL DO *IMPEACHMENT* NA AMÉRICA DO SUL: UMA ANÁLISE DA TIPIFICAÇÃO DOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE NAS CONSTITUIÇÕES DA REGIÃO

Os registros da convenção federal e os ensaios registrados nos *Federalist Papers* denotam a finalidade dos *founding fathers* norte-americanos em diferenciar o *impeachment* presidencial por eles desenhado da *motion of no confidence* do sistema parlamentarista. Isso fez com que, apesar de ter sido debatida, foi rechaçada a proposta de previsão de cabimento de *impeachment* presidencial por *maladministration*, tendo sido esse termo retirado do texto proposto. Para os vencedores da proposta, a vagueza desse termo acabaria por permitir sucessivos questionamentos da legitimidade do mandato presidencial, fazendo com que a sobrevivência do governo dependesse da vontade do Senado, acabando por verter o instituto arquitetado nos Estados-Unidos num voto de desconfiança<sup>24</sup>.

Entretanto, o resultado do desenho institucional, com a previsão de cabimento de *impeachment* presidencial nos casos de *other high crimes and misdemeanors* (outros grandes crimes e delitos) em detrimento da previsão original de *maladministration* não convenceu a todos de trazer segurança jurídica ao instituto, como bem assevera Alexis de Tocqueville:

Nada mais assustador do que a vagueza das leis americanas, quando definem os crimes políticos propriamente ditos. “Os crimes que motivarão a condenação do presidente (diz a constituição dos Estados Unidos, seção IV, art. 1) são a alta

23 A expressão crimes de responsabilidade foi a utilizada na Constituição da República Federativa do Brasil para designar as infrações político-administrativas praticadas pelo Presidente da República que ensejariam o cabimento do processo de impeachment, em seu art. 85. Assim, usaremos, a partir de então, o termo para designar as infrações político-administrativas presidenciais passíveis de responsabilização por impeachment, ainda que seja outro o termo utilizado em outras constituições. Cf. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Assembléia Nacional Constituinte. Diário Oficial da União: Seção 1, 5 de out. 1988. Página 1 (Publicação Original), art. 85.

24 UNITED STATES OF AMERICA. *Impeachment grounds part 2: Selected Constitutional Convention Materials*. National Congress - Congressional Research Service: Washington D. C., 1988. p. 2. Disponível em: <https://www.senate.gov/CRSPubs/27014603-8d4e-4ee2-b5cc-19b81e252abd.pdf>. Acesso em: 28 out. 2021.

traição, a corrupção ou outros grandes crimes e delitos.” A maioria das constituições dos Estados são muito mais obscuras ainda<sup>25</sup>.

Seja qual for o processo punitivo - penal/criminal, administrativo ou político como o *impeachment* - a vagueza da previsão proibitiva das condutas ou a sua não tipificação estrita acaba por consistir num procedimento muito perigoso, ainda mais quando se trata do processo punitivo da maior autoridade do país, o que pode verter um instituto que se pretende democrático e republicano numa arma apontada para o presidente, intimidando a sobrevivência do governo no seu eventual uso desarrazoado diante de uma crise econômica ou reprovação do governo pela população, elementos costumeiramente observados em conjunturas de processos de *impeachment*<sup>26</sup>.

Destarte, partilhamos do entendimento de Antônio Cheibub quem, ao descrever o sistema presidencialista, acertadamente observa que “O chefe de governo pode ou não ser escolhido pela casa legislativa, mas uma vez escolhido ele cumprirá um mandato fixo no cargo: nos sistemas presidencialistas, o chefe de governo não pode ser removido do cargo ainda que ele favoreça políticas opostas pela maioria legislativa” (tradução livre)<sup>27</sup>.

À vista disso, por mais paradoxal que seja, a reprovação a um governo ou às suas medidas ou políticas não enseja a destituição do chefe do Executivo no presidencialismo - ao menos num sistema de governo que se declare ou se pretenda presidencialista - sendo em verdade uma dinâmica típica do sistema parlamentarista<sup>28</sup>. No primeiro, a dinâmica institucional é alicerçada na igualdade,

25 TOCQUEVILLE, Alexis. *A democracia na América*. Livro 1. Leis e Costumes. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 125.

26 O cientista político e Professor da Universidade de Notre-Dame Aníbal Pérez-Liñán analisou o impeachment presidencial e a instabilidade política do continente latino-americano. Em sua pesquisa empírica, Pérez-Liñán constatou alguns fatores, dentre eles a reprovação popular que acabam por definir a estabilidade governamental do presidente e que podem, se conjugados, levar a uma provável destituição presidencial. São eles: crise econômica, escândalo político, reprovação popular do governo e perda de apoio legislativo. Cf. PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. *Presidential Impeachment and the new political instability in Latin America*. New York, NY: Cambridge University Press, 2007, p. 3 e et seq.. (Cambridge Studies in Comparative Politics). Nossa pesquisa centra-se num aspecto não analisado pelo professor, qual seja, a influência do desenho institucional do impeachment nas constituições dos países presidencialistas, no caso do presente estudo a América do Sul, na estabilidade do mandato presidencial, ou seja, na facilidade de se remover um presidente sul-americano pela via do impeachment.

27 CHEIBUB, José Antônio. *Presidentialism, Parliamentarism, and Democracy*. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2007, p. 1.

28 TRIBE, Laurence; MATZ, Joshua. *To end a presidency: the power of impeachment*. New York: Basic Books, 2018, p.153-154.



harmonia e separação de poderes, exigindo-se uma conduta ilícita do presidente, apurada numa acusação formal no processo de *impeachment*, enquanto no parlamentarismo, basta a perda de apoio parlamentar, que enseja o manejo do voto de desconfiança, hábil a destituir o governo.

A não tipificação estrita de infrações no corpo do desenho institucional do *impeachment* lançado no corpo da Constituição, o que consideramos uma fragilidade, não é observada, por mim, como uma debilidade suficiente capaz de ostentar uma insegurança jurídica no instituto do *impeachment* nos Estados Unidos, em virtude de se adotar, nesse país, o sistema jurídico do *common law*. No desenho institucional norte-americano, a Constituição delega à legislação criminal as condutas ensejadoras de responsabilidade presidencial<sup>29</sup>.

Contudo, essa mesma observação não se sustenta como hipótese na América Latina, continente onde o sistema presidencialista, sob influência das conquistas liberais da revolução americana, acabou por se difundir. Como a grande maioria dos países Latino-americanos adota o sistema jurídico do *civil law*, a consequência é ser a lei escrita a fonte primária do direito, exigindo, para que uma pena seja aplicada, a tipificação estrita na definição legal da conduta, independentemente de se tratar uma pena criminal, política ou administrativa<sup>30</sup>.

Observamos que a vagueza avaliada por Tocqueville na Constituição dos Estados Unidos da América nem de longe pode ser comparada ao grau de abstratividade da técnica proibitiva de alguns dispositivos constantes no desenho institucional dos textos constitucionais da América do Sul<sup>31</sup>.

29 Para mais detalhes sobre o desenho institucional dos crimes passíveis de responsabilização por impeachment no presidencialismo norte americano, cf. BOWMAN III, Frank O. *High crimes and misdemeanors: a history of impeachment for the age of Trump*. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2019, p. 94 et. seq. .

30 PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins. A Estabilidade do Sistema Presidencialista sob a ótica do Princípio da Legalidade: Uma Análise da Tipificação dos Crimes de Responsabilidade nas Constituições Sul-Americanas. In: MARTINS, Carlos Eduardo Berhmann Rátis; BARREIROS FILHO, Jaime; PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BAHIA, Saulo José Casali (Orgs.). *Democracia e poderes em crise*. São Paulo: Editora Iasp, 2022, p. 32.

31 A despeito do Presidencialismo não estar adstrito apenas à América do Sul, a impossibilidade empírica de analisar todos os sistemas presidencialistas neste artigo impunha um recorte metodológico. Então, em decorrência da similitude cultural e da proximidade físico-geográfica, foram objeto de investigação apenas os países da América do Sul que compartilham a origem linguística latina. Não foi incluída na pesquisa a Venezuela, em virtude de atualmente haver controvérsia na literatura sobre o grau de democracia do seu atual regime, e a análise do seu desenho institucional do impeachment pouco influenciaria, atualmente, na possibilidade de destituição dos seus mandatários.

Como primeiro exemplo, tem-se a constituição da Colômbia, que outorga ao Senado competência para julgar o presidente pela prática de delitos cometidos no exercício das funções ou por má-conduta (art. 175.2), reservando, de outro lado, à Câmara Alta a competência de apreciar o seguimento ou óbice das condutas quando se tratar de “delitos comuns” (art. 175.3)<sup>32</sup>, situação na qual o presidente fica à disposição da Suprema Corte. Entendemos que essa segunda função acaba por ser uma condição de procedibilidade que integra um procedimento mais amplo<sup>33</sup>.

Numa análise dos arts. 175.2 e 175.3 da Constituição Colombiana, entendo que os delitos apontados nesses dispositivos consistem em infrações político-administrativas, sendo sua redação vaga no sentido do que se consideraria má-conduta<sup>34</sup>.

No Equador, a Constituição adota um *design* institucional que exige, para a instrumentalização do *impeachment*, sejam praticados pelo presidente crimes contra a segurança do Estado, suborno, enriquecimento ilícito, crimes de extorsão, apropriação indevida, tortura, genocídio, sequestro, desaparecimento forçado de pessoas ou homicídio em base política ou moral, sendo o juízo de admissibilidade competência da Corte Constitucional (art. 129)<sup>35</sup>.

Em que pese o texto constitucional apresentar um rol de condutas que consistem em ilícitos penais, a expressão constante no fim do item 3 do art. 129, qual seja, “com fundamento político ou moral”<sup>36</sup> (tradução livre) acaba por revestir o instituto no Equador de natureza político-administrativa às infrações, a despeito dessas condutas se tratarem de uma violação legal que prescindia de cunho político.

No Peru, não há na constituição uma preocupação em capitular num rol quais seriam as condutas que ensejariam o cabimento de um pedido de *impeachment* de maneira estrita, não apresentando nem mesmo um rol exemplificativo, na contramão dos países sul-americanos vizinhos. A carta constitucional peru-

32 COLOMBIA. [Constitución (1991)]. *Constitución política de Colombia 1991*. Edición actualizada. Bogotá: Editorial Atenea Ltda, 2017.

33 PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins. Quando punir os presidentes? Uma resposta à teoria constitucional do *impeachment* a partir das contribuições do modelo doutrinário axiológico garantista de Luigi Ferrajoli. *Revista Populus / Tribunal Regional Eleitoral da Bahia*, Escola Judiciária Eleitoral - n° 11, 2021.2 - Salvador: Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, 2021, p. 15.

34 COLOMBIA, *Op. cit.*,

35 ECUADOR. *Ecuador's Constitution of 2008 with Amendments through 2021*. Comparative Constitutions Project. Disponível em: [https://constituteproject.org/constitution/Ecuador\\_2021?lang=en](https://constituteproject.org/constitution/Ecuador_2021?lang=en). Acesso em: 25 dez. 2021.

36 *Ibidem*.



ana assente a destituição presidencial por sua “(...) permanente incapacidade moral ou física, declarada pelo Congresso.” (art. 113.2)<sup>37</sup> (tradução livre).

Em minha análise, esse desenho institucional do *impeachment* deficitário, permitindo o cabimento do processo de destituição de maneira muito ampla, acaba propiciando no país uma crise de sucessão da presidência jamais observada no continente sul-americano. No Peru, o cargo de presidente chegou a ser ocupado por 3 indivíduos em menos de 7 dias<sup>38</sup>.

Essa instabilidade político-institucional é ocasionada, parcialmente<sup>39</sup>, pela facilidade de se requerer, procedimentalizar e aprovar um *impeachment* contra o presidente no Peru, a começar pela subjetividade na redação do cabimento do processo, que permite seu manejo em decorrência de incapacidade moral<sup>40</sup>. O atual presidente, Pedro Castillo, já enfrentou 2 (dois) processos de *impeachment* em menos de 1 (um) ano de governo<sup>41</sup>.

Na Bolívia, o texto constitucional não prevê formalmente o instrumento do *impeachment* ou julgamento político do presidente, prevendo a cessação do mandato presidencial em caso de morte, renúncia, ausência ou impedimento, por condenação criminal em instância final e por revocatória de mandato (art. 170)<sup>42</sup>. O desenho

37 ARROYO, César Landa. *Constitución política del Perú 1993*. Comentários, reformas, índice analítico. 2. ed. Lima: Pontificia Universidad Católica del Peru, Fondo Editorial, 2019, p. 58.

38 TURKEWITZ, Julie; KURMANAEV, Anatoly. Peru Chooses 3rd President in a Week Amid Street Protests

The naming of Francisco Sagasti as president was not expected to immediately quell popular anger at the country’s legislators, whom many Peruvians see as corrupt — and responsible for the turmoil. *The New York Times*, 16 nov. 2020. Disponível em <https://www.nytimes.com/2020/11/16/world/americas/Peru-president-Francisco-Sagasti.html>. Acesso em: 14 de maio de 2022.

39 Não afirmamos que essa seja a causa primordial, tampouco a única razão. O tema demanda constantes pesquisas, e segue sendo objeto de meus estudos e análises, sobretudo no tocante a quais seriam os outros elementos que influenciariam as destituições presidenciais. Futuras conclusões e observações empíricas virão a ser publicadas em pesquisas subsequentes.

40 PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins; COSTA, Thaianne Dutra Luz; NERI, Larissa Pereira Macedo. Impeachment presidencial, crise institucional no Peru e a influência da engenharia constitucional na estabilidade governamental do presidencialismo. *Anais do I Colóquio Jurídico Interinstitucional da Pós-Graduação Stricto Sensu do Centro Universitário FG (UniFG) e da Universidade de Caxias do Sul (UCS) – Ética, Fundamentos e Efetividade do Direito para o Século XXI*. Guanambi-BA/Caxias do Sul-RS, 26 nov. 2020 (no prelo).

41 PEDRO CASTILLO SOBREVIVE A SEGUNDA TENTATIVA DE IMPEACHMENT NO PERU. Valor Econômico, São Paulo, 29 de março de 2022. Disponível em: <https://valor.globo.com/mundo/noticia/2022/03/29/pedro-castillo-sobrevive-a-segunda-tentativa-de-impeachment-no-peru.ghtml>. Acesso em: 16 fev. 2022.

42 BOLÍVIA. [Constitución (2009)]. *Nueva Constitución Política del Estado*. Estado plurinacional de Bolívia. Aprobada en el Referéndum del 25 de Enero de 2009 y Promulgada

institucional boliviano prevê que, em caso de delitos praticados no exercício do mandato presidencial, o chefe de Estado será julgado pelo Tribunal Supremo de Justiça, lançando como condição de procedibilidade a autorização pela Assembleia Legislativa Plurinacional (art. 184.4)<sup>43</sup>.

A constituição boliviana não diferencia a natureza dos crimes presidenciais que ensejem a responsabilidade do presidente, quero dizer, se essas infrações abrangem infrações político-administrativas (às quais denominamos crimes de responsabilidade) ou somente infrações penais. Todavia, o art. 170 da carta constitucional da Bolívia nos leva a inferir que o *impeachment* naquele Estado é cabível apenas no caso de violações à lei penal, ficando o juízo político reservado, no texto da Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia de 2009, à possibilidade de revocatória de mandato (*recall* presidencial), que não integra o objeto desta pesquisa, razão pela qual não o abordarei.

No Chile, o desenho institucional entrega à Câmara dos Deputados a competência de declarar serem cabíveis ou não as acusações contra “O Presidente da República por atos da sua administração que tenham comprometido gravemente a honra ou a segurança da nação, ou infringindo abertamente a Constituição ou as leis. (...)” (art. 52, 2, a) (tradução livre)<sup>44</sup>.

A carta chilena apresenta também um cabimento vago de *impeachment* ao possibilitar a acusação contra o presidente por atos que atinjam a honra da nação, mas segue a obviedade de um *impeachment* ao prever, assim como a constituição uruguaia, o seu cabimento em caso de violação à constituição e às leis do país.

Pelo conjunto de minhas pesquisas, sobretudo nesse aspecto de desenho institucional do cabimento do *impeachment* presidencial, as constituições argentina (art. 53)<sup>45</sup> e paraguaia (art. 225)<sup>46</sup>, assim como a constituição peruana analisada em linhas anteriores, apresentam a maior debilidade no desenho institucio-

---

da el 7 de febrero de 2009. La Paz: U.P.S. Editorial Srl., 2017.

43 *Ibidem*.

44 CHILE. [Constitución (2005)]. *Constitución política de la República de Chile, Decreto Supremo n° 100*. Texto refundido coordinado y sistematizado de la constitución política de la República de Chile. Nueva Edición. Santiago: Lexnova Ediciones, 2017.

45 ARGENTINA. [Constitución (1853)]. *Constitución de la nación argentina*. Texto oficial de 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994. 1. ed. 2. reimpr. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: El Ateneo, 2017.

46 PARAGUAY. [Constitución (1992)]. *Constitución de la República (1992)*. Assunção, 1992.

nal da destituição do presidente nas constituições da América do Sul, sobretudo por exprimirem a maior vagueza na previsão do cabimento de *impeachment*, possibilitando que suas respectivas Câmaras dos Deputados acusem perante seus Senados o presidente da república por “mau desempenho de suas funções”, uma conduta vaga e de ampla subjetividade.

A Constituição do Uruguai apresenta uma redação muito semelhante à Constituição dos Estados Unidos no tocante ao desenho institucional do *impeachment*, estabelecendo a competência da Câmara dos Representantes de acusar o presidente da república, perante a Câmara dos Senadores, por violação à Constituição e outros delitos graves (art. 93)<sup>47</sup>.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 seguiu um caminho diverso das cartas constitucionais dos países sul-americanos vizinhos, apresentando, a partir dos argumentos que levantei acima, uma maior segurança jurídica no que se refere à capitulação dos crimes de responsabilidade (infrações político-administrativas) do presidente da república. No art. 85<sup>48</sup> é apresentada como crime de responsabilidade uma proibição genérica de o presidente atentar contra a Constituição, desdobrando em sete incisos instituições e organizações protegidas contra investidas presidenciais.

Essas condutas que implicam o cabimento de *impeachment* presidencial no corpo do texto constitucional brasileiro são regulamentadas em legislação especial, cabendo atualmente à Lei 1.079/50<sup>49</sup> - Lei de Crimes de Responsabilidade - essa tarefa. Ainda assim, não obstante o avanço da constituição brasileira em comparação com as demais constituições sul-americanas quanto ao desenho institucional do *impeachment*, essa instituição nacional também apresenta vulnerabilidade em nosso constitucionalismo<sup>50</sup>.

O trabalho comparativo dos textos constitucionais da América do Sul acima empregado presta-se a expor a fragilidade de um

47 URUGUAY. [Constitución (1967)]. *Constitución de la República Oriental del Uruguay 1967*. Edición actualizada con las enmiendas aprobadas por los plebiscitos del 26/11/89, 27/11/94, 08/12/96 y 30/10/04. Montevideo: Tradinco, 2014.

48 BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Assembléia Nacional Constituinte. Diário Oficial da União: Seção 1, 5 out. de 1988. Página 1 (Publicação Original), art. 85.

49 BRASIL. *Lei 1.079 de 10 de abril de 1950*. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Rio de Janeiro, RJ: Congresso Nacional, 1950.

50 PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins. Da (i)legitimidade do processo de impeachment no presidencialismo brasileiro. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 5, n. 02, p. 248-268, 12 mar. 2019.

traço elementar do *impeachment*, qual seja, a imprescindibilidade de uma infração para o seu cabimento, seja essa infração criminal, administrativa ou política. A partir desse atributo, elementar num estado que se pretenda Democrático de Direito, defendo o princípio do *nullum impeachment sine crimen*.<sup>51</sup>

A debilidade da previsão do cabimento do *impeachment* presidencial, como pode ser observada a partir da análise empregada, acabam por evidenciar a grande margem de discricionariedade que os textos constitucionais outorgam às instituições competentes por julgar ou autorizar o julgamento dos presidentes na América do Sul (sejam Câmaras dos Deputados, Senados, Tribunais Supremos ou Cortes Constitucionais). Essa amplitude de poderes interpretativos quanto à destituição presidencial colocando a estabilidade do governo em risco, oportunizando *impeachments* presidenciais sumárias, como a destituição Fernando Lugo no Paraguai em 2012<sup>52</sup>, assemelhando a práxis do *impeachment*, do voto de desconfiança típico do parlamentarismo<sup>53</sup>.

51 PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins. Quando punir os presidentes? Uma resposta à teoria constitucional do *impeachment* a partir das contribuições do modelo doutrinário axiológico garantista de Luigi Ferrajoli. *Revista Populus / Tribunal Regional Eleitoral da Bahia*, Escola Judiciária Eleitoral - n° 11, 2021.2 - Salvador: Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, 2021, p. 32 e et seq..

52 PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins; COELHO, Cláudio Carneiro Bezerra Pinto. Duas destituições presidenciais em 30 anos da Constituição de 1988: Avanço ou retrocesso da democracia? In: GUERRA, Sidney César Silva; GUERRA, Caio Grande. (Orgs.). *Discussões atuais do Direito Constitucional brasileiro*. Curitiba: Instituto Memória, 2018, v. 1, p. 105 e et seq..

53 Essa vagueza na tipificação das condutas presidenciais passíveis de responsabilização por *impeachment* previstas nas constituições do continente sul-americano, somada a outras características típicas dos sistemas parlamentaristas adotadas pelas constituições dos estados do continente faz com que parcela da literatura defenda a ocorrência do fenômeno da parlamentarização dos sistemas presidencialistas na região. (Cf. SANTANO, Ana Claudia; NAKAMURA, Luis Antonio Corona. La parlamentarización de los sistemas presidencialistas y los derechos políticos de presidentes democráticamente elegidos: una visión desde los derechos humanos. *Revista Estudios Constitucionales*, vol. 18, núm. 2, 2020, p. 335-361; CAMPOS, Maria Milagros S. La parlamentarización del presidencialismo peruano. In: ARROYO, César Landa. (org.). *Derechos Fundamentales: actas de las V Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales*. LIMA: Palestra Editores, 2020, p. 20-22).

#### 4 MODELO DE TIPIFICAÇÃO DOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE DO *IMPEACHMENT* E A SOBREVIVÊNCIA DO MANDATO PRESIDENCIAL

A partir da exposição das seções anteriores, cabe-nos indagar se haveria alguma relação entre o modelo de tipificação dos crimes de responsabilidade adotado no desenho institucional do *impeachment* nas constituições dos países do continente Sul-Americano e a instabilidade que os mandatos presidenciais têm enfrentado na região.

A instabilidade política na América Latina tem sido objeto de diversos estudos, que buscam apontar as suas prováveis causas. Para Linz, o presidencialismo seria menos hábil que o parlamentarismo para viabilizar ou manter a democracia<sup>54</sup>. Essa hipótese foi confirmada no trabalho de Przeworski, Alvarez, Cheibub e Limongi, que afirmam que democracias presidenciais são mais tendentes a morrerem do que democracias parlamentares em qualquer nível de desenvolvimento<sup>55</sup>.

Ademais, Hochstetler aponta que, até 2003, 40% dos presidentes da América do Sul tiveram seus mandatos questionados, dos quais 23% tiveram suas presidências interrompidas<sup>56</sup>. Numa análise atualizada, até 2021 um total de 18 (dezoito) presidentes tiveram seus mandatos interrompidos na América do Sul, seja por renúncias, processos de *impeachment* ou destituição congressional, chegando até a haver declarações de incapacidade mental, como pode ser observado no Quadro 1 seguinte:

54 LINZ, Juan J. Presidential or parliamentary democracy: does it make a difference? In: LINZ, Juan J.; VALENZUELA, Arturo (Orgs.) *The failure of presidential democracy: the case of Latin America*. Baltimore: The John Hopkins University Press, 1994. 1 v., p. 4-5.

55 PRZEWORSKI, Adam; ALVAREZ, Michael E.; CHEIBUB, José Antonio; LIMONGI, Fernando. *Democracy and Development: Political Institutions and Well-Being in the World, 1950–1990*. New York: Cambridge University Press, 2000, p. 131.

56 HOCHSTETLER, Kathryn. Rethinking Presidentialism: Challenges and Presidential Falls in South America. *Comparative Politics*, Ph.D. Programs in Political Science, City University of New York, New York, Vol. 38, No. 4 (Jul., 2006), p. 401-418.

## Quadro 1 - Presidências prematuramente interrompidas na América do Sul (1989-2020)

ANO	PRESIDENTE	PAÍS	CAUSA
1989	Raúl Alfonsín	Argentina	Renunciou
1992	Fernando Collor de Mello	Brasil	Impeachment (condenado)
1993	Carlos Andrés Perez	Venezuela	Impeachment (condenado)
1997	Abdalá Bucarán	Equador	Declarado mentalmente incapaz
1999	Raúl Cubas Grau	Paraguai	Renunciou (ante impeachment)
2000	Jamil Mahuad	Equador	Destituição pelo Congresso (golpe parlamentar-militar)
2000	Alberto Fujimori	Peru	Renunciou (ante impeachment)
2001	Fernando de la Rúa	Argentina	Renunciou
2003	Luis Gonzáles Machi	Paraguai	Renunciou (ante impeachment)
2003	Sánchez de Lozada	Bolívia	Renunciou
2005	Lucio Gutierrez	Ecuador	Destituição pelo Congresso
2005	Carlos Mesa	Bolívia	Renunciou
2012	Fernando Lugo	Paraguai	Impeachment (condenado)
2016	Dilma Rousseff	Brasil	Impeachment (condenada)
2018	Pedro Pablo Kuczynski	Peru	Renúncia (ante impeachment)
2019	Evo Morales	Bolívia	Renúncia (ante pressão militar)
2020	Martin Vizcarra	Peru	Impeachment (condenado)
2020	Manuel Merino	Peru	Renúncia (ante impeachment)

Fonte: elaboração própria com base nos dados de PEIXOTO NETO<sup>57</sup>; MARISGUIA<sup>58</sup>; HOCHSTETLER<sup>59</sup>.

A hipótese de instabilidade do sistema presidencialista em decorrência da engenharia institucional deficitária nos textos das constituições sul-americanas, em especial quanto à vagueza da tipificação das condutas ensejadoras de responsabilização por

57 PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins. *Democracia e julgamento político: análise da governabilidade no presidencialismo brasileiro a partir dos impeachments dos presidentes Fernando Collor de Mello e Dilma Rousseff*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-graduação em Direito do Centro Universitário Guanambi (UniFG). Guanambi/BA, 2018.

58 MARISGUIA, Breno André Horta. *Predizendo e explicando interrupções presidenciais na América Latina*. 2020. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Programa de Pós-graduação em Ciência Política da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Belo Horizonte/MG, 2020.

59 HOCHSTETLER, Kathryn. Rethinking presidentialism: challenges and presidential falls in South America. *Comparative Politics*, Ph.D. Programs in Political Science, City University of New York, New York, Vol. 38, No. 4 (Jul., 2006), p. 401-418.



*impeachment* pode ser comprovada ao se observar as destituições presidenciais nas últimas 3 (três) décadas no continente, período no qual se operou a transição dos regimes ditatoriais militares para as democracias. Essa conclusão pode ser extraída a partir da observação dos dados no Quadro 1.

Dos 18 (dezoito) mandatos presidenciais prematuramente interrompidos, apenas Venezuela (1), Brasil (2), Paraguai (1) e Peru (1) presenciaram processos de *impeachment* concretizados (isto é, resultando em destituição presidencial), num total de 5 (cinco), o que corresponde a 27,8%. Desses 5 (cinco), 3 (três) têm cabimento controverso (Fernando Lugo em 2012; Dilma Rousseff em 2016 e Martin Vizcarra em 2020). No caso de Fernando Lugo<sup>60</sup> e Marin Vizcarra<sup>61</sup>, a vagueza das condutas ensejadoras do processo de *impeachment* previstas nas respectivas constituições permitiram a abertura dos processos por condutas questionáveis.

No caso de Dilma Rousseff, em que pese a Constituição brasileira trazer um rol de condutas que ensejam a abertura de um *impeachment*, regulamentadas em lei especial, o fundamento teria sido o desrespeito à lei orçamentária, quando na verdade as condutas praticadas pela presidente, as chamadas “pedaladas fiscais”, eram uma prática contábil tolerada pelo Tribunal de Contas da União, tendo sido praticada anteriormente por outros presidentes. A corte de contas mudou de entendimento quanto a essa conduta apenas no mandato da presidente que seria questionado posteriormente no aludido processo de *impeachment*<sup>62</sup>.

Ainda analisando os dados, percebe-se que, dos 18 (dezoito) mandatos presidenciais interrompidos analisados, 10 (dez) deles se trataram de renúncia, sendo eles Argentina (2), Paraguai (2), Peru (3) e Bolívia (3), totalizando 55,5% das destituições. Das 10

60 PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins. Democracia e julgamento político: análise da governabilidade no presidencialismo brasileiro a partir dos impeachments dos presidentes Fernando Collor de Mello e Dilma Rousseff. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-graduação em Direito do Centro Universitário Guanambi (UniFG). Guanambi/BA, 2018, et seq..

61 PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins; COSTA, Thaianne Dutra Luz; NERI, Larissa Pereira Macedo. Impeachment presidencial, crise institucional no Peru e a influência da engenharia constitucional na estabilidade governamental do presidencialismo. *Anais do I Colóquio Jurídico Interinstitucional da Pós-Graduação Stricto Sensu do Centro Universitário FG (UniFG) e da Universidade de Caxias do Sul (UCS) – Ética, Fundamentos e Efetividade do Direito para o Século XXI*. Guanambi-BA/Caxias do Sul-RS, nov. 2020 (no prelo).

62 PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins. Democracia e julgamento político: análise da governabilidade no presidencialismo brasileiro a partir dos impeachments dos presidentes Fernando Collor de Mello e Dilma Rousseff. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-graduação em Direito do Centro Universitário Guanambi (UniFG). Guanambi/BA, 2018, p. 159 e et seq..

(dez) renúncias, as ocorridas no Peru e no Paraguai consistiram no que chamamos de renúncia defensiva, queremos dizer, a renúncia presidencial praticada com o fito de evitar a abertura de processos de *impeachment*. Ademais, como exposto na seção anterior, Paraguai, Argentina e Peru são as constituições que apresentam o desenho institucional mais frágil quanto ao cabimento do processo de *impeachment*, com relação à análise da tipificação das condutas presidenciais, admitindo o seu manejo com previsão de condutas extremamente vagas e imprecisas, como “mau desempenho das funções” e “incapacidade moral”, como já descrito na seção 2.

Mister salientar que, em que pese já haver presenciado questionamento dos mandatos de seus presidentes, Chile e Uruguai não contam, até a presente data, com nenhum mandato presidencial prematuramente interrompido. Esse fato corrobora a ressalva de que apenas a engenharia institucional adotada na constituição por si só não garante a estabilidade do mandato presidencial, dado que o desenho institucional do *impeachment* nos aludidos países ainda apresenta certa vagueza e margem de discricionariedade, se comparados com o brasileiro, por exemplo. A razão pela qual tais países não apresentaram *impeachments* presidenciais até a presente data instiga-nos a continuar a pesquisa dessa temática de maneira aprofundada, não sendo possível apresentar resultados que esgotem o tema neste momento.

Então, apesar da engenharia institucional do *impeachment* no presidencialismo brasileiro ser melhor estabelecida no que toca à tipificação das condutas em comparação com os países vizinhos do continente, observa-se que essa característica não tem, por si só, garantida a estabilidade do sistema, tendo o país vivenciado o afastamento prematuro de 2 (dois) presidentes em menos de 30 (trinta) anos de redemocratização, situação que já analisamos noutro estudo<sup>63</sup>. Essa constatação exige a continuidade dos nossos estudos dessa temática a fim de identificar quais outros fatores contribuem para a instabilidade do funcionamento desse sistema de governo *in terrae brasilis*.

Embora consistam em institutos distintos e a sua diferença seja clara, faz-se imperioso ressaltar a diferença entre o *recall* ou referendo revogatório de mandato e *impeachment* presidencial. O

63 PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins; COELHO, Cláudio Carneiro Bezerra Pinto. Duas destituições presidenciais em 30 anos da Constituição de 1988: Avanço ou retrocesso da democracia? In: GUERRA, Sidney César Silva; GUERRA, Caio Grande. (Orgs.). *Discussões atuais do Direito Constitucional brasileiro*. Curitiba: Instituto Memória, 2018, v. 1, p. 150 e et seq..



*recall* se trata, como o próprio nome denota, de um instrumento de revogação do mandato, permitindo o seu manejo em decorrência insatisfação popular com o governo<sup>64</sup>, prescindindo a existência de qualquer infração presidencial prévia, quer político-administrativa, quer criminal. Na América do Sul, o instituto foi denominado de *revocatoria del mandato*, tendo sido adotado nas constituições da Venezuela, Colômbia, Equador e Bolívia<sup>65</sup><sup>66</sup>, variando o seu desenho institucional em cada país. Já o *impeachment* consiste num processo de acusação formal do presidente e, como toda acusação, exige-se a prática de uma infração, ainda que não seja de natureza estritamente criminal.

Em que pese a revocatória de mandato presidencial não consistir no objeto de análise desta pesquisa, é necessário destacar que, malgrado sua adoção na Venezuela, Colômbia, Equador e Bolívia, os textos constitucionais desses países deram ao instituto uma regulamentação muito bem definida e as respectivas formalidades bem delineadas, obstando seu manejo desproposital e banalização. Em contrapartida, o *impeachment* tem seu cabimento vagamente regulado nas regras institucionais das Constituições sul-americanas, o que acaba por favorecer o seu manejo desregrado na região, corroborando a hipótese de que há influência entre a estabilidade do mandato presidencial na América do Sul e o modelo de tipificação dos crimes de responsabilidade na engenharia institucional do *impeachment* adotada nas constituições dos estados da região.

Nesse diapasão, a reprovação popular de um governo ou de suas políticas no sistema parlamentarista resolve-se no manejo de uma moção de desconfiança, com a conseqüente destituição do primeiro-ministro pelo parlamento. Entretanto, essa dinâmica não se concebe no sistema presidencialista, que é inculpidado sob os pilares da igualdade, harmonia e separação de poderes<sup>67</sup>.

Se no sistema parlamentarista a destituição do governo é eminentemente política, já no presidencialismo a exigência da prática de uma infração dá à destituição governamental a tônica jurídica. No Brasil, em que pese alguns sustentarem a natureza

64 GALINDO, Bruno. *Impeachment à luz do Constitucionalismo Contemporâneo*: incluindo análises dos casos Collor e Dilma. Curitiba: Juruá, 2016, p. 38-39.

65 BARREIROS NETO, Jaime. *Os sistemas de governo e a controvérsia "parlamentarismo versus presidencialismo"*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 70-72. (Série Democracia e Reforma Política).

66 Em decorrência da limitação do objeto dessa pesquisa, ocuparemos apenas em traçar essa breve distinção entre os 2 (dois) institutos.

67 TRIBE, Laurence; MATZ, Joshua. *To end a presidency: the power of impeachment*. New York: Basic Books, 2018, p. 153-154.

eminentemente política do *impeachment*<sup>68</sup>, advogamos que essa não é a interpretação mais adequada ao que estabelece a Constituição Federal de 1988<sup>69</sup>.

Destarte, a Constituição brasileira, conforme se exige de uma constituição que adota o sistema presidencialista, exige a ocorrência de um crime de responsabilidade para que se instaure um *impeachment* em face do presidente da república (arts. 85 e 86)<sup>70</sup>. A infração, por seu turno, necessariamente deve corresponder a uma previsão típica na Lei 1.079/50, que regulamenta, tipifica e minudencia o rol exemplificativo do art. 85 da CRFB/88. Sem a tipificação, o que se obtém, em verdade, é um voto de desconfiança ou *recall* ilegítimo, consubstanciando-se o desvirtuamento do instituto do *impeachment* nos parâmetros constitucionais estabelecidos<sup>71</sup>.

Faz-se imperioso salientar que a estabilidade do mandato presidencial não depende apenas do desenho institucional do *impeachment* lançado no texto constitucional. Em verdade, numa pesquisa mais abrangente, o prof. Pérez-Liñán estudou o *impeachment* presidencial e a instabilidade política do continente latino-americano constatando que diversos fatos, como a reprovação popular, o desempenho econômico, o envolvimento do presidente ou seu partido em escândalos de corrupção e a coalizão de governo ou apoio legislativo acabam por definir a estabilidade governamental do presidente e que, caso sejam conjugados, podem acarretar a destituição presidencial<sup>72</sup>. Saliente-se que a influência do desenho institucional do *impeachment* nas constituições dos países presidencialistas na estabilidade do mandato presidencial, não foi analisada pelo professor, o que consideramos um *gap* na literatura até então.

Por fim, deve-se lembrar que processos de julgamento político ou *impeachments* fora dos ditames constitucionais podem ser questionados tanto ante cortes constitucionais ou supremas

68 TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 22. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 169-170.

69 PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins. Quando punir os presidentes? Uma resposta à teoria constitucional do *impeachment* a partir das contribuições do modelo doutrinário axiológico garantista de Luigi Ferrajoli. *Revista Populus / Tribunal Regional Eleitoral da Bahia*, Escola Judiciária Eleitoral - n° 11, 2021.2 - Salvador: Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, 2021, p. 45.

70 BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Assembléia Nacional Constituinte. Diário Oficial da União: Seção 1, 5 out. de 1988. Página 1 (Publicação Original), art. 85.

71 PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins. *Op. cit.*, 2021, p. 45.

72 PÉREZ-LIÑÁN, Anibal. *Presidential Impeachment and the new political instability in Latin America*. New York, NY: Cambridge University Press, 2007. p. 3 e et seq.. (Cambridge Studies in Comparative Politics).

cortes, a depender do desenho institucional do controle de constitucionalidade adotado no país, quanto, na América, perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)<sup>73</sup>.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Alicerçado no paradigma da importância das instituições para o bom funcionamento do Estado Democrático de Direito, este artigo analisou a sobrevivência do mandato presidencial a partir do desenho institucional do *impeachment* lançado nas constituições sul-americanas, especialmente no tocante ao cabimento do instituto de destituição presidencial.

Para alcançar esse propósito, a pesquisa lançou mão do estudo comparado do direito constitucional e do desenho institucional engendrado nas constituições dos países da América do Sul, adotadas após a redemocratização da região que sucedeu os governos ditatoriais cívico-militares. A escolha da região justificase, metodologicamente, em decorrência da proximidade geográfica e semelhança institucional dos países do continente, a ampla adoção do presidencialismo na região e a impossibilidade de uma análise comparada de um *n* maior de constituições.

A pesquisa pretendeu mostrar a influência que o desenho institucional quanto ao cabimento do *impeachment* presidencial apresenta na estabilidade desse sistema de governo, especialmente no que se refere à sobrevivência do governo ou permanência do presidente no cargo. Nesse propósito, observou-se a técnica legislativa da proibição ou tipificação das condutas e do cabimento do processo de *impeachment* nas constituições dos estados analisados.

A partir de uma observação empírica, este estudo buscou compreender a razão pela qual, no continente sul-americano, o sistema presidencialista tem apresentado instabilidades contemporaneamente, contando com a interrupção presidencial prematura de 18 (dezoito) chefes de Estado nos últimos 30 (trinta) anos. Desse universo, 5 (cinco) destituições se deram via *impeachment* e 10 (dez) consistiram em renúncias ao cargo. Observa-se uma concentração das destituições no Peru, Paraguai, Argentina, Bolívia, Equador e

73 Sobre a questão, Cf. ROA ROA, Jorge Ernesto; CHUEIRI, Vera Karam de *et al.* Amicus curiae sobre a solicitação de opinião consultiva relativa à figura do juízo político ou *impeachment* apresentada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 1, p. 213-266, abr. 2018. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/59379>. Acesso em: 30 abr. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdupr.v63i1.59379>.

Brasil. Esses resultados põem em xeque a estabilidade do mandato como *core attribute* do sistema presidencialista.

Nesse sentido, a hipótese de que a debilidade da definição do cabimento do *impeachment* presidencial engendrado no desenho institucional das constituições dos países da América do Sul acaba por influenciar na sobrevivência do mandato presidencial foi confirmada, sobretudo nas interrupções prematuras das presidências.

É importante salientar que os resultados dessa pesquisa não descartam a existência de outros fatores que acabem por influenciar a instabilidade do sistema presidencialista na região, do mesmo modo que não tem pretende ser um estudo exaustivo ou definitivo. A continuidade desse estudo e a realização de análises posteriores decorrem da amplitude do tema, fazendo-se uso de outros métodos, investigando outros elementos, quer do instituto do *impeachment*, quer do sistema presidencialista.

## REFERÊNCIAS

AMORIM NETO, Octávio. *Presidencialismo e governabilidade nas Américas*. Rio de Janeiro: Editora FGV: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

ARGENTINA. [Constitución (1853)]. *Constitución de la nación argentina*. Texto oficial de 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994. 1. ed. 2. reimpr. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: El Ateneo, 2017.

ARROYO, César Landa. *Constitución política del Perú 1993*. Comen-tários, reformas, índice analítico. 2. ed. Lima: Pontificia Universidad Católica del Peru, Fondo Editorial, 2019.

BARREIROS NETO, Jaime. *Os sistemas de governo e a controvérsia “parlamentarismo versus presidencialismo”*. Salvador: Juspodivm, 2018. (Série Democracia e Reforma Política).

BOLÍVIA. [Constitución (2009)] *Nueva Constitución Política del Estado*. Estado plurinacional de Bolivia. Aprobada en el Referéndum del 25 de Enero de 2009 y Promulgada el 7 de febrero de 2009. La Paz: U.P.S. Editorial Srl., 2017.

BOWMAN III, Frank O. *High crimes and misdemeanors: a history of impeachment for the age of Trump*. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte. Diário Oficial da União: Seção 1, Brasília, DF, 5 out. 1988. Página 1 (Publicação Original)

BRASIL. *Lei 1.079 de 10 de abril de 1950*. Lei de Crimes de Responsabilidade. Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 1950.

BROSSARD, Paulo. *O impeachment*. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1992.

CAMPOS, Maria Milagros S. La parlamentarización del presidencialismo peruano. In: ARROYO, César Landa. (org.). *Derechos Fundamentales: actas de las V Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales*. LIMA: Palestra Editores, 2020.

CHEIBUB, José Antônio. *Presidentialism, Parliamentarism, and Democracy*. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2007.

CHEIBUB, José Antônio; ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom. Beyond Presidentialism and Parliamentarism. *British Journal of Political Science*, v. 44, n. 3, p. 1-30, 2013.

CHILE. [Constitución (2005)]. *Constitución política de la República de Chile, Decreto Supremo n° 100*. Texto refundido coordinado y sistematizado de la constitución política de la República de Chile. Nueva Edición. Santiago: Lexnova Ediciones, 2017.

COLOMBIA. [Constitución (1991)]. *Constitución política de Colombia 1991*. Edición actualizada. Bogotá: Editorial Atenea Ltda, 2017.

ECUADOR. *Ecuador's Constitution of 2008 with Amendments through 2021*. Comparative Constitutions Project. Disponível em: [https://constituteproject.org/constitution/Ecuador\\_2021?lang=en](https://constituteproject.org/constitution/Ecuador_2021?lang=en). Acesso em: 25 dez. 2021.

GALINDO, Bruno. *Impeachment à luz do Constitucionalismo Contemporâneo: incluindo análises dos casos Collor e Dilma*. Curitiba: Juruá, 2016.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Impeachment: o que é, como se processa e por que se faz*. Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2016.

GERHARDT, Michael J. *The lessons of Impeachment History*. University of North Carolina School of Law Carolina Law Scholarship Repository. Faculty Publications, 1999.

HOCHSTETLER, Kathryn. Rethinking Presidentialism: Challenges and Presidential Falls in South America. *Comparative Politics*, Ph.D. Programs in Political Science, City University of New York, New York, Vol. 38, No. 4 (Jul., 2006).

LIJPHART, Arend. Introduction. In: LIJPHART, Arend (Org.). *Presidential versus parliamentary government*. New York: Oxford University Press, 1992.

LINZ, Juan J. Presidential or parliamentary democracy: does it make a difference? In: LINZ, Juan J.; VALENZUELA, Arturo (Orgs.) *The failure of presidential democracy: the case of Latin America*. Baltimore: The John Hopkins University Press, 1994. 2 v.

MOE, T. & CALDWELL, M. The Institutional Foundations of Democratic Government: A Comparison of Presidential and Parliamentary Systems. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, v. 150, n. 1, p. 171-195, 1994.

PARAGUAY. [Constitución (1992)]. *Constitución de la República (1992)*. Assunção, 1992.

PEDRO CASTILLO SOBREVIVE A SEGUNDA TENTATIVA DE IMPEACHMENT NO PERU. Valor Econômico, São Paulo, 29 de março de 2022. Disponível em: <https://valor.globo.com/mundo/noticia/2022/03/29/pedro-castillo-sobrevive-a-segunda-tentativa-de-impeachment-no-peru.ghtml>. Acesso: 16 fev. 2022.

PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins. A Estabilidade do Sistema Presidencialista sob a ótica do Princípio da Legalidade: Uma Análise da Tipificação dos Crimes de Responsabilidade nas Constituições Sul-Americanas. In: MARTINS, Carlos Eduardo Berhmann Rátis; BARREIROS FILHO, Jaime; PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BAHIA, Saulo José Casali. *Democracia e poderes em crise*. (Orgs.). São Paulo: Editora Iasp, 2022.

PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins. Da (i)legitimidade do processo de impeachment no presidencialismo brasileiro. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 5, n. 02, 12 mar. 2019.



PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins. *Democracia e julgamento político: análise da governabilidade no presidencialismo brasileiro a partir dos impeachments dos presidentes Fernando Collor de Mello e Dilma Rousseff*. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-graduação em Direito do Centro Universitário Guanambi (UniFG). Guanambi/BA, 2018.

PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins; COELHO, Cláudio Carneiro Bezerra Pinto. Duas destituições presidenciais em 30 anos da Constituição de 1988: Avanço ou retrocesso da democracia? In: GUERRA, Sidney César Silva; GUERRA, Caio Grande. (Org.). *Discussões atuais do Direito Constitucional brasileiro*. Curitiba: Instituto Memória, 2018. v. 1.

PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins; COSTA, Thaianne Dutra Luz; NERI, Larissa Pereira Macedo. Impeachment presidencial, crise institucional no Peru e a influência da engenharia constitucional na estabilidade governamental do presidencialismo. *Anais do I Colóquio Jurídico Interinstitucional da Pós-Graduação Stricto Sensu do Centro Universitário FG (UniFG) e da Universidade de Caxias do Sul (UCS) – Ética, Fundamentos e Efetividade do Direito para o Século XXI*. Guanambi-BA/Caxias do Sul-RS, 26 nov. 2020 (no prelo).

PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins. *Quando punir os presidentes? Uma resposta à teoria constitucional do impeachment a partir das contribuições do modelo doutrinário axiológico garantista de Luigi Ferrajoli*. Revista Populus / Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, Escola Judiciária Eleitoral - nº 11, 2021.2 - Salvador: Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, 2021.

PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. *Presidential Impeachment and the new political instability in Latin America*. New York, NY: Cambridge University Press, 2007. (Cambridge Studies in Comparative Politics).

PRZEWORSKI, Adam; ALVAREZ, Michael E.; CHEIBUB, José Antonio; LIMONGI, Fernando. *Democracy and Development: Political Institutions and Well-Being in the World, 1950–1990*. New York: Cambridge University Press, 2000.

ROA ROA, Jorge Ernesto; CHUEIRI, Vera Karam de et al. Amicus curiae sobre a solicitação de opinião consultiva relativa à figura do juízo político ou impeachment apresentada pela Comissão

Interamericana de Derechos Humanos. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 1, p. 213-266, abr. 2018. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/59379>. Acesso em: 30 abr. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v63i1.59379>.

SANTANO, Ana Claudia; NAKAMURA, Luis Antonio Corona. La parlamentarización de los sistemas presidencialistas y los derechos políticos de presidentes democráticamente elegidos: una visión desde los derechos humanos. *Revista Estudios Constitucionales*, vol. 18, n. 2, 2020.

SARTORI, Giovanni. *Comparative Constitutional Engineering: an inquiry into structures, incentives and outcomes*. Houndmills: Macmillan Press Ltd, 1994.

SHUGART, M. S., CAREY, John M. *Presidents and assemblies: constitutional design and electoral dynamics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

SIAROFF, Alan. 2003. Comparative Presidencies: The inadequacy of the Presidential, Semi-Presidential, and Parliamentary Distinction. *European Journal of Political Research*, v. 42, p. 287-312, 2003.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 22. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

TOCQUEVILLE, Alexis. *A democracia na América*. Livro 1. Leis e Costumes. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TRIBE, Laurence; MATZ, Joshua. *To end a presidency: the power of impeachment*. New York: Basic Books, 2018.

UNITED STATES OF AMERICA. *Impeachment grounds part 2: Selected Constitutional Convention Materials*. National Congress - Congressional Research Service: Washington D. C., 1988. p. 2. Disponível em: <https://www.senate.gov/CRSPubs/27014603-8d4e-4ee2-b5cc-19b81e252abd.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2021.

URUGUAY. [Constitución (1967)]. *Constitución de la República Oriental del Uruguay 1967*. Edición actualizada con las enmiendas aprobadas por los plebiscitos del 26/11/89, 27/11/94, 08/12/96 y 30/10/04. Montevideo: Tradinco, 2014.



# O CONCEITO DE ABUSO DE PODER ELEITORAL E SEUS DESACORDOS SEMÂNTICOS

## THE CONCEPT OF ABUSE OF ELECTORAL POWER AND ITS SEMANTICS DESAGREEMENTS

André Luiz Batista Neves \*

### RESUMO

Este ensaio examina os conceitos de abuso de poder eleitoral formulados pela doutrina brasileira contemporânea, a fim de debater algumas de suas inconsistências. Também foram citadas algumas decisões do Tribunal Superior Eleitoral, com o propósito de ilustrar os argumentos desenvolvidos. Com isso se pretende chamar a atenção para a necessidade de repensar de forma consistente essa figura tão relevante para a *praxis* eleitoral. Os métodos empregados foram os da revisão bibliográfica e da análise documental.

**Palavras-chave:** Direito; Direito eleitoral; abuso de poder; semântica; conceitos.

### ABSTRACT

This essay examines the concepts of abuse of electoral power formulated by contemporary Brazilian doctrine, to discuss some of its inconsistencies. Some decisions of the Brazilian Superior Electoral Court were also mentioned to illustrate the arguments of the text. It aims to draw attention to the need to consistently rethink this figure so relevant to electoral *praxis*. The methods used were bibliographic review and documental analysis.

**Keywords:** Law; Electoral Law; abuse of power; semantics; concepts;

---

\* Professor Adjunto IV de Ciência Política, Teoria da Constituição e Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre e Doutorando em Direito (UFBA). Procurador da República.

## 1 INTRODUÇÃO

O *abuso de poder* eleitoral é uma categoria jurídica essencialmente brasileira. E é recente: sua institucionalização principiou-se com Emenda Constitucional n. 14, de 3 de junho de 1965<sup>2</sup>. A formulação de seu conceito misturou abuso de direito – aí incluído uma de suas formas particulares, o abuso de poder econômico – com o abuso ou desvio de poder do Direito Administrativo.

Essas origens podem ser percebidas na jurisprudência eleitoral atual. Veja-se o exemplo do Recurso Ordinário Eleitoral n. 060397598, julgado em 10 de dezembro de 2021. Nele, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) considerou que o Deputado Federal Fernando Francischini cometera abuso de poder político e de autoridade, por ter transmitido ao vivo, em redes sociais, informações inverídicas sobre o sistema de votação eletrônica, no dia em que se realizava o primeiro das eleições de 2018<sup>3</sup>. Não se discute aqui se a decisão foi ou não acertada<sup>4</sup>. Para o argumento que aqui se pretende articular basta perceber que, nos termos do julgado examinado, se um parlamentar interferiu em eleição em curso, garantindo ter identificado “duas urnas (...) fraudadas ou adulteradas” e dizendo que “não vamos aceitar que uma empresa da Venezuela, que a tecnologia que a gente não tem acesso, defina a democracia no Brasil”, esse mesmo congressista, a um só tempo, abusou do direito fundamental conhecido como liberdade de manifestação do pensamento e fez uso da imunidade parlamentar em finalidade diversa da pressuposta pela Constituição da República. Em outras palavras, embora muitos não percebam, o *abuso de poder político* e o *uso indevido de meios de comunicação social*, nesse caso nada mais são que *abusos de direitos e de poder*, que ganharam outros nomes das normas constitucionais e eleitorais.

Este ensaio inventaria alguns dos conceitos cunhados para o *abuso de poder eleitoral* pela doutrina brasileira contemporânea, com o propósito de chamar a atenção para algumas de suas inconsistências e discutir as várias discordâncias existentes.

2 BRASIL. **Emenda Constitucional n. 14, de 3 de junho de 1965**. Altera o inciso IX do art. 124 e o art. 139 da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc14-65.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc14-65.htm). Acesso em: 15 fev. 2022.

3 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário Eleitoral n. 0603975-98.2018.6.16.0000 – Curitiba – Paraná**. Recorrente: Ministério Público Eleitoral. Recorrido: Francisco Destito Francischini. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, 10 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/1786039>. Acesso em: 02 jan. 2022.

4 O autor deste trabalho acredita que ela o foi.

Pretende-se com isso chamar a atenção, sem recorrer às amarras metodológicas de um empirismo talvez excessivamente presente na produção jurídica atual, para a necessidade de repensar de forma minimamente consistente essa figura tão relevante para a *praxis*.

## 2 ALGUNS DOS CONCEITOS DE ABUSO DE PODER ELEITORAL

Na primeira edição de seu *Direito Eleitoral*, publicada em 1976, Fávila Ribeiro não se preocupou com a sua conceituação ou de suas subespécies no item 69 (“*Contenção ao poder econômico e ao desvio e abuso do poder de autoridade pública*”, que comenta o art. 237 do Código Eleitoral)<sup>5</sup>. Contudo, ao tratar da invalidade dos atos eleitorais, examinou o art. 222 do Código Eleitoral<sup>6</sup>, que possibilitava a anulação de atos eivados de “a) falsidade; b) fraude; c) coação; d) abuso do poder político; e) abuso do poder econômico; f) propaganda ou processos de arregimentação legalmente inadmitidos”<sup>7</sup>, afirmou haver “abuso de autoridade quando os instrumentos do poder público são ilicitamente manipulados para o favorecimento de candidatos ou agremiações políticas”<sup>8</sup>. Mas ele

5 RIBEIRO, Fávila. **Direito Eleitoral**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 264-270.

6 Sem mencionar que seus parágrafos tinham sido revogados pelo art. 47 da Lei n. 4.961/66 (BRASIL. **Lei n. 4.961, de 4 de maio de 1966**: altera a redação, da Lei 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4961.htm#art47](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4961.htm#art47). Acesso em: 15 jan. 2021). A redação original do art. 222 era: “É também anulável a votação, quando viciada de falsidade, fraude, coação, uso de meios de que trata o art. 237, ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedado por lei. § 1º A prova far-se-á em processo apartado, que o Tribunal Superior regulará, observados os seguintes princípios: I - é parte legítima para promovê-lo o Ministério Público ou o representante de partido que possa ser prejudicado; II - a denúncia, instruída com justificação ou documentação idônea, será oferecida ao Tribunal ou juízo competente para a diplomação, e poderá ser rejeitada in limine se manifestamente infundada; III - feita a citação do partido acusado na pessoa do seu representante ou delegado, terá este 48 (quarenta e oito) horas para contestar a arguição, seguindo-se uma instrução sumária por 5 (cinco) dias, e as alegações, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, com as quais se encerrará provisoriamente o processo incidente; IV - antes da diplomação o Tribunal ou Junta competente proferirá decisão sobre os processos, determinando as retificações consequentes às nulidades que pronunciar” (BRASIL. **Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965**: Institui o Código Eleitoral [texto originário]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4737-15-julho-1965-356297-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 15 jan. 2022).

7 RIBEIRO, Fávila. **Direito Eleitoral**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 400.

8 Ele continuou, com exemplos muito vívidos para aquela época sombria da história brasileira: “Essa intromissão abusiva pode manifestar-se em forma de pressões através de desmandos policiais, com detenções frequentes e por fúteis pretextos, com abertura despropositada de inquéritos, com buscas pessoais vexatórias e tantas outras mazelas engendradas para atemorização de adversários dos grupos governistas. Outras vezes a atividade abusiva de autoridade revela-se, ao contrário, com empenhos e intromissões no processo político, disseminando favores, com nomeações ou promo-

não conceituou o abuso de poder econômico, anotando apenas que “não se conseguiu ainda conter a nociva influência do poder econômico nas diferentes fases do processo eleitoral, apesar das frequentes inovações legais”<sup>9</sup>.

É no *Abuso de poder no Direito Eleitoral*, cuja segunda edição data de 1993<sup>10</sup>, que Fávila Ribeiro desenvolveu o tema. O argumento se inicia com a premissa de que é necessário conhecer o poder, que se manifesta em toda a sociedade, e não apenas no Estado<sup>11</sup>. Em posicionamento nitidamente hobbesiano – conquanto tal filósofo não seja citado<sup>12</sup> –, diz-se que existe uma “congênita propensão do poder ao abuso”<sup>13</sup> e que “a liberdade e ordem somente subsistem mediante concretas limitações ao poder”<sup>14</sup>.

Para Ribeiro, o conceito de abuso de poder eleitoral tem suas origens no abuso de direito do Direito Privado, “de onde se projetou com singulares características às linhas do direito público”<sup>15</sup>, mas transcendeu os “confinamentos públicos ou privados”<sup>16</sup>.

Essa é a sua principal tese: “a luta contra o abuso de poder” necessita “cobrir todos os flancos”<sup>17</sup>, desconhecendo limites, já que o próprio poder não os teria. Coerentemente com isso, o

ções políticas, com manipulação de recursos oficiais, utilização de veículos e aeronaves oficiais em proveito de candidatos patrocinados pelo oficialismo, com a pulverização de ajudas financeiras às proximidades dos pleitos, enfim, por diferentes maneiras em que fica demonstrado o envolvimento de órgãos públicos na disputa eleitoral” (*Idem, ibidem*, p. 404).

9 RIBEIRO, Fávila. **Direito Eleitoral**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 407-408. Não houve alteração significativa, no particular, na terceira edição da obra (RIBEIRO, Fávila. **Direito Eleitoral**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988). As definições tampouco são encontradas nos *Pressupostos constitucionais do Direito Eleitoral*, de 1990 (RIBEIRO, Fávila. **Pressupostos constitucionais do Direito Eleitoral**: no caminho da sociedade participativa. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990).

10 A primeira edição é de 1988.

11 RIBEIRO, Fávila. **Abuso de poder no Direito Eleitoral**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 6.

12 Foi transcrita, sem indicação de fonte, passagem atribuída a Montesquieu (*Idem, ibidem*, p. 11-12).

13 “Ai se encontra a sùmula de uma diagnose do poder, que ainda hoje persiste inabalável da necessidade de que lhe sejam sempre impostos limites para evitar os seus desregramentos. Mas a sua percepção mais se alonga, no afirmar que ‘a própria virtude precisa de limites’, para demonstrar a falibilidade do ser humano que não pode ser largado à deriva, pois o sentido possessivo da liberdade conduzirá a expansionismos apropriativos, indiferente aos interesses do próximo com igual mais valia social. Os impulsos egoísticos não podem deixar o homem liberado de controle, a mantê-lo advertido, pela contraposição de freios, do respeito aos interesses do próximo para não conturbar e ser mantida harmonicamente a convivência social” (*Idem, ibidem*, p. 12).

14 *Idem, ibidem*, p. 13-15.

15 *Idem, ibidem*, p. 21.

16 *Idem, ibidem*, p. 23-24.

17 *Idem, ibidem*, p. 24. Em uma imagem bem sugestiva de sua compreensão, ele também afirma que “devem ser calafetados todos os flancos para as obstar as nocivas investidas de qualquer tipo de poder” (*Idem, ibidem*, p. 25).

eleitoralista cearense era contrário à “especificação de poderes”, isto é, à indicação, na hipótese de incidência (*fattispecie*), dos meios mediante os quais se manifestaria o abuso de poder a ser punido. Ele preferia que se determinasse a punição de “qualquer forma de abuso de poder à lisura do processo eleitoral”<sup>18</sup>. Ainda assim, Ribeiro especifica as seguintes “vertentes de poder e suas dominantes influências”<sup>19</sup>: poder cultural, social da comunicação, econômico e político.

Tomando por base textos como *Ideologia e Utopia*, de Karl Mannheim, e excertos do pensamento de Gramsci e de Marilena Chauí, Ribeiro dedicou especial atenção ao poder cultural, presente “no processo não apenas da organização social, mas da influência do pensamento de cada época”<sup>20</sup>, malgrado se trate “indiscutivelmente o de menor potencialidade”<sup>21</sup>. Manifestado no “ensino e pesquisa, (...) [em] grandes empresas editoriais e [em] todos os redutos das atividades intelectuais”<sup>22</sup>, o abuso desse poder se revestiria de feição aristocrática e autoritária, apresentando-se como uma espécie de meritocracia<sup>23</sup> que age de forma “sutil e dissimulada”<sup>24</sup>, porquanto pretensamente neutra<sup>25</sup>. Essas elites culturais se aliariam ao poder político e se valeriam dos meios de comunicação de massa para ajudar.

[...] na moldagem ou destruição de mitos, com os ingredientes intelectuais e técnicos, empregando engenhosidade no burilamento para metamorfose de uma ficta personalidade ao agrado do consumo coletivo, na postura que deve assumir, no que deve dizer, no que deve silenciar, dos locais que deve frequentar e dos que lhe ficam provisoriamente interditados, das coisas que deve divulgar

18 *Idem, ibidem*, p. 57.

19 Esse é o título do capítulo V do livro (*Idem, ibidem*, p. 31).

20 “Colocamos o poder cultural em primeiro lugar na ordem de enunciação, para traduzir sua preeminência no processo não apenas da organização social, mas da influência do pensamento de cada época. Essa precedência não reserva ao poder cultural qualquer hegemonia sobre os demais; reitera, assim, a posição esboçada a partir da 2ª edição do *Direito Eleitoral* (Rio de Janeiro, Companhia Editora Forense, 1986) e assim mantivemos na 3ª edição, (1988)” (*Idem, ibidem*, p. 32).

21 *Idem, ibidem*, p. 44.

22 *Idem, ibidem*, p. 31.

23 *Idem, ibidem*, p. 34-35.

24 *Idem, ibidem*, p. 31.

25 “Envolve-se a camada cultura nos centros nevrálgicos das programações governativas, sempre invocando em seu prol uma posição de neutralidade política, arrimando-se quase sempre em postulados técnicos ou científicos para dizimar as discrepâncias, recebendo deferências de infalibilidade as resistências políticas, ou a isso predispondo” (*Idem, ibidem*, p. 31).

que são de seu agrado e das rejeições a proclamar, descendo aos menores detalhes para o visual, com a indumentária e com maneirismo para completar a obra plástica<sup>26</sup>.

Não é possível continuar sem chamar a atenção do leitor para os grandes riscos envolvidos no reconhecimento dessa espécie de abuso, que em boa hora não consta expressamente da Constituição ou da Lei Complementar (LC) n. 64/1990. E não é preciso viver tempos de polarização da sociedade, como os atuais, para perceber isso. Ainda que fosse outorgada ao Judiciário competência para sancioná-lo, a vaguides do conceito representaria um convite para sua instrumentalização política, a talante das conveniências de quem fosse encarregado da tarefa de julgar.

Quanto ao *abuso do poder social da comunicação*, Fávila Ribeiro falou da relevância de tal poder na sociedade de massas, para associá-lo primordialmente à violação dos limites à propaganda eleitoral escritos nos arts. 242, 243 e 248 do Código Eleitoral<sup>27</sup>. Ele não chega a apresentar um conceito claro de *abuso de poder econômico*, mencionando “a interferência direta para influir nos resultados da participação popular” e a ação de “procurar impor à competitividade eleitoral regras aplicáveis ao mercado econômico, em que a tônica dominante pela riqueza é aplicada para aquisição de representação política”<sup>28</sup>. No *abuso de poder político* ele realçou a possibilidade de sua configuração por conduta omissiva, por descumprimento de dever de ofício<sup>29</sup>, e elencou situações que envolvem partidos políticos e “sua máquina posta ao exclusivo serviço de seus dirigentes”<sup>30</sup>.

Ribeiro aliava a defesa da expansão da punição do abuso de poder eleitoral, para além das espécies expressamente reconhecidas na Constituição e na LC n. 64/1990, com uma crença muito enfática na correspondente atuação do Judiciário. Seu pensamento não pode ser dissociado da época em que ele foi elaborado. Estava-se nos primeiros dias de vigência da Constituição de 1988, redigida sob a influência do discurso da imparcialidade judicial<sup>31</sup>, tempos em que a doutrina não raro superestimava o papel do Judiciário na

26 *Idem, ibidem*, p. 37.

27 *Idem, ibidem*, p. 44-56.

28 *Idem, ibidem*, p. 58.

29 *Idem, ibidem*, p. 66.

30 *Idem, ibidem*, p. 72.

31 Vide, a propósito, CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. **Imagens da imparcialidade entre o discurso constitucional e a prática judicial**. São Paulo: Almedina, 2017.

garantia da efetividade das normas constitucionais<sup>32</sup>. Suas ideias são compatíveis com esse *Zeitgeist*.

Voltando ao exame dos conceitos de abuso de poder eleitoral, vê que eles não são discutidos no *Direito Eleitoral brasileiro* de Joel Cândido<sup>33</sup>, obra que teve grande circulação nos anos 80 e 90 do século passado.

Em *Direitos políticos: condições de elegibilidade e inelegibilidades*, Pedro Henrique Távora Niess cinge-se o abuso de poder ao excesso ou desvio de poder, buscados, para ele, no Direito Administrativo<sup>34</sup>.

Adriano Soares da Costa identificou o *abuso de poder político* com os tipos de Direito Administrativo sancionador correspondentes aos atos de improbidade administrativa<sup>35</sup>, o que, todavia, não corresponde ao que pontuam a doutrina e a jurisprudência majoritária. O autor alagoano buscou o conceito de *abuso de poder econômico* no Direito Empresarial<sup>36</sup>, além de ter abordado

32 Cf., p. ex., BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 4ª ed. Rio de Janeiro, São Paulo: 2000.

33 CÂNDIDO, Joel J. **Direito Eleitoral brasileiro**. 8ª ed. Bauru: Edipro, 2000.

34 “Abuso de poder comete o administrador sempre que exorbita de suas funções, que faz mau uso do poder do qual se encontra investido, embora sob o disfarce da moralidade, o que redundando na arbitrariedade e compromete a liberdade de voto. Como escreve Hely Lopes Meirelles, o poder deve ser usado nos limites ditados pela lei, pela moral e pela finalidade administrativa. Fora disso opera-se o abuso. Esse abuso, segundo lição que nos vem dos pensadores franceses, é caracterizado pelo excesso ou pelo desvio de poder. Verifica-se a primeira hipótese quando o detentor do poder vai além de sua atribuição, ou se excede no uso de suas faculdades administrativas; dá-se desvio de poder quando a autoridade, praticando ato de sua competência, viola ideologicamente a lei, tendo por escopo objetivos por ela não perseguidos, dela servindo-se para satisfazer desejos que não se coadunam com o princípio da moralidade que deve reger o comportamento do administrador público” (NIESS, Pedro Henrique Távora. **Direitos Políticos**: Condições de elegibilidade e inelegibilidades. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 127).

35 “*Abuso do poder político* é o uso indevido de cargo ou função pública, com a finalidade de obter votos para determinado candidato. Sua gravidade consiste na utilização do *munus* público para influenciar o eleitorado, com desvio de finalidade. Necessário que os fatos apontados como abusivos, entretantes, se encartem nas hipóteses legais de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92), de modo que o exercício da atividade pública possa se caracterizar como ilícita do ponto de vista eleitoral. (...) Abuso de poder político, portanto, deve ser visto como a atividade ímproba do administrador, com a finalidade de influenciar no pleito eleitoral de modo ilícito, desequilibrando a disputa. Sem improbidade, não há abuso de poder político”. (COSTA, Adriano Soares da. **Teoria da inelegibilidade e o Direito Processual Eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 276).

36 “No direito empresarial, há definição estipulativa do que seja abuso de poder econômico. Ali, analisando as várias hipóteses definidas pelo diploma regulamentar, podemos extrair um sentido comum àquele conceito: o domínio ou a eliminação da concorrência através do uso de expedientes econômicos não admitidos pelo ordenamento jurídico. É dizer, a finalidade do abuso de poder econômico é a utilização de recursos, bens ou serviços para desequilibrar de tal ordem a disputa eleitoral, que termina deturpan-



o uso indevido dos meios de comunicação<sup>37</sup> e o uso indevido de veículos<sup>38</sup>. Na sua *Teoria da Inelegibilidade* e em suas *Instituições de Direito Eleitoral* não são encontrados conceitos gerais de abuso de poder eleitoral.

Armando Antonio Sobreiro Neto tratou dos conceitos de *abuso do poder econômico*<sup>39</sup>, *abuso do poder político*<sup>40</sup> e a *utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social*<sup>41</sup>, lançando

do todo o processo democrático de escolha, através do sufrágio universal, daqueles candidatos a mandatos eletivos”. Assim, é abuso de poder econômico ‘a utilização de recursos patrimoniais em excesso, públicos ou privados, sob poder ou gestão do candidato em seu benefício eleitoral’, como, por exemplo, ‘o significativo valor empregado na campanha eleitoral e a vultosa contratação de veículos e de cabos eleitorais correspondentes à expressiva parcela do eleitorado’ [A citação é do REspE n. 191.868/TO, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 04-08-2011]” (COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de Direito Eleitoral**: teoria da inelegibilidade. Direito Processual Eleitoral. 10ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. *E-book*, pos. 7520-7529 de 18310).

37 “A propaganda eleitoral tem recebido criterioso cuidado do legislador, pois nunca o acesso à informação foi tão fácil, e tão perigosa a sua manipulação. Assim, tem-se procurador encontrar formas para obstaculizar a utilização indevida dos meios de comunicação pública, que, como tais, são explorados por particulares através de concessões públicas, buscando impedir sejam beneficiados grupos ou agremiações partidárias. (...) Não constitui uso indevido dos meios de comunicação a utilização de imagens – quer pelos candidatos de oposição, quer pelos candidatos ligados à situação – de obras e bens públicos, ou da execução regular dos serviços públicos, com a finalidade de informar aos eleitores os erros ou acertos da Administração Pública. Tal procedimento é totalmente compatível com o regime democrático, mercê do fato notório de que a propaganda eleitoral gratuita tem a finalidade de debater ideias contrapostas, levando à comunidade a refletir sobre a política administrativa adotada pelos governantes, bem como da conveniência ou não de sua continuidade” (COSTA, Adriano Soares da. **Teoria da inelegibilidade e o Direito Processual Eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 277).

38 Que não chegou a ser objeto de conceituação (*Idem, ibidem*, p. 277).

39 “Haverá abuso do poder econômico sempre que os recursos financeiros significarem desequilíbrio na obtenção de votos, mormente quando se considera a apartação social instituída no Brasil, circunstância que fragiliza a consciência do eleitorado” (SOBREIRO NETO, Armando Antonio. **Direito Eleitoral**: teoria e prática. Curitiba: Juruá, 2000, p. 200).

40 Apresentado de forma exemplificativa: “Dentre as formas de abuso do poder político cabe citar, exemplificando: a) o uso de servidores públicos, remunerados pelo erário, em trabalhos de campanha eleitoral, salvo quando não estiverem no exercício de suas funções; b) o emprego de verbas públicas, de forma casuística e contrária aos princípios norteadores da administração pública, no sentido de angariar simpatia; c) a utilização de serviços ou ‘empréstimos’ de equipamentos para enaltecer postulantes a mandato político, como usualmente acontece em conclusão de obras, onde empreiteiros erigem placas e monumentos de ‘reconhecimento’; d) emprego de máquinas e equipamentos da administração pública com desvio de finalidade, ou seja, aos ‘correligionários, somente a eles, toda a presteza na realização de ‘serviços’, como manutenção de estradas rurais, canalização de riachos, realização de curvas de nível ou micro-bacias etc”. (*Idem, ibidem*, p. 205-206).

41 Ele acredita que isso decorre do fato de serem os meios de comunicação social objeto de concessões públicas e assevera: “Em vista do alcance e influência sobre o eleitorado, qualquer excesso no uso de tais veículos pode caracterizar ‘anormalidade’ ou afetar a ‘legitimidade’ das eleições. Os abusos mais comuns são de três ordens: 1ª: A Propaganda Oficial; 2ª: A Atividade Profissional nos Veículos de Comunicação Social e



mão de exemplificações ou de noções vagas ou tautológicas como “desequilíbrio na obtenção de votos” e “qualquer excesso”. Néri da Silveira escreveu sobre o abuso de poder econômico e do poder de autoridade, essenciais à preservação da normalidade e da legitimidade das eleições<sup>42</sup>. Relativamente ao primeiro, transcreveu passagem do voto do Min. Oscar Corrêa no recurso eleitoral n. 6.350 – Cl. 4ª – Ceará (Fortaleza)<sup>43</sup>, afirmando que malgrado não haja uma definição abstrata, cabem algumas diretrizes, apreensíveis em normas eleitorais “de caráter proibitivo e de conteúdo econômico”<sup>44</sup>.

No ano 2000, Pedro Roberto Decomain disse que o abuso do poder político é o “emprego de serviços ou bens pertencentes à administração pública direta ou indireta, ou na realização de qualquer atividade administrativa, com o objetivo de propiciar a eleição de determinado candidato”<sup>45</sup>. Ele chegou a formular um conceito absolutamente genérico de abuso de poder econômico<sup>46</sup>,

3ª: Os Abusos na Propaganda” (*Idem, ibidem*, p. 208).

42 SILVEIRA, José Néri da. **Aspectos do processo eleitoral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 93.

43 Destaca-se o seguinte trecho do voto: “(...) se é difícil conceituá-lo *in abstracto* – pois depende de dados que demonstrem o desnivelamento, o desequilíbrio no uso da força econômica dos candidatos, a caracterização *in concreto* propicia outras dificuldades de não menor monta, a começar da própria identificação dos recursos utilizados, lícitos ou ilícitos, configurando apenas *uso* ou excedendo-se para atingir o *abuso*. Estas dificuldades ainda mais se agravaram na atualidade [o voto foi proferido em 1986] com a força de que se reveste a propaganda política, sua influência mobilizadora das grandes massas eleitorais e as técnicas de apelo de que se vale. E a impossibilidade de traçar lindes entre *uso* e *abuso*, quando todos se sentem forçados a valer-se dela, quaisquer que sejam as fontes, e mesmo os menos dispostos a transpor os limites de conveniência e da lisura.

(...) O Juiz eleitoral vê-se a braços com essa dificuldade, que não ignora, antes sente, vê e conhece, mas julga com os elementos de que dispõe nos autos, o quadro probatório, as presunções, as aparências, as circunstâncias, ao que, tudo, não é alheio nem indiferente. Pondera, assim, esses elementos, e, ao fazê-lo, obviamente, seu juízo não é universal, mas exprime convicções e crenças, sem se apartar nunca da realidade dos autos” (*Idem, ibidem*, p. 94).

44 “Se é exato (...) que não há uma definição, desde logo, do que se deva ter como abuso do poder econômico no processo eleitoral, decerto algumas diretrizes a esse respeito cabe colher do contexto do sistema eleitoral, a partir da verificação de normas de caráter proibitivo e de conteúdo econômico: quer das que limitam a captação de recursos financeiros para financiamento de campanhas eleitorais e de candidaturas, quer das que vedam o custeio de transporte de eleitores, em dia de pleito eleitoral, quer das disposições da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, acerca de financiamento ou custeio de campanhas, por empresas, a Partidos ou candidatos, quer ainda das regras proibitivas de propaganda, mesmo a título gratuito, desde que sem o caráter de generalidade e sob a fiscalização da Justiça Eleitoral, a Partidos ou candidatos, por emissoras de rádio e televisão” (*Idem, ibidem*, p. 95).

45 DECOMAIN, Pedro Roberto. **Elegibilidade e inelegibilidades**. Florianópolis, Letras contemporâneas, 2000, p. 72.

46 “O abuso de poder econômico, cuja ocorrência justifica a inelegibilidade, é o emprego de recursos produtivos (bens e serviços de empresas particulares, ou recursos pró-

mas voltou ao tema em artigo datado de 2006, oportunidade em que dedicou especial atenção ao § 9<sup>o</sup><sup>47</sup> do art. 14 da Constituição da República, que contém a expressão “influência do poder econômico”, já encontrada no art. 151, III, da Constituição de 1969. Apoiando-se em opinião externada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho nos seus comentários à referida carta política, Decomain defende que deve ser punido não só o abuso, mas também o uso, desde se acarrete “desigualdades insuperáveis entre os que são e os que não são detentores de poder econômico”<sup>48</sup>.

Partindo da ideia “quem tem direito tem poder”, Eduardo Bim não distinguiu o abuso de direito de poder<sup>49</sup>. Mas para ele “o combate ao abuso de poder no processo eleitoral não pode ser confundido com o do direito privado ou público”, em razão da necessidade de preservar a legitimidade e igualdade de oportunidade nas eleições<sup>50</sup>. O abuso de poder eleitoral seria um “complexo de

prios do candidato que seja mais abastado), fora da moldura para tanto traçada pelas regras de financiamento de campanha constantes da Lei n. 9.504/97, com o objetivo de propiciar a eleição de determinado candidato” (*Idem, ibidem*, p. 72).

47 Na redação da Emenda Constitucional de Revisão n. 4, de 1994: “Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida progressiva do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 13 nov. 2021).

48 “Na medida em que o § 9<sup>o</sup>, do art. 14, da Constituição Federal, permitiu que Lei Complementar erigisse à categoria de causas de inelegibilidade fatos que pudessem conspurcar a normalidade e legitimidade das eleições em face da influência do poder econômico, deve tal parágrafo ser interpretado de maneira abrangente. O que nele se contém sem dúvida alguma é mensagem que, para além de proscrever o **abuso** do poder econômico, chega a proscrever o seu **uso**, como mecanismo capaz de influir na vontade do eleitorado, produzindo com isso distorções e, principalmente, acarretando desigualdades insuperáveis entre os que são e os que não são detentores de poder econômico. Para que tal conclusão remanesça mais clara, basta que se faça a distinção entre influência – expressão utilizada pelo § 9<sup>o</sup> do art. 14 da Constituição em face do poder econômico, e abuso. Influência significa interferência,

ou ao menos possibilidade de interferência de um determinado fenômeno em outro. Há influência de um fenômeno sobre outro, quando o primeiro interfere, em maior ou menor extensão, na produção do segundo. A palavra influência, aqui, como se verifica, tem conotação que se aproxima da expressão ‘nexo de causalidade’. Influir é interferir, podendo produzir um determinado fenômeno ou podendo modificá-lo. Nesta perspectiva, a influência do poder econômico nas eleições estará instalada sempre que, ao menos potencialmente, pelo uso desse poder se possa modificar o resultado das eleições” (DECOMAIN, Pedro Roberto. Influência do poder econômico e financiamento público de campanhas eleitorais. **Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**, Florianópolis, v. 4, n. 8, p. 111, jan.-abr. 2006).

49 BIM, Eduardo Fortunato. O poliformismo do abuso de poder no processo eleitoral: o mito de Proteu. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 230, p. 116, out./dez. 2002.

50 *Idem, ibidem*, p. 118.

atos que desvirtuam a vontade do eleitor, violando o *princípio da igualdade* entre os concorrentes do processo eleitoral e o da *liberdade de voto*, que norteiam o Estado democrático de direito<sup>51</sup>. Essas preocupações com a isonomia dos competidores, que no mais das vezes são sobreintegrados, e a liberdade do voto, sem que se explique exatamente no que ela consiste, reaparecem em diversas outras tentativas de conceituação do abuso de poder eleitoral<sup>52</sup>.

Em uma imagem que influenciou diversos doutrinadores, Eduardo Bim defendeu que o poder é poliforme ou multiforme, “mas a doutrina e a legislação têm percebido que ele normalmente se exterioriza através do meio político, econômico e da mídia”<sup>53</sup>. Daí existirem os abusos de poder econômico<sup>54</sup>, de poder de autoridade ou político-administrativo<sup>55</sup> e de poder nos meios de comunicação social. Este último seria a forma mais perigosa de influência no eleitorado, “mormente se aliada ao *abuso do poder cultural*”, que ele tomou de empréstimo a Fávila Ribeiro e seria exercido pelo “autoritarismo da competência, do conhecimento, da cultura”<sup>56</sup>.

51 *Idem, ibidem*, p. 118.

52 Nesse sentido, vide, p. ex., Frederico Franco Alvim, cuja conceituação será examinada a seguir: “O emprego do abuso de poder é, sem margem para dúvidas, uma constante indesejável no cenário eleitoral, na medida em que afeta a liberdade de escolha do eleitor e mina, violentamente, a igualdade de oportunidades entre os candidatos, tornando complicado o atingimento de nível ótimo de legitimidade procedimental” (ALVIM, Frederico Franco. **Abuso de poder nas competições eleitorais**. Curitiba: Juruá, 2019, p. 175).

53 BIM, Eduardo Fortunato. O poliformismo do abuso de poder no processo eleitoral: o mito de Proteu. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 230, p. 125, out./dez. 2002.

54 “O abuso de poder econômico é um dos meios mais característicos de ameaça à lisura dos pleitos eleitorais. Não poderia ser de outra forma numa sociedade cuja base é capitalista e na qual o *dinheiro abre todas as portas!* (...). O abuso de poder econômico que caracteriza-se pela desarrazoada utilização de recursos materiais (financeiros) da iniciativa privada para fins, principalmente, de propaganda eleitoral, atenta contra a isonomia dos candidatos” (*Idem, ibidem*, p. 126).

55 “Já dissemos que o conceito de abuso na esfera pública e privada não pode ser simplesmente transferido para o direito eleitoral; entretanto, no caso do poder político, sua caracterização se aproxima do que os administrativistas chamaram de excesso ou desvio de poder. (...) A construção de obras no último ano do mandato, a manipulação das receitas orçamentárias são apenas alguns dos meios de se abusar do poder político porque – repetimos – o abuso do poder pode assumir inúmeras formas” (*Idem, ibidem*, p. 128).

56 Disse aquele que viria a presidir o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) no governo comandado pelo Presidente da República Jair Bolsonaro: “O abuso de poder nos meios de comunicação social tornou-se a maneira mais perigosa de influência no processo eleitoral, mormente se aliada ao *abuso de poder cultural*. Neste, há o autoritarismo da competência, do conhecimento, da cultura, dizendo que isso é certo ou errado porque a ciência, ou estudiosos o dizem. Em casa sociedade, há grupos sociais cuja tarefa específica consiste em dotar a sociedade de uma interpretação do mundo. Chamamos tais grupos de *intelligentsia*... A verdade está circularmente ligada a sistemas de poder, que a produzem e a apoiam’ [O trecho

Cabe aqui um parêntesis: Muito embora se esteja diante de artigo publicado em 2002, já é possível notar uma tendência de enfrentamento aos saberes científicos e culturais, que seria apropriada por um campo teórico/ideológico distinto daquele que servira de base a Ribeiro e se exacerbaria no curso da pandemia da COVID-19. Esse movimento fez com que entes subnacionais acionassem a jurisdição constitucional, que construiu uma série de precedentes em defesa da vida e da ciência<sup>57</sup>. Só isso já deveria bastar para alertar para os riscos de uma noção por demais aberta do abuso.

Coerentemente com a força expansiva que confere ao conceito de abuso de poder eleitoral, Eduardo Bim defendeu exegese ampliadora da Lei de Inelegibilidades, sem um rol de abuso taxativo<sup>58</sup>, e reconheceu outras duas espécies não expressamente contidas no art. 22 da Lei n. 64/1990: os abusos dos poderes legislativo<sup>59</sup> e religioso<sup>60</sup>. Assim como Proteu, o poder pode se metamorfosear, escondendo-se “para que a Justiça Eleitoral (mortais) não o descubra”, pelo que deveria existir “uma Justiça forte (...) e corajosa”, capaz de descobrir e punir os abusos<sup>61</sup>. Em outras palavras, para o autor – ao menos na época em que seu artigo foi escrito – a chancela para se punir todo e qualquer abuso, para além das hipóteses de incidência expressamente previstas em lei, seria também uma autorização para a discricionariedade de um “Judiciário forte”.

---

transcrito é de Karl Mannheim, citado por Fávila Ribeiro]. Aliado ao *poder cultural*, a mídia consegue manipular o povo, formar a opinião pública, ou melhor, manufaturá-la com muito mais facilidade” (*Idem, ibidem*, p. 132).

57 Sobre o tema, vide, p. ex., DANTAS, Andrea de Quadros, PEDROSA, Maria Helena Martins Rocha, PEREIRA, Alessandra Lopes da Silva. A pandemia da COVID-19 e os precedentes do STF sobre as competências constitucionais dos entes federativos: uma guinada jurisprudencial ou mera continuidade da função integrativa do Corte? **Direito Público**, Brasília, v. 17, n. 96 (dossiê especial Covid-19 – volume II), p. 37-64, nov.-dez. 2020.

58 BIM, Eduardo Fortunato. O poliformismo do abuso de poder no processo eleitoral: o mito de Proteu. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 230, p. 137, out./dez. 2002.

59 “Uma das espécies de abuso mais daninho à democracia é o praticado no casuísmo e na manipulação da legislação eleitoral: *abuso do poder legislativo*” (*Idem, ibidem*, p. 134, out./dez. 2002).

60 “Outra forma de abuso de poder em matéria eleitoral é o contido na religião: *abuso de poder religioso*. Imaginemos uma cidade onde o número de eleitores de determinada religião seja significativo e um candidato seja apoiado por um grande expoente dessa mesma religião, de preferência um eclesiástico com prestígio na cidade. Se este clérigo, nas suas missas, no palanque eleitoral ou em outro lugar, usando de seu enorme poder carismático (Max Weber), fizer campanha para determinado candidato, certamente essa campanha terá a potencialidade de desequilibrar a eleição, caracterizando, assim, o abuso a ser coibido pela Justiça Eleitoral” (*Idem, ibidem*, p. 136).

61 *Idem, ibidem*, p. 129-130.

Ao elaborar um conceito de abuso de poder econômico, em texto publicado no ano de 2005, Eneida Desiree Salgado posicionou-se contrariamente à equiparação de tal modalidade com o desrespeito às regras de arrecadação e aplicação de recursos em pleitos eleitorais<sup>62</sup>, mas, depois de citar Néri da Silveira, Emerson Garcia e Pedro Henrique Távora Niess, definiu-o praticamente da mesma maneira que repudiara<sup>63</sup>. E em artigo escrito com Emerson Gabardo, fala do abuso na publicidade institucional, que ofende o art. 37, § 1º, da Constituição da República e pode ser tido como abuso de poder econômico ou político, sem prejuízo de eventual ilicitude penal, nos termos do art. 40 da Lei n. 9.604/97<sup>64</sup>.

A professora da Universidade Federal do Paraná associou a proibição do abuso de poder eleitoral ao princípio constitucional da máxima igualdade na disputa eleitoral, de que também derivam a fiscalização da propaganda eleitoral, a neutralidade dos poderes públicos e a imparcialidade dos meios de comunicação<sup>65</sup>. Após lembrar, com Néri da Silveira, que os abusos de poder econômico e de autoridade “ofendem a liberdade do sufrágio e a igualdade na disputa eleitoral”<sup>66</sup>, ela concorda com Lauro Barreto na avaliação do enfrentamento dos abusos como insuficiente. Ela chega a afirmar que “possivelmente as falhas nas normas jurídicas sejam propositais, para impedir uma efetiva punição dos infratores”, criticando,

62 SALGADO, Eneida Desiree. A influência do poder econômico nas eleições e a impugnação de mandato. **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, p. 119, jan.- mar. 2005.

63 “Toda e qualquer ajuda a determinada candidatura, estimável em dinheiro, que exceda dos lindes previamente traçados pelas normas eleitorais, derive do método mais simples e tradicional ou da técnica mais sofisticada e moderna, caracteriza a utilização do poder econômico de forma abusiva, porque investe contra o equilíbrio possível do certame eleitoral. Se alguém se excede no uso do permitido servindo-se do poder econômico, deste abusa, não obstante seus gastos observem o montante geral pré-estabelecido: a doação de terrenos, com vistas à obtenção de votos, por exemplo, configura, pelo menos, abuso do poder econômico, ainda quando o valor da doação não ultrapasse o valor licitamente disponível para a campanha do doador” (SALGADO, Eneida Desiree. A influência do poder econômico nas eleições e a impugnação de mandato. **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, p. 121, jan.- mar. 2005).

64 SALGADO, Eneida Desiree, GABARDO, Emerson. O princípio da publicidade e os abusos de poder político e econômico na democracia contemporânea. In: GABARDO, Emerson; AFFORNALLI, Maria Cecília N. Munhoz. Direito, informação e cultura. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 149-171. Disponível em: [https://www.academia.edu/8142452/O\\_princ%C3%ADpio\\_da\\_publicidade\\_e\\_os\\_abusos\\_de\\_poder\\_pol%C3%ADtico\\_e\\_econ%C3%B4mico\\_na\\_democracia\\_contempor%C3%A2nea](https://www.academia.edu/8142452/O_princ%C3%ADpio_da_publicidade_e_os_abusos_de_poder_pol%C3%ADtico_e_econ%C3%B4mico_na_democracia_contempor%C3%A2nea). Acesso em: 18 fev. 2022.

65 SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 189.

66 SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 202.

outrossim, “a autolimitação do Tribunal Superior Eleitoral (...), com a utilização de argumentos como a exigência de potencialidade para alterar o resultado da eleição e de proporcionalidade da sanção”<sup>67</sup>.

No livro *Abuso de poder nas eleições*, Emerson Garcia inicia seu primeiro capítulo, intitulado de *Abuso de poder*, pelo abuso de direito na esfera privada, passa pelo abuso de poder na atividade administrativa e chega ao abuso de poder nas eleições. Negando a possibilidade da previsão em abstrato dos atos abusivos<sup>68</sup>, ele afirma que “ocorrerá o abuso de poder sempre que a atividade exercida seja formalmente amparada pelo direito, mas o seu exercício almejar fim diverso daquele previsto e amparado na norma”<sup>69</sup>. Essa seria em uma peculiaridade do *abuso de poder eleitoral*, quando comparado ao *abuso de direito* na esfera privada; o primeiro

(...) pressupõe que: a) o agente tenha capacidade para a prática do ato, que deve necessariamente estar amparado pelo direito; b) o direito seja exercido com adstrição aos limites objetivos previstos pela norma; e c) o exercício do direito seja destinado a fim diverso daquele previsto e amparado pela norma. De forma sintética, pode-se dizer que o obrar do agente deve estar inicialmente amparado pelo princípio da legalidade, havendo ulterior desvirtuamento de seus fins<sup>70</sup>.

Emerson Garcia admite, porém, que esse conceito não é utilizado na esfera eleitoral, porque ele não engloba os “atos que desde o nascedouro carregam consigo a mácula da ilegalidade, pois praticados em frontal e flagrante dissonância do ordenamento jurí-

67 O trecho completo é: “De fato, o tratamento legal da coibição dos abusos nas campanhas eleitorais é deficitário. Possivelmente as falhas das normas jurídicas sejam propostas, para impedir uma efetiva punição dos infratores. No entanto, a autolimitação do Tribunal Superior Eleitoral no reconhecimento dos abusos, com a utilização de argumentos como a exigência de potencialidade para alterar o resultado da eleição e de proporcionalidade da sanção em relação à conduta, faz com que o mínimo de possibilidade de garantia da igualdade da disputa se esvaia” (SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 202).

68 “Especificamente no âmbito do procedimento eletivo, inexistem preceptivos normativos de ordem conceitual que permitam uma prévia visualização dos atos abusivos *in abstracto*. Assim, a identificação dos atos que consubstanciem abuso do poder econômico ou abuso do poder político será realizada a partir da análise dos princípios legais e constitucionais que regem a matéria, tendo-se sempre como norte os precedentes do Tribunal Superior Eleitoral, mais alta corte especializada na matéria” (GARCIA, Emerson. **Abuso de poder nas eleições**: meios de coibição. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 17).

69 *Idem, ibidem*, p. 17.

70 *Idem, ibidem*, p. 18.



dico”<sup>71</sup>, atos esses que formam a maioria dos ilícitos enquadrados como abuso de poder. Isso o faz ampliar o conceito: o abuso de poder eleitoral é, então, “o uso indevido ou exorbitante da aptidão para a prática de um ato, que pode apresentar-se inicialmente em conformidade ou desde a origem destoar do ordenamento jurídico”<sup>72</sup>, desde que houvesse suficiente potencialidade lesiva<sup>73</sup>. A ele se filiam os abusos de poder político e econômico<sup>74</sup>.

Marco Aurélio Bellizze Oliveira também pensou o *abuso de poder eleitoral* como gênero, que englobava as espécies elencadas no parágrafo imediatamente anterior e as utilizações indevidas dos meios de comunicação e de veículos<sup>75</sup>. Para ele, “a própria noção de abuso de poder não é de imediata compreensão”, uma vez que os usos do poder econômico, político, veículos e meios de comunicação não configuram, em si mesmos, ilícitudes eleitorais<sup>76</sup>.

Valendo-se de lição de Néri da Silveira, Bellizze ressaltou a dificuldade de conceituar abuso de poder econômico e disse ser igualmente árduo o do abuso de poder político ou de autoridade, “principalmente após a alteração constitucional que introduziu a

71 *Idem, ibidem*, p. 18.

72 *Idem, ibidem*, p. 18.

73 O texto é anterior à Lei Complementar n. 135, de 2010, que incluiu no art. 22 da Lei Complementar n. 64/1990 o inciso XVI (“para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam”) (BRASIL. **Lei Complementar n. 135, de 4 de junho de 2010**. Altera a Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp135.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm#art2). Acessível em: 16 jan. 2022).

74 Ambos são ilustrados com exemplos. O abuso de poder político pode se configurar mediante: “a) violação ao princípio da impessoalidade dos atos da Administração Pública; b) prática de atos que importem em improbidade administrativa; c) contratação de eventos artísticos, pagos com recursos públicos, para a realização de inaugurações nos três meses que antecedem as eleições; d) violação ao disposto no art. 73 da Lei n. 9.504/1997 (...)” (GARCIA, Emerson. **Abuso de poder nas eleições**: meios de coibição. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 25-26); por sua vez, o abuso de poder econômico se concretiza como corrupção eleitoral e “a) utilização indevida de transportes nas eleições; b) recebimento e utilização de doações oriundas das entidades mencionadas no art. 24 da Lei n. 9.504/1997 [o texto é anterior ao julgamento da ADI 4.650]; c) realização de gastos eleitorais em montante superior ao declarado; e) utilização de numerário e serviços (*vg.*: serviço gráfico) do próprio candidato, sem incluí-los no montante dos gastos eleitorais” (*Idem, ibidem*, p. 36).

75 “Objetivando facilitar a exposição, as expressões *abuso do poder econômico e de autoridade* ou *político*, assim como a utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social aparecerão por vezes completas e em outras passagens serão substituídas no texto pela genérica expressão *abusos de poder* ou, simplesmente, *abusos*” (OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizze. **Abuso de poder nas eleições**: a inefetividade da Ação de Investigação Judicial Eleitoral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 23).

76 *Idem, ibidem*, 2005, p. 25.

possibilidade de reeleição, para um mandato sucessivo, dos Chefes do Poder Executivo (...), sem necessidade de desincompatibilização ou renúncia”, já que o exercício desses cargos exige o emprego do poder<sup>77</sup>. Mas, com amparo em Djalma Pinto, definiu esta última forma de abuso como a “utilização de bens do Poder Público ou na [a] prática de ações, no exercício da função pública, visando ao favorecimento de candidato”<sup>78</sup>. Por seu turno, o abuso de meios de comunicação poderia consistir em exteriorização das duas modalidades anteriormente mencionadas ou em “forma autônoma e independente de qualquer outra conduta abusiva, como na hipótese em que determinado candidato coloca em funcionamento ou se aproveita de rádio clandestina”<sup>79</sup>.

Olivar Coneglian acredita que o abuso é “o uso indevido, excessivo ou injusto” ou a “prática contrária às leis ou aos bons costumes; alguma irregularidade pela utilização desproporcional”, que implica desigualdade no pleito eleitoral<sup>80</sup>. Como a não equivalência é um corolário de qualquer disputa, ele diz que “o que se procura evitar é que (...) utilizem esse fator como instrumento para aniquilar a vontade dos outros (...). Não é simplesmente alterar a vontade popular, mas alterar com abuso”<sup>81</sup>. Não se esclarece, entretanto, o que exatamente é “aniquilar a vontade dos outros” ou “alterar com abuso”.

Márlon Reis classifica os abusos de poder econômico e político como categorias abertas, a serem aferidas nos casos concretos, de acordo com o “prudente arbítrio”, já que “não seria razoável que o legislador pretendesse descrever minudentemente todas as situações em que se pode verificar tal desvio eleitoral, ante a magnitude atingida pela matéria no plano fático”<sup>82</sup>.

77 *Idem, ibidem*, p. 29-30.

78 *Idem, ibidem*, p. 30.

79 *Idem, ibidem*, p. 30. Ele chamou atenção, outrossim, para “a situação decorrente da demasiada exposição de determinado candidato na mídia em geral, que pode refletir hipótese a ser encarada e enfrentada na seara do prévio afastamento do candidato de tal exposição e daquelas atividades, minimizando os efeitos daquela visibilidade excessiva que pode alçá-lo à posição de vantagem injustificada sobre os demais candidatos em relação ao resultado do pleito. Digno de registro, a esse respeito, é o fenômeno atual representado pelo significativo acesso de comunicadores, artistas, atletas, personalidades e religiosos, com fácil acesso aos meios de comunicação de massa, aos cargos eletivos, situação que deve merecer a atenção do legislador eleitoral, principalmente no tocante aos prazos de desincompatibilização de suas respectivas atividades, garantindo-se, assim, a igualdade na disputa eleitoral com os demais candidatos” (*Idem, ibidem*, p. 31).

80 CONEGLIAN, Olivar Augusto Roberti. **Inelegibilidade**: Inelegibilidade e proporcionalidade. Inelegibilidade e abuso de poder. 1ª ed., 1ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2012, p. 147.

81 *Idem, ibidem*, p. 148.

82 REIS, Márlon. **Direito Eleitoral brasileiro**. 2ª ed. Brasília: Alumnus, 2014, p. 269.



Nos *Elementos de Direito Eleitoral*, Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra indicam que os abusos de poder econômico e político são “de difícil conceituação e mais difícil ainda sua transplantação para a realidade prática”. E os definem:

O primeiro é a exacerbação de recursos financeiros para cooptar votos para determinado(s) candidato(s), relegando a importância da mensagem política. O segundo configura-se na utilização das prerrogativas auferidas pelo exercício de uma função pública para a obtenção de votos, esquecendo-se do tratamento isonômico a que todos os cidadãos têm direito, geralmente com o emprego do desvio de finalidade<sup>83</sup>.

Walber Agra voltou ao tema do abuso de poder econômico na sua tese de livre-docência, depositada em 2018. Segundo ele, a teoria do abuso de poder teria origem francesa e equivaleria ao excesso de poder<sup>84</sup>. Na enunciação do que considera como abuso de poder político, ele recorreu a Dieison Bernardi, Roberto Moreira de Almeida e Frederico Alvim<sup>85</sup>, realçando o emprego da máquina pública a fim de quebrar a paridade de armas entre os candidatos.

83 VELLOSO, Carlos Mário da Silva, AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 398.

84 “De origem francesa, a teoria do abuso de poder (*détournement de pouvoir*) teve como contexto o fortalecimento do princípio da separação dos Poderes e a criação da jurisdição administrativa no âmbito do Poder Executivo, razão pela qual o conceito primogênito do abuso de poder é sinônimo de excesso de poder. (...) A teoria do abuso de poder, adotada pelo Brasil, classificou o fenômeno como gênero das espécies excesso, omissão e desvio de finalidade. Por essa razão, o abuso de poder (gênero) é, atualmente, conceituado como uma aberração da discricionariedade, da qual é detentor o administrador da *res publica* que se interesse pessoal ou à conduta ilegal, ab-rogando o interesse da Administração” (AGRA, Walber de Moura. **Poder econômico, financiamento eleitoral e a não concretização da constituição econômica**. Tese apresentada para a obtenção do título de Livre-Docente da Universidade de São Paulo, 2018, p. 221).

85 “Em sede do Direito Eleitoral, o abuso de poder político, também denominado de abuso de autoridade, ou abuso no exercício de função, cargo ou emprego na Administração Pública, direta ou indireta, configura-se na utilização de bens, serviços ou recursos públicos para beneficiar candidatos a cargos eletivos. Em consonância com Roberto Moreira de Almeida, trata-se do uso indevido da máquina administrativa, em prol de determinada candidatura, afetando a isonomia de oportunidades entre os candidatos, fato que retira a legitimidade de todo o processo eleitoral. Frederico Alvim observa que o abuso de poder político, além de afrontar os limites da legislação eleitoral, constitui acinte direto à principiologia constitucional da Administração Pública, à democracia e à República. Esse tipo de abuso realiza-se pela utilização de prerrogativas auferidas no exercício de função pública para a obtenção de votos, podendo ser empregado de forma explícita ou implícita, olvidando-se, por esse meio, do princípio da isonomia, que é alicerce do regime democrático. Portanto, não consiste o abuso de poder político, obrigatoriamente no pedido explícito de votos, tipificando-se, tal delito, por meio do uso de bens, serviços ou obras públicas que são utilizados para a captação de sufrágios” (*Idem, ibidem*, p. 221).

E sua definição de abuso de poder econômico fala da “utilização do poder econômico destoando dos parâmetros legais” – sem os indicar –, utilização essa que influenciaria “a coletividade de forma ilegítima”<sup>86</sup>. Isso não ajuda na compreensão, dado que a ilegitimidade (*rectius*: ilegalidade) não define, e sim é consequência do abuso<sup>87</sup>.

Agra é contra a ampliação das hipóteses de abuso via atividade interpretativa, porque isso dá lugar a “um moralismo exacerbado, que termina por destruir os parâmetros da legalidade e da segurança jurídica”, pelo que seria mais correta a estipulação das “várias *fattispecies* de delitos para que a subsunção possa ser realizada de forma predeterminada, o que garante as prerrogativas constitucionais”<sup>88</sup>.

Em livro editado no ano de 2014, José Herval Sampaio Júnior não produziu um conceito de abuso de poder eleitoral, mas fez considerações sobre suas espécies mais relevantes. Ao tratar do abuso de poder político ou de autoridade, enfatizou a violação dos princípios constitucionais da Administração Pública e a afronta à liberdade de voto<sup>89</sup>. Nas observações sobre o abuso de poder eco-

86 *Idem, ibidem*, p. 247.

87 Por outros motivos, também é tautológica a definição de Guilherme de Abreu e Silva: “(...) entende-se por *abuso de poder* no Direito Eleitoral aquelas ações tomadas por agentes detentores de *alguma espécie de poder* que o fazem *abusando* de suas prerrogativas ou possibilidades, ou seja, excedendo e ultrapassando os limites normais do uso do poder que possuem com a intenção de interferir no processo eleitoral para obter o voto na disputa pelo sufrágio popular durante o pleito” (SILVA, Guilherme de Abreu e. Inelegibilidades decorrentes do abuso de poder: interpretação restritiva e conformação jurisprudencial sobre as alíneas “d” e “h” do inciso I, do art. 1º da LC n. 64/90. In: FUX, Luiz, PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande, AGRA, Walber de Moura (coord.). **Elegibilidade e inelegibilidades**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 350 – as partes realçadas em itálico o foram para demonstrar a redundância).

88 AGRA, Walber de Moura. **Poder econômico, financiamento eleitoral e a não concretização da constituição econômica**. Tese apresentada para a obtenção do título de Livre-Docente da Universidade de São Paulo, 2018, p. 222.

89 “(...) de forma simples, podemos dizer que o abuso de poder político ou de autoridade é o uso da máquina, cargo ou função pública, do prestígio e influência ou mesmo do medo do eleitor mais humilde, de alguma retaliação que possa vir a sofrer caso vote contrariamente ao que desejaria o detentor do poder. Afrontando assim, os princípios que regem à administração pública, como o da legalidade, da moralidade ou da impessoalidade, uma vez que, desvirtua as funções de representante e/ou servidor público, que devem ser exercidas em favor do povo para militar em favor de si, satisfazendo seus interesses particulares, com o propósito, declarado ou velado, de beneficiar a si mesmo como candidato, candidato a quem apoie, partido ou coligação. Vale frisar ainda, que, enquanto o abuso de poder econômico se dá pela ação, o abuso de poder político tanto se dá pela ação quanto pela omissão. Exemplos disso é a contratação sem justificativa ou concurso, de servidores temporários em ano eleitoral ou ainda, deixar de fiscalizar ou aplicar multa a determinada empresa que apoia a candidatura de quem é apoiado pelo atual prefeito, dentre diversos outros exemplos infelizmente muito recorrentes em nossa política, ou melhor, politicagem brasileira” (SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Abuso do poder nas eleições**: ensaios. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 94. Não houve alteração nas marcas de pontuação)

nômico, deixou claro que o recurso ao poder econômico não é *per se* um ilícito eleitoral<sup>90</sup>, e nas atinentes ao abuso de poder no uso indevido de comunicação social, qualificado como “a mais potente forma de desequilibrar o pleito na atualidade”, abordou tanto os meios tradicionais quanto as redes sociais<sup>91</sup>.

Para Marcos Ramayana, os abusos de poder econômico e político se configuram quando há uma “conduta ativa” ou “uma série de atos ilegais”, assimilando-os a uma “concorrência desleal”<sup>92</sup>, em uma involuntária alusão a um dos componentes originários do conceito, o *abuso de poder econômico*. Sobre este último, registra-se que na esfera eleitoral ele pode se verificar “mesmo sendo considerados lícitos os gastos de campanha eleitoral”<sup>93</sup>. Em qualquer caso, faz-se necessário que a sua gravidade seja capaz de afetar o **“equilíbrio ideal entre os candidatos”**<sup>94</sup>.

Ramayana também repete Amilton Augusto Kufa<sup>95</sup>, para quem “o abuso de poder eleitoral é sinônimo de ilícito eleitoral”, um gênero que compreenderia o abuso de poder econômico, o abuso de poder político ou de autoridade, o uso indevido dos meios de comunicação e o abuso de poder carismático ou ideológico. Esta modalidade, a que, como o nome já indica, subjazeria uma relação de dominação carismática<sup>96</sup>, abrangeria o “abuso de poder artís-

90 *Idem, ibidem*, p. 197.

91 “Sem sombra de dúvidas, a mais potente forma de desequilibrar o pleito da atualidade, dada sua capacidade de atingir um grande número de eleitores de uma vez. Ainda mais que no Brasil, temos um agravante. Aqui, os meios de comunicação (TVs, Rádios e Jornais), pertencem quase sempre a políticos tradicionais, quando não, de seus familiares ou correligionários, o que frequentemente leva ao uso indevido dos meios de comunicação, com clara intenção de favorecer seus candidatos” (*Idem, ibidem*, p. 287). Mais adiante, depois de transcrever decisão que exarou no exercício da função eleitoral, afirmou: “Fica assim evidente, a força e a rapidez com que as redes sociais podem levar uma mensagem, podendo gerar efeitos quase que instantaneamente. Assim, cumpre à Justiça Eleitoral ficar atenta aos abusos cometidos no âmbito dos meios de comunicação, sobretudo às novas formas de interação social, pois, seu alcance e eficácia é muitas vezes mais potente que qualquer outro meio até então utilizado para descompensar o pleito eleitoral” (*Idem, ibidem*, p. 288).

92 RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 16ª ed. Niterói: Impetus, 2018, p. 703-704.

93 *Idem, ibidem*, p. 704.

94 *Idem, ibidem*, p. 703 (em negrito no original). Ramayana também sustenta que: “Na **gravidade**, podemos descobrir certos **vetores interpretativos**, tais como: (i) intenção de prejudicar o erário público ou bens de pessoas físicas ou jurídicas com fins eleitoreiros; (ii) violação da boa-fé; (iii) a propaganda usada contrariamente à sua função de divulgação das propostas dos candidatos; (iv) desrespeito aos direitos fundamentais de primeira dimensão vinculados à liberdade (*direitos políticos*); (v) lesão ao sufrágio sob o prisma da legitimidade; e (vi) lesão ao direito moral do eleitor em sua cidadania, afetando uma característica do direito à personalidade (*art. 1º, incs. II e II, da Constituição da República*)” (*Idem, ibidem*, p. 706 (em negrito no original).

95 *Idem, ibidem*, 2018, p. 705.

96 “(...) temos no carisma uma relação de dominação, submetendo-se os cidadãos à autoridade contínua e legitimamente reivindicada por aqueles que possuem a autoridade

tico, indígena e, entre outros, o abuso do poder religioso<sup>97</sup>, que, por sua vez, consistiria no

desvirtuamento das práticas e crenças religiosas, visando a influenciar ilicitamente a vontade dos fiéis para a obtenção de voto, para a própria autoridade religiosa ou terceiro, seja por meio de pregação direta, da distribuição de propaganda eleitoral ou, ainda, outro meio qualquer de intimidação carismática ou ideológica, casos que extrapolam os atos considerados como de condutas vedadas, previstos no art. 37, § 4º, da Lei 9.504/1997<sup>98</sup>.

Por sua vez, Amilton Kufa alinha-se aos doutrinadores que defendem que propõem a punição de qualquer forma de abuso de poder eleitoral, “mesmo que ausente legislação complementar trazendo o instituto de forma expressa”<sup>99</sup>. É com base nisso, portanto, que ele sustenta o já mencionado abuso de poder carismático ou ideológico, guarda-chuva que abrigaria abusos de poder artístico, indígena e, “entre outros”, religioso, não elencados na Constituição ou em lei complementar.

O abuso de poder indígena foi tema do artigo *O multiculturalismo como filtro hermenêutico dos institutos do Direito Eleitoral, adaptação feita por Luiz Fux do voto-vista proferido no TSE du-*

religiosa. Trata-se de uma autoridade baseada no carisma pessoal, no temor, na devoção e na confiança que pessoas depositam em alguém que tem a tarefa de guiá-los, não por força da lei ou do costume, mas da crença e da fé, em suma, trata-se de uma dominação puramente pessoal em razão da pessoa e de suas qualidades” (KUFA, Amilton Augusto. O abuso do poder religioso no processo eleitoral brasileiro. In: FUX, Luiz, PELEJA NÚNIOR, Antônio Veloso, ALVIM, Frederico Franco, SESCONETTO, Juliana Sant’ana (coord.). **Direito Eleitoral**: temas relevantes. Curitiba: Juruá, 2018, p. 336-337).

97 *Idem, ibidem*, p. 335.

98 *Idem, ibidem*, p. 337. Amilton Kufa afirma que “Cumprir destacar, por óbvio, que o abuso psicológico e o assédio moral não são inerentes à religião, e nem poderiam ser, sendo esse um verdadeiro desvirtuamento da garantia ao livre exercício constitucional, uma vez que, enquanto agente sociopolítico, tem o dever de influenciar positivamente a vida pública, respeitando o ordenamento jurídico aplicável, da mesma forma que, enquanto líderes religiosos, como todo e qualquer cidadão, têm o direito de livre manifestação, podendo expressar-se sobre esta ou aquela opção político-partidária, mas jamais aproveitando-se de sua condição e autoridade para desvirtuar o processo eleitoral em benefício de quem quer que seja” (*Idem, ibidem*, p. 344-345).

99 O trecho completo é: “O sentido da norma constitucional não é sancionar este ou aquele abuso, deixando brechas para que outros desvirtuamentos sejam praticados, mas, sim, como expressa o próprio texto do § 9º do art. 14, ‘proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício do mandato [...] e a normalidade e a legitimidade das eleições’, o que, por si só, é suficiente a ensejar que outras condutas abusivas, que não o abuso de poder econômico e o abuso de poder político ou de autoridade, sejam devidamente reprimidas, mesmo que ausente legislação complementar trazendo o instituto de forma expressa” (*Idem, ibidem*, p. 347).

rante o julgamento do REspe n. 287-84. Naquela oportunidade, foi debatido se um líder de povo originário teria ou não praticado abuso de autoridade eleitoral. A premissa teórica explicitada como indispensável foi “o respeito à diferença e ao reconhecimento como imperativo do multiculturalismo”, de que deriva a “necessidade de proteção à identidade cultural, tradições e costumes das comunidades não hegemônicas”<sup>100</sup>.

De acordo com o professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, o direito à diferença

[...] impõe a mitigação ou adaptabilidade, sempre que possível, de disposições gerais e abstratas que possam impactar desproporcionalmente na esfera jurídica de indivíduos ou coletividades em decorrência de determinadas singularidades e particularidades. Isso se justifica porque, não raro, a aplicação cega e irrestrita de diversos institutos jurídicos negligencia hábitos e costumes de grupos tradicionais (tribos indígenas e remanescentes de quilombos), descaracterizando-os como membros sujeitos de direito. A observância à isonomia, em situações como estas, se materializa não com o tratamento igualitário, mas, em vez disso, com a imposição de *discriminações positivas*, como mecanismo de salvaguardar sua identidade<sup>101</sup>.

Luiz Fux recordou que no STF esse direito à diferença fundamentou a concessão da ordem de habeas corpus em favor de indígena intimado a depor em comissão parlamentar de inquérito<sup>102</sup>.

Já o direito ao reconhecimento proíbe obstáculos “que possam prejudicar o efetivo desfrute de direitos humanos universais pelos

100 FUX, Luiz. Multiculturalismo como filtro hermenêutico dos institutos do Direito Eleitoral. In: FUX, Luiz, FRAZÃO, Carlos Eduardo. **Novos paradigmas do Direito Eleitoral**: atualizado com a Lei n. 13.165/2015 (minirreforma eleitoral) e com o Novo Código de Processo Civil. Belo Horizonte: Fórum, 2016. *E-book*, p. 90 e ss.

101 *Idem, ibidem*, p. 91

102 “(...) a necessidade de respeito à diferença já foi aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC n. 80.240/RR, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence. Naquela assentada, o Plenário deferiu a ordem em favor de um indígena que fora intimado a depor numa comissão parlamentar de inquérito. Além do argumento de direito positivo (CRFB, art. 231, § 5º), que veda a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo exceções previstas constitucionalmente, a Corte valeu-se de premissas relacionadas com o direito à diferença: o comparecimento do indígena que não incorporou ou compreende as práticas e os modos de existência comuns da sociedade hegemônica geraria uma injustiça no caso concreto, porquanto estas categorias (*habeas corpus* e CPI) são estranhas à sua cultura, circunstância que potencializaria ‘o cometimento pelo silvícola de ato ilícito, passível de comprometimento do seu *status libertatis*’ (*Idem, ibidem*, p. 94).

membros de grupos vulneráveis, minoritários e estigmatizados”<sup>103</sup> e simultaneamente impõe a adoção de providências positivas, a fim de atender as necessidades específicas dos integrantes desses grupos<sup>104</sup>. No TSE, ele norteou a proibição da “realização de prova pública de alfabetização para candidatos a cargos eletivos, de vez que se tratava de prática vexatória, humilhante para todos os cidadãos a ela submetidos”<sup>105</sup>.

Fux rejeitou tanto a exegese esposada pelo Min. Henrique Neves, que restringia o abuso do poder político a atos de agentes públicos da Administração direta e indireta, quanto à interpretação dada pelo Ministério Público Eleitoral, que considerava o cacique uma “autoridade reconhecida pelo Estado”, dotada de “um caráter híbrido (...), que muito se aproxima da função pública”<sup>106</sup>. Ele propôs uma “solução intermediária”, haja vista que “a exclusão a priori do cacique do âmbito dos destinatários do ilícito eleitoral pode[ria] gerar um cenário generalizado de fraude à lei, mediante a proliferação de práticas abusivas”<sup>107</sup>.

103 *Idem, ibidem*, p. 91.

104 *Idem, ibidem*, p. 91-92.

105 *Idem, ibidem*, p. 94.

106 Para que se tenha uma compreensão mais exata do argumento, vale transcrever trechos do parecer do então Vice-Procurador-Geral Eleitoral, Eugênio José Guilherme de Aragão: “(...) O cacique não exerce sua autoridade por conta de exclusiva vontade da comunidade indígena. Essa autoridade recebe legitimação estatal, na medida em que a Constituição da República reconhece a organização social nos moldes estabelecidos pelos costumes indígenas e, desse modo, autoriza o exercício do poder pelo chefe da comunidade (art. 231, *caput*). Como se vê nos autos, o cacique tem o poder de veto sobre a admissão de professores da rede pública na aldeia, pode punir os indígenas, inclusive com a pena de banimento, e falar em nome deles perante a FUNAI pois é identificado como autêntico representante da comunidade. Diz a Constituição que ‘são reconhecidos aos índios sua organização social’, etc., o que implica considerar que a chefia dessa comunidade decorre do próprio texto constitucional e que essa autoridade recebe legitimação do Estado. Portanto, diferentemente de um líder local comum – como um líder comunitário, um pastor, etc., o cacique indígena possui legitimação do Estado para o exercício da autoridade sobre os índios que habitam a aldeia, inclusive com poder de uso de força – que se manifesta inclusive, como se viu, com a possibilidade de aplicação de pena de banimento. (...) A função exercida pelo cacique é função de autoridade reconhecida pelo Estado. É certo que não constitui função estatal, mas se o próprio Estado confere, como se viu, inclusive poder de veto a esse líder comunitário para admitir ou não professores da rede pública no seio da comunidade, há um caráter híbrido nessa atividade, que muito se aproxima da função pública. Resta ainda consignar que o cacique exerce sua autoridade sob a vigilância de autoridade pública, pois a Funai detém o poder de polícia sobre a terra indígena, nos termos do que dispõe o art. 1º, VII, da Lei 5.371/69, que estabelece como atribuição dessa autarquia ‘exercitar o poder de polícia nas áreas reservadas e nas matérias atinentes à proteção do índio’ (BRASIL. Ministério Público Eleitoral. **PGR-Manifestação-200467/2014**, Disponível em: <https://portal.mpf.mp.br/unico/modulo/judicial/painel/#/65737834/autuacao/10476350>. Acesso em: 14 fev. 2022).

107 FUX, Luiz. Multiculturalismo como filtro hermenêutico dos institutos do Direito Eleitoral. In: FUX, Luiz, FRAZÃO, Carlos Eduardo. **Novos paradigmas do Direito Eleito-**



O abuso de poder de autoridade poderia em tese ser praticado por liderança de povo originário, sempre que houver atentado aos “bens jurídicos tutelados pelo Estatuto das Inelegibilidades, quais sejam, a liberdade de voto, a normalidade e a legitimidade das eleições”, mas é necessário evitar o etnocentrismo e reconhecer o direito à diferença da comunidade indígena e, com isso, à sua organização social própria, em que as lideranças ditam diretrizes políticas de seus respectivos grupos<sup>108</sup>. Em outras palavras, faz-se necessário examinar as condutas sob o “filtro do direito à diferença e ao reconhecimento”<sup>109</sup>, respeitando os costumes próprios do povo em questão. Se ainda assim for comprovada ofensa à liberdade de voto, à normalidade e à legitimidade das eleições, o abuso de poder de autoridade haveria de ser punido<sup>110</sup>. Os demais Ministros que participaram do julgamento do REspe n. 287-84.2012 concordaram com o argumento, externando preocupações com a abrangência do multiculturalismo na esfera eleitoral<sup>111</sup>.

**ral:** atualizado com a Lei n. 13.165/2015 (minirreforma eleitoral) e com o Novo Código de Processo Civil. Belo Horizonte: Fórum, 2016. *E-book*, p. 99.

108 *Idem, ibidem*, p. 100.

109 *Idem, ibidem*, p. 101.

110 “(...) esse “poder” outorgado ao cacique não tem o condão de conferir-lhe um *cheque em branco* em que possa aniquilar direitos humanos universais dos demais membros da comunidade. Em termos práticos, constatado o desvio de poder a ele atribuído, mediante a apresentação *in concreto* de provas incontestes e contundentes nos autos (*e.g.*, registros de ameaças de morte ou de agressões físicas, ou de expulsão da coletividade em caso de desobediência às ordens), deverá a autoridade indígena ser responsabilizada nos termos dos arts. 19 e 20 da Lei Complementar n. 64/90” (*Idem, ibidem*, p. 101).

111 Nesse sentido, cf. as seguintes intervenções posteriores ao voto do Ministro Luiz Fux: “O SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN: Mas me parece que aqui o diferencial é que ele próprio era candidato a vereador. E também devemos ter um pouco de cuidado para evitar, em matéria eleitoral, uma latitude exagerada ao multiculturalismo, que, no Direito de Família e no Direito Penal, não aceitamos, por exemplo, o infanticídio, não é? Não é porque é cacique, ou porque é índio que certos valores fundamentais da República Brasileira podem ser... O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Isso está ressaltado no voto. O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA (relator): Penso que todos nós comungamos dessa opinião. (...) A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÔSSIO: Senhor Presidente, acompanho o relator, louvando o voto de ambos, tanto o voto do Ministro Luiz Fux quanto o do Ministro Henrique Neves. VOTO O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Senhor Presidente, se houvesse mais tempo, seria o caso até de examinarmos com vista dos autos e mais discussões. O caso é muito interessante, e o voto do Ministro Luiz Fux traz elementos muito curiosos. Penso ser relevante essa análise e certamente teremos outros casos semelhantes. De fato a situação pode chegar a um tipo de abuso que caracterize captação ilícita de sufrágio. Não sei, especialmente, como isso se realiza, mas urnas em aldeias indígenas permitem aferição da fidelidade, ou não, dos próprios índios nesse contexto e, certamente, isso poderá dar ensejo a um tipo de punição. Mas considero muito relevante o que o Ministro Herman Benjamin também acaba de apontar. Nessas sociedades assim chamadas multiculturais surgem essas questões e, às vezes, delicadas. E a questão é saber quais são os valores que devem ser aceitos e legitimados. Eu me lembro do professor Canotilho, um sentimento um tanto quanto ... – e hoje esse sentimento se expandiu em função de

Raquel Cavalcanti Ramos Machado e Jéssica Teles de Almeida apoiam-se em Fávila Ribeiro ao dizerem que as origens do abuso de poder eleitoral, que “desvia o exercício legítimo dos direitos subjetivos dos fins que lhe conferem a ordem jurídica”, são encontradas no direito privado<sup>112</sup>. Ao ver delas, o conceito desse abuso remete a qualquer “exercício de um poder (...) que extrapole sua finalidade dentro do processo eleitoral, afetando a normalidade (...) e/ou a legitimidade das eleições (...), de forma presumida ou comprovadamente grave”<sup>113</sup>. Com base na jurisprudência do TSE, as autoras defendem que o “preenchimento fictício das cotas de candidatura [por gênero] constituem fraudes ao processo eleitoral e abuso do poder”, na modalidade *abuso de poder político-partidário*<sup>114</sup>.

atos terroristas – , mas ele dizia que o fato de se estar em uma sociedade multicultural não nos deve levar a nos esquecer de que há valores básicos que são dessa sociedade, e quem quer a ela se integrar ou dela participar deve aceitar essas premissas e esses valores. Ele narrava um caso ocorrido na Alemanha, em que um cidadão árabe decidiu perseguir o médico ginecologista, porque ele fizera um exame na sua esposa. Então, Canotilho diz que é condição básica para conviver em uma sociedade como a ocidental aceitar os seus valores básicos mínimos. Também aqui essa questão deve ser considerada, ou seja, as regras básicas devem ser observadas. Acompanho o relator e o voto do Ministro Luiz Fux. VOTO. A SENHORA MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA: Senhor Presidente, eu também acompanho o relator, saudando os ilustres colegas pelos votos proferidos. VOTO. O SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN: Senhor Presidente, estou na mesma situação do Ministro Gilmar Mendes. Se eu tivesse tempo e alguma energia ainda remanescente antes do recesso, eu pediria vista para estudar, mas, como concordo com o resultado, não vejo muito sentido. É válida a observação que aqui todos fizeram, de que o multiculturalismo não é janela, ou mesmo portão, para a rejeição de valores associados à própria condição humana, ou seja, em relação aos índios, por exemplo, o fundamento do multiculturalismo para sua proteção é no que tange à língua, aos costumes, à religião, mas não para extirpar, em situações extremas, valores considerados essenciais e insitos à pessoa humana. Do contrário estaríamos negando a essas minorias a própria condição humana e daí retroagindo à situação que imaginamos superada” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral n. 0000287-84.2012.6.16.0196 – classe 32 – Manoel Ribas – Paraná**. Recorrente: Ministério Público Eleitoral. Recorridos: Maurílio Viana Pereira e outros. Relator: Min. Henrique Neves da Silva, 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/52768>. Acesso em: 14 fev. 2022).

112 MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos, ALMEIDA, Jéssica Teles de. Abuso de poder político-partidário e a fraude às cotas de candidaturas por gênero. In: FUX, Luiz, PELEJA NÚNIOR, Antônio Velloso, ALVIM, Frederico Franco, SESCONETTO, Juliana Sant’ana (coord.). **Direito Eleitoral**: temas relevantes. Curitiba: Juruá, 2018, p. 132.

113 *Idem, ibidem*, p. 133.

114 O trecho completo é: “O Tribunal Superior Eleitoral foi instado a avaliar esse quadro fático, em 2015 e em 2016, e definiu que esse preenchimento fictício das cotas de candidatura constituem fraudes ao processo eleitoral e abuso do poder, o qual, certamente, macula a legitimidade do pleito e afeta a igualdade de condições entre os candidatos, configurando, tal prática, ‘abuso de poder político-partidário’. Político porque o partido só existe e funciona por conta das verbas públicas que recebe (BRASIL, 2016b [a referência é ao Recurso Especial Eleitoral em ALJE 243-24.2014]), e porque a forma de escolha dos candidatos pressupõe um processo político interno – convenção – e, ao lançar essas candidaturas ‘laranjas’, esse processo político acaba por restar corrompi-



Luiz Carlos Gonçalves afirma que todo abuso de poder eleitoral é ilegal, mas nem toda ilicitude deve ser qualificada como abusiva, sendo necessária “uma aptidão, intensidade ou peso suficientes para pôr em risco a normalidade, a retidão, a legitimidade e a competitividade do pleito”<sup>115</sup>, o que não se confundiria, entretanto, com a potencialidade lesiva<sup>116</sup>. O conceito seria juridicamente indeterminado, “de tipologia aberta, a ser integrado pelo exame dos fatos concretos”, na tipologia apresentada por Rodrigo López Zilio<sup>117</sup>.

Gonçalves reflete sobre a noção de *normalidade* das eleições, cuja preservação fundamenta constitucionalmente a repressão ao abuso de poder. Rejeitando aquilo que denomina de padrão empírico, ele acredita se tratar de um conceito jurídico, um conjunto de *standards*, de padrões “de liberdade partidárias, de opinião, expressão, propaganda e voto, bem como a confiabilidade no sistema de cadastro dos eleitores, colheita de votos, apuração e resolução de controvérsias”<sup>118</sup>, sem dizer, no entanto, como ou por quem esses padrões seriam estabelecidos. De qualquer modo, uma vez que a vulneração desses *standards* macularia também a *legitimidade das eleições*, ele cita Frederico Franco Alvim, que entende haver

do por um ato abusivo” (*Idem, ibidem*, p. 141-142).

115 GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Ações eleitorais:** contra o registro, o diploma e o mandato. Aspectos processuais e materiais. São Paulo: Publique, 2021. *E-book*, p. 186, pos. 4136 de 12521.

116 “Não convém assemelhar essa aptidão à chamada ‘potencialidade lesiva’, expressão que se reduziu a uma verificação da causalidade do impacto do ato abusivo na contagem dos votos, como se fosse possível isolar uma única razão que leve ao êxito ou derrota eleitorais. A potencialidade lesiva foi legalmente excluída das condições de procedência da Ação de Investigação Judicial Eleitoral em prol da gravidade do ato ilícito e sua proporcionalidade diante das sanções admissíveis, conforme se vê no art. 22, inciso XVI, da Lei de Inelegibilidade: ‘para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam’. Sem embargo, não há como dar contornos ao conceito de abuso sem valer-se da ideia de uma ilegalidade qualificada por aquela aptidão, gravidade ou peso para interferir na legitimidade do processo eleitoral” (*Idem, ibidem*, p. 186, pos. 4136-4142 de 12521).

117 *Idem, ibidem*, p. 187, pos. 4156 de 12521.

118 O trecho completo é: “As próprias menções constitucionais quanto à ‘normalidade’ e ‘legitimidade’ do pleito veiculam conceitos jurídicos indeterminados, abertos e dependentes de exames fáticos. Como reconhecer uma eleição que seja ‘normal’? Se tomarmos o conceito como padrão empírico – o que acontece de usual nas eleições brasileiras – seria normal a negociação política subalterna entre partidos, a ilusão sobre a capacidade de construir soluções a partir do cargo disputado e a tergiversação sobre a realidade econômica do poder público. Isso para não falar de prestações de contas com severas omissões sobre a realidade das campanhas e, até, compra de votos. Melhor adotar um conceito jurídico de normalidade, no sentido de um padrão de liberdade partidárias, de opinião, expressão, propaganda e voto, bem como a confiabilidade no sistema de cadastro dos eleitores, colheita de votos, apuração e resolução de controvérsias. Condutas que malferissem esses itens poderiam, então, prejudicar a normalidade das eleições” (*Idem, ibidem*, p. 187, pos. 4163-4168 de 12521. *E-book*).

sinonímia entre *normalidade* e *legitimidade*.

Luiz Carlos Gonçalves atenta para o fato de que espécies de abuso de poder (político, econômico ou do uso de meios de comunicação social) geram efeitos idênticos, conferindo vantagens competitivas ilícitas a quem deles se beneficiam<sup>119</sup>, mas as suas diferenças “são tão grandes que elas mal parecem integrar o mesmo gênero”. E propõe uma tipologia que aparte os atos abusivos entre aqueles praticados por agentes públicos e os executados por particulares. Os primeiros demandam o exercício de uma função de autoridade, isto é, uma posição de mando, de uma estrutura organizacional pública<sup>120</sup>, não necessária para os demais, para os quais se pressupõe a detença de poder econômico na esfera privada, sem necessária vinculação com a Administração<sup>121</sup>.

Gonçalves é contra a expansão do conceito do abuso de poder político aos atos de “lideranças comunitárias, sindicais, empresariais ou religiosas” mediante analogia, ou seja, sem que haja alteração legislativa, até porque isso abrangeria, no limite, inclusive atos de líderes de organizações criminosas<sup>122</sup>. Ao seu ver,

119 *Idem, ibidem*, p. 188, pos. 4182 de 12521. *E-book*.

120 *Idem, ibidem*, p. 190, pos. 4232 de 12521. *E-book*.

121 “O abuso do poder político tem como *locus* a administração pública ou, no caso dos partidos políticos, entidades diretamente imbricadas no exercício de competências de tipo estatal. Já o relativo ao poder econômico é próprio de particulares que contam com grande capacidade financeira ou de pessoas jurídicas intervenientes no modo de produção, distribuição, compra e venda e comércio de bens, serviços e utilidades. Não é necessária a ligação com atividades estatais. O abuso no uso dos meios de comunicação social pode alcançar tanto atividades da administração quanto a de particulares, trazendo elementos de abuso do poder político ou econômico” (*Idem, ibidem*, p. 189, pos. 4199-4206 de 12521. *E-book*).

122 “Não são autoridades públicas, portanto, as lideranças comunitárias, sindicais, empresariais ou religiosas, apesar de integrarem estruturas que exercem poder diante das pessoas a elas vinculadas. Admiti-lo seria malferir a matriz constitucional do art. 14, § 9º, que fala em ‘abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta’. Ela não menciona agentes privados ou lideranças privadas. A despeito da amplitude da moldura típica do art. 22, da Lei Complementar n. 64/1990, a presença de uma autoridade pública, ainda que por equiparação legal, é requisito inafastável. (...) Outrossim, entendemos que o alcance dessa equiparação dependeria de reforma legislativa. A analogia supõe que os fatos regulados em lei ostentem semelhança com os fatos que se pretende incluir na aplicação da norma. Similitude não implica igualdade – pois a fatos iguais aplica-se a mesma lei, sem necessidade de analogia –, mas exige a presença de elementos comuns. O abuso do poder político traz, como marcos distintivos, a atuação de agentes, em regra remunerados com dinheiro público, que obtiveram poder de mando numa estrutura hierarquizada custeada pelo erário. Essa estrutura é regida pela legalidade administrativa, que não permite a prática de atos não previstos em lei. (...) Não há comunhão entre esses aspectos do abuso praticado por funcionários públicos e aqueles praticados por lideranças privadas. Ainda que elas se valham de estruturas hierárquicas e exerçam poderes de fato sobre quem aceitar seu mando, não há a remuneração pública, nem legalidade estrita, nem a exigência de igualdade no dispêndio dos recursos a elas disponíveis. Existe emprego do poder, circunstância insuficiente para o raciocínio analógico. Até porque

o abuso de poder religioso “se insere nas figuras tradicionais do abuso do poder econômico ou do uso dos meios de comunicação social, não trazendo, na lei, contornos próprios”<sup>123</sup>.

Gonçalves defende que sem expressa previsão normativa, que obrigatoriamente terá de observar o art. 231 da Constituição da República e considerar as especificidades culturais, não é possível reconhecer eventual abuso de poder por lideranças indígenas<sup>124</sup>.

Ao falar do abuso do poder econômico<sup>125</sup>, ele lembra que a espécie fica caracterizada quando há assistencialismo, “se os fins buscados são eleitorais, não filantrópicos”, e que também existem formas contemporâneas, “como a subvenção de impulsionamentos na internet por pessoas que não aparecem na prestação de contas”, com gastos significativos e/ou a atuação de pessoas jurídicas<sup>126</sup> ou a ação de grupos econômicos, beneficiários, “antes do período eleitoral, [de] contratos vantajosos junto ao poder público com a condição de, nas eleições, prestarem serviços com valores subdimensionados”<sup>127</sup>.

Luiz Carlos Gonçalves se lembra da concentração da propriedade dos meios de comunicação social no Brasil e, malgrado ressalte a maior liberdade detida pela imprensa escrita, quando comparada às concessionárias públicas de radiodifusão de sons e imagens, alerta para um fenômeno muito comum, mas não recordado por vários outros doutrinadores: “jornais de pequena tiragem, dedicados a divulgar notícias locais” que nos anos eleitorais se convertem “em verdadeiros panfletos, com tiragem ampliada”, o que induz o eleitor a erro<sup>128</sup>. Ao par disso, registra modalidades mais recentes, na internet, com perfis falsos, programas maliciosos ou “robôs”, e em redes sociais ou programas de mensagem instantânea<sup>129</sup>.

---

se isso bastasse ter-se-ia que incluir, no campo de abrangência da norma, dirigentes de estruturas ilegítimas, como organizações criminosas. Se um líder comunitário pode ser responsabilizado eleitoralmente por abuso de poder no âmbito das eleições, como deixar de fazê-lo para chefes de quadrilhas ou milícias? (*Idem, ibidem*, p. 192-193, pos. 4264-4291 de 12521. *E-book*).

123 *Idem, ibidem*, p. 197, pos. 4384 de 12521. *E-book*.

124 *Idem, ibidem*, p. 201, pos. 4450-4463 de 12521. *E-book*).

125 Assim definido: “O abuso do poder econômico é a utilização irregular da pujança econômica de alguém em prol da candidatura própria ou de terceiros. Estes dois requisitos andam juntos: ilegalidade e caudal financeiro, seja em espécie, sejam em bens ou serviços” (*Idem, ibidem*, p. 202, pos. 4482 de 12521. *E-book*).

126 *Idem, ibidem*, p. 203-204, pos. 4501-4514 de 12521. *E-book*).

127 *Idem, ibidem*, p. 204, pos. 4522 de 12521. *E-book*).

128 *Idem, ibidem*, p. 206, pos. 4568 de 12521. *E-book*).

129 “A internet tem se revelado ambiente propício a abusos comunicacionais, sendo o principal meio para a divulgação de informações falsas, caluniosas, injuriosas ou difamantes em detrimento de adversários políticos. Faces modernas dessa irregularidade

O núcleo da definição de abuso de poder político proposta por Roberto Moreira de Almeida em seu *Curso de Direito Eleitoral* reside “no uso ou na utilização indevida da máquina administrativa” e, de forma algo redundante, em “um ato abusivo” atentatório à liberdade de voto<sup>130</sup>. Nas demais espécies que divisa (o abuso de poder econômico<sup>131</sup> e o uso abusivo dos meios de comunicação social<sup>132</sup>), o parâmetro também se encontra no emprego *excessivo ou indevido* – sem indicação de pautas aptas a determinar quando ele não o seria –, que lesionaria a normalidade e a legitimidade das eleições.

É no resguardo da isonomia nas disputas eleitorais, “coibindo vantagens competitivas desleais de qualquer dos postulantes”, que Volgane Oliveira Carvalho fundamenta a imposição de sanções contra os abusos de poder econômico e político<sup>133</sup>. No Manual das inelegibilidades, suas definições são tomadas de empréstimo a Adriano Soares da Costa, no caso do abuso de poder econômico, e a Roberto Moreira Almeida e Frederico Alvim, no de poder político.

Ao discutir o abuso de poder econômico, Volgane Carvalho se reporta exploração dos subintegrados<sup>134</sup> e o correlaciona com a

---

são a divulgação de conteúdos mentirosos, o uso de ardis como os ‘perfis falsos’ e a contratação de grupos de pessoas para dedicarem-se a maldizer candidatos. Isso quando não se usam programas maliciosos ou ‘robôs’. Programas de mensagens instantâneas por meio de celulares – como o *WhatsApp* e o *Instagram* – serviram de local privilegiado para abusos comunicacionais ao empregar métodos de divulgação massiva de informações falsas, pervertendo o caráter pessoal da troca de conversas” (*Idem, ibidem*, p. 207, pos. 4586-4593 de 12521. *E-book*).

130 “O abuso do poder político consiste no uso ou na utilização indevida da máquina administrativa em prol de determinado candidato, partido ou coligação. É um ato abusivo de autoridade em detrimento da liberdade do direito de sufrágio do eleitor” (ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Curso de Direito Eleitoral**. 14<sup>o</sup> ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 592).

131 “Abuso do poder econômico, para fins meramente didáticos, é o emprego de recursos financeiros e não financeiros, materiais e humanos, antes ou durante a campanha, com inobservância dos ditames fixados pela legislação eleitoral, com o afã de favorecer candidato, partido ou coligação, ocasionando lesões à normalidade e à legitimidade dos pleitos eleitorais” (*Idem, ibidem*, p. 591).

132 “O abuso do poder dos meios de comunicação pode ser conceituado como o emprego ou a utilização excessiva, indevida ou deturpada dos veículos de imprensa escrita (jornais, revistas, livros e periódicos) ou do rádio, da televisão ou da internet nas campanhas eleitorais por candidatos, partido ou coligação, produzindo lesões à normalidade e à legitimidade dos pleitos eletivos” (*Idem, ibidem*, p. 594).

133 CARVALHO, Volgane Oliveira. **Manual das inelegibilidades**: com comentários à Lei de Inelegibilidades e jurisprudência atualizada do TSE e STF. 3<sup>a</sup> ed.. Curitiba: Juruá, 2020, p. 290.

134 “Uma das possibilidades de abuso de poder econômico comum, especialmente, em cidades de maior porte, refere-se ao uso das estruturas, criadas com aplicação de recursos privados com vistas a realizar medidas assistencialistas para comunidades ou cidadãos hipossuficientes com o escopo de obter vantagem eleitoral indevida. Fere qualquer normalidade eleitoral o fato de candidato aproveitar-se da miserabilidade alheia e regatear, ainda que de modo subliminar, discreto e menos invasivo, a troca de benesses sociais por votos ou apoio político” (*Idem, ibidem*, p. 293).

“mídia” – palavra que para ele tem uma acepção ampla<sup>135</sup> –, garantindo que o TSE tem atuado “com o cuidado necessário, pois o mau uso [dos meios de comunicação] pode configurar verdadeira censura”<sup>136</sup>. Nesse ponto, ele chega a propugnar pela divulgação de “notícias equilibradas”<sup>137</sup>, apesar de negar a existência de neutralidade no exercício da liberdade de manifestação do pensamento<sup>138</sup>. Favorável à repressão do abuso de poder religioso<sup>139</sup>, ele admite para a dificuldade de mensurar a efetiva influência política das lideranças religiosas, que “varia conforme a denominação religiosa e o poder de ascendência de cada líder”<sup>140</sup>.

Felipe Ferreira Lima Lins Caldas acredita que as origens do *abuso* no âmbito eleitoral podem ser encontradas no *abuso de direito*, cujas raízes remontariam aos atos emulativos do Direito Romano<sup>141</sup>. Seu conceito de abuso de poder eleitoral, lastreado em José Jairo Gomes, reporta-se a condutas comissivas ou omissivas “que tenham por foco influenciar ou determinar comportamentos alheios através do mau uso de recursos controlados pelo beneficiário ou a ele disponibilizados”<sup>142</sup>. De fato, José Jairo Gomes dedicou

135 Compreendida “como o conjunto de órgãos responsáveis pela comunicação, ou seja, difusão de notícias e informações em determinada sociedade. Nesse bloco estão incluídos: jornais impressos, revistas, programas de televisão, rádio e internet e, também, as variedades mais contemporâneas oriundas das mídias sociais” (*Idem, ibidem*, p. 294). Como “mídia” a) é um anglicismo, que importou para o idioma português um termo originalmente vindo para lá do latim e b) a língua portuguesa já é neolatina, neste trabalho se dará preferência à expressão “meios de comunicação”,

136 *Idem, ibidem*, p. 290.

137 “A notícia equilibrada não é aquela que afasta a crítica necessária, mesmo que contundente. A distorção, certamente, mede-se pelo conteúdo de uma informação, mas jamais exclusivamente por ele. É necessário que se investigue o seu nível de alcance, se compare o modo como os outros contendores foram tratados, se mensure o volume de recursos dispendidos” (*Idem, ibidem*, p. 295).

138 “A busca pelo equilíbrio nas disputas eleitorais não poderá, por exemplo, impedir que um jornal, através de editorial demonstre sua preferência política. Não se pode exigir o impossível e irrealizável: a neutralidade. Por outro lado, o fato de o meio de comunicação demonstrar apreço por uma proposta em detrimento de outra, não pode significar a exclusividade da cobertura de informação ou o desrespeito do oponente. Opinião por si só jamais representará desequilíbrio” (*Idem, ibidem*, p. 295).

139 *Idem, ibidem*, p. 301-302.

140 *Idem, ibidem*, p. 300.

141 CALDAS, Felipe Ferreira Lima Lins. **Abuso de poder, igualdade e eleição**: o Direito Eleitoral em perspectiva. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 96.

142 “Tal situação, em concreto, é revelada na ocasião em que o agente (seja ele apenas candidato ou titular de cargo público eletivo), tendo em vista um processo eleitoral futuro ou em curso, se utiliza indevidamente de recursos políticos e/ou econômicos para facilitar a obtenção de votos através da interferência direta na formação da vontade popular. Trata-se, assim, da tentativa de seduzir ou coagir os eleitores por meio de vantagens ou ameaças que tenham como mira a garantia de votos para influir no resultado [do] pleito” (*Idem, ibidem*, p. 122).

bastante atenção ao tema em *Direito Eleitoral*, sua obra mais conhecida. De início, ele se deteve nas duas palavras que compõem o termo *abuso de poder*. A primeira (*abuso*) se caracterizaria pela violação do “padrão normal ou esperado do comportamento, realizando-se condutas que não guardam relação lógica com o que, à luz do Direito, normalmente ocorreria ou se esperaria que ocorresse”<sup>143</sup>. Essa incongruência na “relação lógica” seria aferível pelas consequências das condutas<sup>144</sup>, mediante a “análise da razoabilidade do evento e a ponderação dos seus motivos e finalidades”<sup>145</sup>. A segunda (*poder*) é concebida como “a capacidade de orientar, condicionar ou determinar o comportamento humano” individual ou coletivo, inclusive sem o uso de força física<sup>146</sup>.

Ele vê no abuso de poder eleitoral um conceito jurídico “indeterminado, fluido e aberto”, capaz de ser aplicado a distintas hipóteses de incidência<sup>147</sup>, o que “enseja melhor proteção ao bem jurídico tutelado”, mas “tem a desvantagem de propiciar ao intérprete um grau elevado de subjetivismo”<sup>148</sup>. Esse conceito consiste em afronta a valores constitucionalmente protegidos na Consti-

Quando analisa o abuso de poder político, Felipe Caldas elabora a seguinte frase, que posteriormente será citada por Margarete de Castro Coelho (COELHO, Margarete de Castro. **O teto de cristal da democracia brasileira**: abuso de poder nas eleições e violência política contra mulheres. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 84): “O uso político do poder estatal é uma maneira de desequilibrar a competição eleitoral utilizando-se da condição de superioridade e da capacidade de penetração social do Poder Público” (CALDAS, Felipe Ferreira Lima Lins. **Abuso de poder, igualdade e eleição**: o Direito Eleitoral em perspectiva. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 127).

143 GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 16ª edição. São Paulo: Atlas, 2020, p. 728.

144 “Haverá abuso sempre que, em um contexto amplo, o poder – não importa sua origem ou natureza – for manejado com vistas à concretização de ações ilícitas, irrazoáveis, anormais ou mesmo injustificáveis diante das circunstâncias que se apresentarem e, sobretudo, antes os princípios e valores agasalhados no ordenamento jurídico” (*Idem, ibidem*, p. 728).

145 Nesta passagem, a palavra razoabilidade é dotada de um sentido próximo ao de racionalidade, como se infere do seguinte trecho: “A análise da razoabilidade do evento e a ponderação de seus motivos e finalidades oferecem importantes vetores para sua apreciação e julgamento; razoável, com efeito, é o que está em consonância com a razão e com os valores em voga” (*Idem, ibidem*, p. 728).

146 *Idem, ibidem*, p. 729.

147 “Tratando-se, portanto, de conceito elástico, flexível, pode ser preenchido por fatos ou situações tão variados quanto os seguintes: i) uso nocivo e distorcido de meios de comunicação social; ii) realização maciça de propaganda eleitoral ilícita; iii) compra de votos; iv) oferta, promessa ou fornecimento de produtos como alimentos, medicamentos, materiais ou equipamentos agrícolas, utensílios de uso pessoal ou doméstico, material de construção; v) oferta, promessa ou fornecimento de serviços como tratamento de saúde; vi) contratação de agentes públicos em período vedado; vii) percepção de recursos de campanha oriundos de fonte proibida; viii) compra de apoio político de adversários no certame eleitoral; ix) realização de discursos performativos abusivos, em que há indevida promessa ou oferta de bens ou serviços, coação moral etc.” (*Idem, ibidem*, p. 730).

148 *Idem, ibidem*, p. 732.



tuição da República<sup>149</sup> concretizada com o “mau uso de direito, situação ou posição jurídico-social com vistas a se exercer indevida e ilegítima influência em processo eleitoral”<sup>150</sup>. Sem dúvida, é um conceito muito aberto. Mas por se tratar de restrição à soberania popular e ao exercício de direito político, que se projetam nos princípios da legalidade e da segurança jurídica, Gomes entende ser necessário que as hipóteses a serem sancionadas correspondam às previstas pelo ordenamento<sup>151</sup>.

José Jairo Gomes aparta as espécies típicas do abuso de poder das atípicas. A tipificação da ilicitude é autônoma nas primeiras (os abusos de poder econômico, de autoridade, político, político-econômico e midiático), mas nas últimas (abuso de poder mediante discurso, religioso e docente), para as quais não há previsão normativa expressa, o enquadramento típico depende da presença das hipóteses típicas de incidência<sup>152</sup>.

Em seguida, passa-se à conceituação de cada uma dessas espécies, principiando pelas típicas. No abuso de poder econômico, destaca-se o exercício de recurso ou direito com conteúdo econômico “em desconformidade com a função que lhe é reconhe-

149 “O abuso de poder é ilícito principalmente porque fere bens e valores fundamentais atinentes à higidez do sistema político-eleitoral democrático, tais como *integridade, liberdade, virtude, igualdade, sinceridade, normalidade e legitimidade* do processo eleitoral. Esses bens e valores gozem de proteção constitucional, consoante se vê no art. 14, §§ 9º e 10º, da Lei Maior” (*Idem, ibidem*, p. 729).

150 *Idem, ibidem*, p. 729.

151 “O microsistema eleitoral sanciona não o ‘abuso de poder’ em geral, mas as espécies ou tipos que especifica. Assim é que: i) o artigo 14, § 9º, da Constituição fala em: (i.a) ‘influência de poder econômico’; e (i.b) ‘abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta’. ii) o artigo 237, *caput*, do Código Eleitoral fala em (ii.a) ‘interferência do poder econômico’; e (ii.b) ‘desvio ou abuso do poder de autoridade’. iii) o artigo 19 da LC n. 64/1990 fala em: (iii.a) ‘transgressões pertinentes à origem de valores pecuniários’; (iii.b) ‘abuso do poder econômico’; e (iii.c) ‘abuso de poder político’. iv) o artigo 22, *caput*, da LC n. 64/1990 fala em: (iv.a) ‘uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico’; (iv.b) ‘uso indevido, desvio ou abuso do poder de autoridade’; e (iv.c) utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social’. v) o artigo 22, XIV, da LC n. 64/1990 fala em: (v.a) ‘interferência do poder econômico’; (v.b) ‘desvio ou abuso do poder de autoridade’; e (v.c) ‘desvio ou abuso dos meios de comunicação’” (*Idem, ibidem*, p. 732).

152 “Nas espécies consideradas atípicas, a configuração do ilícito – e a consequente responsabilização jurídica e aplicação de sanção – requer que elas ocorram de maneira associada ou entrelaçada a alguma forma típica. Assim, por exemplo, não há específica conceituação legal de ‘abuso de poder religioso’, mas este poderá ser reconhecido e sancionada se ocorrer associado ao abuso de poder econômico ou se decorrer de abuso de poder de autoridade” (*Idem, ibidem*, p. 734).



cida”<sup>153</sup>. O abuso de poder de autoridade<sup>154</sup> é emancipado – ou talvez parcialmente emancipado<sup>155</sup> – do abuso de poder político<sup>156</sup>, conquanto o próprio José Jairo Gomes admita que a jurisprudência os toma como sinônimos<sup>157</sup>. Sugere-se a modalidade híbrida abuso de poder político-econômico, em que o abuso de poder econômico incide simultaneamente com o de poder político, como não raro ocorre na prática<sup>158</sup>. E logo depois do abuso de poder midiático<sup>159</sup> é mencionado, provavelmente como hipótese específica deste último, o “abuso de poder na internet, meios digitais e redes sociais”, que deve estar associado a uma das formas típicas<sup>160</sup>.

153 “(...) a expressão *abuso de poder econômico* deve ser compreendida como a realização de ações (ativas ou omissivas) que consubstanciem mau uso de recurso, estrutura, situação jurídica ou direito patrimoniais em proveito ou detrimento de candidaturas. A finalidade do agente é influenciar a formação da vontade política dos cidadãos, condicionando o sentido do voto, e assim interferir em seus comportamentos quando do exercício do sufrágio. (...) Em geral, o abuso de poder econômico baseia-se no exercício de situação jurídica ou de direito em desconformidade com a função que lhe é reconhecida” (*Idem, ibidem*, p. 734).

154 “(...) a expressão *abuso de poder de autoridade* deve ser compreendida como a realização de ações que consubstanciam uso indevido do aludido poder ou ascendência pessoal com a finalidade de manipular indevidamente a formação da vontade política dos cidadãos, interferir indevidamente em seus comportamentos quando do exercício do sufrágio, determinando o sentido de seus votos, em proveito ou detrimento de candidaturas. (...) É bastante amplo o alcance do presente instituto. O caráter genérico e indeterminado de seu conceito permite que sejam abrangidas não só relações na esfera pública, como também na privada. Naquela, são abarcadas situações de cunho político e técnico-administrativo. Já na esfera privada, podem ser abrangidas situações várias ocorridas em âmbitos diversos como o religioso, educacional e empresarial” (*Idem, ibidem*, p. 737).

155 Na verdade, José Jairo Gomes vê uma relação de continência entre as duas figuras, como se verifica nesta passagem: “O abuso de poder político pode ser considerado uma forma de abuso de poder de autoridade, pois ocorre na esfera público-estatal sendo praticado por autoridade pública” (*Idem, ibidem*, p. 738).

156 “[O abuso de poder político] Consubstancia-se no desvirtuamento de ações ou atividades desenvolvidas por agentes públicos no exercício de suas funções. A função pública ou a atividade da Administração é desviada de seu fim jurídico-constitucional com vistas a condicionar o sentido do voto e influencia o comportamento eleitoral de cidadãos” (*Idem, ibidem*, p. 738).

157 *Idem, ibidem*, p. 737.

158 *Idem, ibidem*, p. 740-741.

159 “O abuso de poder midiático pode ser compreendido como o desvirtuamento de ações desenvolvidas nos instrumentos de comunicação social, que, desviando-se de suas funções precípua, passam a atuar ostensiva ou veladamente para influenciar a formação da vontade política dos cidadãos, interferir em seus comportamentos quando do exercício do sufrágio e, pois, determinar o sentido de seus votos em proveito ou detrimento de candidaturas ou partidos políticos” (*Idem, ibidem*, p. 742).

160 “Não há na legislação eleitoral definição específica de abuso de poder na Internet, plataformas digitais e redes sociais. Embora os artigos 57-A até 57-I da LE [lei das eleições, de n. 9.504] tragam algumas regras sobre a Internet nas eleições, notadamente no âmbito da propaganda eleitoral, nenhum deles contém a referida definição. Assim, à míngua de específica previsão legal, para caracterizar-se como ilícito é preciso que a situação considerada se encontre associada a um dos tipos de abuso de poder assinados, ou seja, econômico, político, de autoridade ou midiático. O suporte econômico

Nas espécies atípicas, José Jairo Gomes derivou da constatação de que os discursos são práticas sociais concretas, feita por John Austin, a possibilidade de existência de abuso de poder mediante atos de fala, desde que “o discurso seja relevante, sério, crível e exequível”<sup>161</sup>. É uma visão coerente, p. ex., com o conceito que ao longo do tempo se construiu no Direito Penal para o delito de ameaça<sup>162</sup>, mas ela certamente deve ser repensada nessa quadra em que ataques estruturados à racionalidade, à cultura, à ciência e à democracia<sup>163</sup> alimentam e são alimentados por novos populismos<sup>164</sup>. Se candidatos exploram discursos que mobilizam eleitoralmente pessoas dispostas a acreditar, p. ex., que a Terra é plana, é evidente que esse discurso é “relevante, sério, crível e exequível” para esses cidadãos, muito embora não o seja para o restante daqueles que vivem nos tempos presentes. E se isso acontece, é evidente que pode haver e deve ser sancionado o abuso, caso ele seja reconduzível a uma das suas modalidades típicas. Em outras palavras, a seriedade e a relevância hão de ser avaliadas a partir das condições próprias dos destinatários preferenciais do discurso.

---

requerido para que as ações abusivas na *web* sejam realizadas com eficiência permite fundamentar o ilícito no abuso de poder econômico. Ademais, conforme constata Alvim (2019 [a obra é *Abuso de poder nas competições eleitorais*, de que se falará adiante], p. 338): ‘a subsunção das variadas estratégias de manipulação informativa no seio da rede à hipótese de uso indevido dos meios de comunicação social é tecnicamente tranquila’ (*Idem, ibidem*, p. 746). Esse foi o entendimento adotado pelo TSE nas Ações de Investigação Judicial Eleitoral (AIJEs) 0601968-80 e 0601771-28.

161 “Sendo relevantes, sérias e factíveis, a ameaça, oferta ou promessa de bens ou vantagens têm potencialidade para macular a integridade do processo eleitoral em razão do efeito que produzem na consciência política dos cidadãos. Configurar-se-ão, então, como modalidade de abuso de poder. No caso, discurso e ação se equivalem ou se confundem, causando efeitos nas consciências dos eleitores, distorcendo a formação de suas vontades políticas e desvirtuando o processo psicológico de escolha, que deve ser livre e normal. Muitos terão motivos bastantes para sucumbir à ameaça, bem como acreditar na oferta ou promessa intencionalmente lançadas no discurso, com isso sendo impelidos a defender determinadas escolhas, posições ou visões de mundo. A distorção provocada no processo eleitoral é fruto da conformação da consciência político-eleitoral dos cidadãos a partir dos discursos ou falas abusivas, assim se delineando o abuso de poder ostentado pelo interessado. Mas, obviamente, não é qualquer fala ou discurso, produzido em qualquer circunstância e por qualquer candidato, que poderá ser enquadrado no ilícito eleitoral de abuso de poder. Tal enquadramento requer que o discurso seja relevante, sério, crível e exequível. Caso contrário, não terá aptidão para gerar a conformação da consciência do eleitor em benefício do candidato, e com isso sufocar a sua liberdade, distorcer a formação de sua vontade política e corroer a integridade do processo eleitoral” (*Idem, ibidem*, p. 749).

162 Vide, p. ex., NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. Vol. 2: Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio. 26<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 156 e ss.

163 Cf. EMPOLI, Giuliano da. **Os engenheiros do caos**. São Paulo: Vestigio, 2019.

164 Cf., p. ex., PRZEWORSKI, Adam. **Crises da democracia**. São Paulo: Zahar, 2020. *E-book*.

O abuso de poder docente é outra espécie atípica proposta pelo citado eleitoralista. Caso particular do abuso de poder mediante discurso, que seria passível de punição se também se caracterizar como abuso de poder típico, ele se destinaria a evitar o desvio de finalidade do docente, “a deliberada militância eleitoral em sala de aula”, que colheria discentes “em uma fase da vida em que sua personalidade e visão de mundo ainda estão em formação”<sup>165</sup>.

Esse é um posicionamento no mínimo problemático. José Jairo Gomes tentou se antecipar às críticas, ao afirmar que “não se trata (...) de coibir o ensino, de vedar discussões em sala de aula sobre questões políticas e eleitorais em voga, tampouco de impedir professores de externar suas interpretações e visões de mundo”<sup>166</sup>, mas é evidente a dificuldade de sustentar que essas situações se desenvolvam no plano fático exatamente como se indicou e, mais ainda, que isso seja relevante o suficiente para justificar a criação de uma espécie própria de abuso, ainda que atípica. Primeiro, porque superestima a influência dos professores e ao mesmo tempo subestima a capacidade crítica dos discentes, que, para que sejam eleitores, devem ter idades iguais ou superiores a dezesseis anos e, portanto, já detentores de significativa capacidade de discernir. Segundo, pela necessidade de preservar a liberdade de ensinar e de aprender, garantia constitucional do direito à educação prevista no art. 206, I, da Constituição da República<sup>167</sup> cuja importância tem sido reiterada pelo STF<sup>168</sup>. Por isso, ainda que não se descarte a possibilidade de que algum docente destine suas aulas ao proselitismo político – o que deve ser avaliado com extrema cautela, com um cuidado parecido com aquilo que o Direito estadunidense chama de *strict scrutiny* –, é duvidoso que essa conduta se torne grave o suficiente para que se configure um abuso de poder. E ainda que não fosse assim, esses casos seriam tão raros que não haveria motivo para se cunhar, com elas, um outro tipo de abuso.

165 GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 16ª edição. São Paulo: Atlas, 2020, p. 754.

166 *Idem, ibidem*, p. 753.

167 Sobre o tema, vide TRAVINCAS, Amanda Costa Thomé. **A tutela jurídica da liberdade acadêmica no Brasil**: a liberdade de ensinar e seus limites. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

168 Cf., p. ex., Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação direta de inconstitucionalidade 5.537-Alagoas**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino – CONTEE. Interessados: Assembleia Legislativa do Estado de Alagoas e Governador do Estado de Alagoas. Relator: Min. Luis Roberto Barroso, 14 a 21 de agosto de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur431849/false>. Acesso em: 19 jan. 2022.

O abuso de poder religioso se daria pela instrumentalização política do discurso<sup>169</sup> ou da estrutura da organização religiosa<sup>170</sup>. Desta feita, José Jairo Gomes ressaltou a necessidade de “considerar a autonomia e capacidade de discernimento e crítica dos fiéis – que não são autômatos”<sup>171</sup>. Não há dúvida disso, porém é preciso lembrar que também existem adeptos de religiões com dezesseis anos de idade, para os quais, por coerência, o citado autor poderia ter expressado receios similares aos que o levaram a pensar no abuso de poder docente.

De qualquer maneira, essa modalidade de abuso tem atraído a atenção da academia. Alex da Silva Alvarenga tomou como premissa o pensamento de Eduardo Bim e, invocando julgados do TRE de Minas Gerais<sup>172</sup> e do TSE<sup>173</sup>, pugnou pela “interpretação

169 “Na primeira [situação], o abuso ocorre mediante sermões e discursos, misturando-se pregação propriamente religiosa com proselitismo político-eleitoral. Aqui, o pregador desvia-se do conteúdo de sua doutrina e insere em seu sermão palavras e apelos com vistas a inculcar nos fiéis certas opiniões ou temores, procurando com isso induzir a formação de seus convencimentos, de suas escolhas políticas e, pois, manipular os seus comportamentos eleitorais quando do exercício do sufrágio. Como exemplos, podem ser mencionadas situações em que o voto em determinado candidato é vinculado a prêmios ou castigos no plano divino, à salvação da alma do fiel, à realização de comportamento que corresponda à ‘vontade de Deus’” (GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 16ª edição. São Paulo: Atlas, 2020, p. 751).

170 “Na segunda situação, o abuso pode ocorrer: *i*) pela disponibilização de recursos materiais, espaços e estruturas físicas. Ex.: apresentação ou efetiva participação de candidato em missa, culto ou evento religioso; *ii*) pela realização de serviços. Ex.: distribuição de material de propaganda eleitoral em espaço ou ambiente religioso; *iii*) pela promoção feita em veículos de comunicação social. Ex.: divulgação por jornal impresso ou televisão de sermões contendo promoção de candidato. São casos em que há evidente relação com o abuso de poder econômico e dos meios de comunicação social” (*Idem, ibidem*, 2020, p. 751).

171 “Na segunda situação, o abuso pode ocorrer: *i*) pela disponibilização de recursos materiais, espaços e estruturas físicas. Ex.: apresentação ou efetiva participação de candidato em missa, culto ou evento religioso; *ii*) pela realização de serviços. Ex.: distribuição de material de propaganda eleitoral em espaço ou ambiente religioso; *iii*) pela promoção feita em veículos de comunicação social. Ex.: divulgação por jornal impresso ou televisão de sermões contendo promoção de candidato. São casos em que há evidente relação com o abuso de poder econômico e dos meios de comunicação social” (GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 16ª edição. São Paulo: Atlas, 2020, p. 751).

172 BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral (MG). **Ação de Investição Judicial Eleitoral n. 5370-03.2014.6.13.0000 e Ação de Impugnação de Mandato Eletivo n. 5380-47.2014.6.13.0000**. Impugnado/Investigados: Márcio José Machado Oliveira e outros. Relator Designado: Juiz Maurício Pinto Ferreira, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/1523909>. Acesso em: 21 jan. 2022.

173 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário n. 2653-08.2010.6.22.000 – classe 37 – Porto Velho – Rondônia**. Recorrentes: João Aparecido Cahulla e outros. Recorridos: Coligação Rondônia Melhor para Todos e outros. Rel.: Min. Henrique Neves da Silva, 7 de março de 2017. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/127936>. Acesso em: 20 jan. 2022.

extensiva do significado do termo ‘autoridade’ contido no art. 22 da LC 64/90, a fim de que se pudesse sancionar o abuso de poder religioso<sup>174</sup>. Antônio Veloso Peleja Júnior e Mike Santos Oliveira, dizendo que o abuso de poder deve ser sempre combatido “pois a liberdade de expressão não tutela comportamentos ilegais e contrários ao ordenamento jurídico”<sup>175</sup>, consideram-no uma espécie do abuso de poder político *lato sensu*<sup>176</sup>.

Olhando a questão a partir do poder, da preservação da isonomia e da legitimidade das eleições e de definições de *abuso de poder* cunhadas por administrativistas<sup>177</sup>, Mateus Barbosa Gomes Abreu recorre às definições propostas por José Jairo Gomes e Frederico Franco Alvim para sugerir questionamentos que, ao seu ver, propiciariam a identificação do abuso de poder<sup>178</sup>. Para ele, o abuso de poder religioso nas disputas eleitorais, “*fenômeno autônomo, distinto do abuso de poder econômico, político ou dos meios de comunicação social*”<sup>179</sup>.

– enquanto decorrência do exercício abusivo do direito à liberdade religiosa – é a grave e ilegítima interferência perpetrada por autoridades eclesiás-

174 ALVARENGA, Alex da Silva. **Abuso de poder religioso nas eleições:** os limites do direito à inviolabilidade de crença face ao princípio democrático. Dissertação (Mestrado em Direito nas Relações Econômicas e Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Direito das Faculdades Milton Campos, Nova Lima, 2017, p. 79.

175 PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso, SANTOS, Mike de Oliveira. **Abuso de poder religioso nas eleições:** limites da liberdade religiosa em um Estado laico. Curitiba: Juruá, 2020, p. 54. Segundo eles, o “abuso de poder é, para o Direito Eleitoral, toda conduta tendente a influenciar de forma ilegítima a coletividade, compreendo o uso indevido do direito, situação ou posição jurídicas com o objetivo de influenciar indevida e ilegítimamente o eleitorado. Por isso, sua interpretação deve ser adequada, não se podendo localizar a proteção da lisura e da legitimidade das eleições aos abusos cometidos por agentes políticos” (*Idem, ibidem*, p. 83).

176 *Idem, ibidem*, p. 81 e ss. Eles afirmam que “condutas abusivas surgidas de lideranças sociais não podem ser negadas pelo Direito Eleitoral sob o argumento de que não há previsão expressa quando a hermenêutica permite extrair o exato valor a ser protegido, o qual restaria desguarnecido pelo excesso de formalismo. O abuso de poder nas modalidades até então reconhecidas pela doutrina não é capaz de abarcar todas as possíveis formas de abuso que podem ocorrer nas eleições” (*Idem, ibidem*, p. 112).

177 ABREU, Mateus Barbosa Gomes. **O abuso de poder religioso nas disputas eleitorais brasileiras.** Doutorado (Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019, p. 52-53.

178 “Para que a prática seja considerada *efetivamente abusiva*, é preciso fazer os seguintes questionamentos: I) o ato foi praticado à margem da legalidade ou mediante abuso no exercício de direitos?; II) houve ingerência na liberdade individual de escolha política dos cidadãos?; III) a conduta comprometeu a isonomia de oportunidades entre os candidatos no processo eleitoral?; IV) o fato apurado ocorreu em circunstâncias de natureza grave, com aptidão de comprometer a normalidade e a lisura do pleito?. Sendo a *resposta afirmativa para todas estas quatro perguntas*, estar-se-á diante de um abuso de poder” (*Idem, ibidem*, p. 57).

179 *Idem, ibidem*, p. 194.

ticas ou pela própria Congregação religiosa (quando institucionalizada) na regularidade e lisura do processo eleitoral, desencadeada por meio de dominação por via carismática, tendo por finalidade inculcar no (sub)consciente do corpo de fiéis em quais candidatos se deve ou não votar, não raro através de ostensivas propagandas eleitorais na sede de igreja, culto ou templo, comprometendo a legitimidade do certame, a isonomia entre os candidatos e a liberdade individual de escolha dos cidadãos<sup>180</sup>.

Mateus Abreu admitiu que “o abuso de poder religioso é de reconhecimento tímido e controverso na doutrina e jurisprudência”<sup>181</sup>. De fato, o TSE discutiu a autonomia dessa modalidade de abuso no recurso especial eleitoral (REspE) n. 82-85.2016.6.09.0139. O Relator, Min. Edson Fachin, assinalou que:

[...] como assentado pela eminente Min. Rosa Weber, no julgamento do RO n. 5370-03 (DJe de 27.9.2018), uma leitura teleológica do art. 22, *caput*, da Lei Complementar *caput* n° 64/90 permite abarcar dentro do conceito de autoridade os atos emanados de dirigentes eclesiásticos, sobretudo a partir da impressão de que o legislador ordinário optou, por oposição à solução fechada inscrita no art. 14, § 9°, da Constituição Federal – que alude ao “abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta” -, por uma fórmula aberta, denotando a intenção de abrir o leque de fontes de constrição da liberdade e da paridade eleitoral<sup>182</sup>.

Prevaleceu, entretanto, a ideia de que o abuso de poder religioso não existe por si só<sup>183</sup>. Sua repressão somente é possível se

180 *Idem, ibidem*, p. 189.

181 *Idem, ibidem*, p. 53.

182 O voto prossegue com: “Frente a essa perspectiva, considerando que a lei infraconstitucional proscribe o abuso de poder de autoridade com o fim precípuo de assegurar a concorrência de opiniões livres e desimpedidas na conformação dos órgãos representativos, verifica-se de todo pertinente haurir uma compreensão *a simili ad simile*, apta a equiparar, no raio dos comportamentos rechaçados, práticas oriundas de qualquer manancial autoritário, como forma de se preservar o “mínimo ético” legitimante de qualquer certame eletivo” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral n. 000082-85.2016.6.09.0139 – Luziânia – Goiás**. Recorrente: Valdirene Tavares dos Santos. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Min. Edson Fachin, 18 de agosto de 2020. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/1223412>. Acesso em: 21 jan. 2022).

183 É bastante representativo desse pensamento o seguinte trecho do voto do Min. Alexandre de Moraes: “(...) aqui me preocupa um pouco a questão de se colocar como



ele for expressão dos abusos de poder político, econômico ou de meios de comunicação.

Na ótica de Margarete de Castro Coelho, o abuso de poder eleitoral recebe um tratamento diferenciado por ser mais grave que o abuso de poder em geral, já que compromete “um bem jurídico muito mais valioso à sociedade, que é a formação do sufrágio livre e informado”<sup>184</sup>. A eleitoralista piauiense concorda com a impossibilidade de enumeração exaustiva das hipóteses de incidência do abuso de poder político<sup>185</sup>. Para além das formas típicas do abuso de poder<sup>186</sup>, ela identificou “no interior dos partidos (...) uma espécie

uma espécie específica do gênero abuso do poder político, abuso do poder econômico, o abuso do poder religioso. Então, nós teremos também que colocar abuso do poder sindical, abuso do poder associativo, abuso do poder empresarial, abuso do poder corporativo. Em verdade, o que a legislação, a meu ver, pretende é que qualquer desses abusos, qualquer atitude abusiva – seja do poder sindical, do poder associativo, do poder empresarial, do poder religioso –, qualquer abuso que acabe comprometendo ou gerando um abuso de poder político, um abuso de poder econômico, deve ser sancionado pela legislação eleitoral. Nem mais, nem menos. Não me parece que se possa destacar o abuso de poder religioso sem uma conotação de abuso de poder político ou abuso de poder econômico, se destacar o que seria o abuso do poder religioso se não configurar abuso de poder político, abuso de poder econômico. Obviamente, uma determinada religião ou uma determinada crença religiosa distribuir cestas básicas durante a eleição, distribuir para os seus fiéis, caracteriza o abuso do poder econômico. (...) Enquanto instrumental, a questão religiosa, assim como a questão sindical, questão filosófica, questão corporativa, enquanto instrumento, podem chegar ao abuso de poder político, podem chegar ao abuso de poder econômico. Agora, enquanto finalidade, enquanto espécie específica, me parece que não há previsão legal, e, mesmo que houvesse, aqui seria, a meu ver, um destacamento perigoso em relação à ampla liberdade de expressão, de manifestação, e à liberdade religiosa.

Nós transformariamos um meio, um grupo... transformariamos manifestação religiosa, manifestação de um grupo, por si só... a possibilidade de uma fiscalização específica em relação a isso. Basta fazermos, a meu ver, um paralelo: se nós chamarmos determinada religião... tiramos a questão da religião e colocarmos como uma questão filosófica, se seria possível também ter um destaque ‘abuso do poder filosófico’, ‘abuso do poder corporativo’” (*Idem, ibidem*).

184 COELHO, Margarete de Castro. **O teto de cristal da democracia brasileira**: abuso de poder nas eleições e violência política contra mulheres. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 44.

185 “De fato, por mais que se verifique o esforço do legislador em prever inúmeras formas de abuso de poder político, é certo que a doutrina e a jurisprudência se deparam com um universo de hipóteses cada vez mais ricas e complexas, que só se verificam no caso concreto, sendo impossível à lei eleitoral acompanhar a dinâmica das relações sociais que favorece o estabelecimento de condutas que podem ser interpretadas como abuso de poder político” (*Idem, ibidem*, p. 93).

186 Que incluem o abuso de poder econômico, “caracterizado como o uso excessivo de recursos financeiros para campanhas políticas de determinados candidatos ou partidos, com aptidão suficiente para comprometer a paridade de oportunidade entre candidatos. Também abusam do poder econômico aqueles que usam de fontes vedadas para financiar campanhas eleitorais ou que não prestam contas de forma esmerada dos recursos arrecadados” (*Idem, ibidem*, p. 101). Margarete Coelho informa ainda que “sendo várias as condutas, o Tribunal Superior Eleitoral já assentou que o reconhecimento do abuso de poder acontecer pelo ‘conjunto da obra’, ou seja, quando o agente político não incorre numa única conduta vedada capaz de comprometer a lisura do processo



de *abuso de poder partidário mediante violência política de gênero*, que se revela quando a dominação masculina subverte o espírito das cotas de candidaturas femininas”, promovendo “candidaturas laranjas”<sup>187</sup>.

Frederico Franco Alvim escreveu uma obra de referência (*Abuso de poder nas competições eleitorais*) sobre o tema. Para não escapar aos propósitos deste trabalho, serão explanadas apenas as ideias que mais proximamente interessam ao presente estudo.

Alvim associou as origens do conceito de abuso de poder eleitoral à teoria do abuso de direito desenvolvida no Direito Privado<sup>188</sup>. Porém, nem esta última nem as teorias do abuso de poder do Direito Administrativo são “totalmente aplicáveis, em caráter absoluto, inescapável e definitivo”<sup>189</sup>, em razão das particularidades da seara eleitoral. O abuso é “um ilícito destinado à acumulação do maior número de preferências expressáveis em votos, com o desiderato de condicionar o resultado final do certame”<sup>190</sup>, podendo consistir: a) no “exagero no uso de prerrogativas que, em medida razoável, são pelo direito admitidas (...) – quando, então, a teoria do abuso tem utilidade prática para o desvelo da antijuridicidade”<sup>191</sup>; b) em “práticas que, mesmo em monta discreta, são abstratamente inadmitidas”<sup>192</sup>.

Frederico Alvim incursiona em diversos conceitos de poder, agrupando-os em institucionalistas, substancialistas e interacionistas<sup>193</sup>, para logo depois listar suas características, que incluem o “caráter polimórfico ou multiforme”, de que falara Eduardo Bim<sup>194</sup>. A adesão à concepção deste último é clara: que uma das seções do capítulo cujo nome é idêntico ao do livro tem por título a frase “o polimorfismo do abuso de poder e a evidente insuficiência do arranjo nacional”<sup>195</sup>.

---

eleitoral, mas num conjunto de ações que, somadas, têm o condão de desequilibrar a competição eleitoral” (*Idem, ibidem*, p. 108).

187 *Idem, ibidem*, p. 81.

188 ALVIM, Frederico Franco. **Abuso de poder nas competições eleitorais**. Curitiba: Juruá, 2019, p. 130 e 196.

189 *Idem, ibidem*, p. 135.

190 ALVIM, Frederico Franco. Abuso de poder. In: SOUZA, Cláudio André de, ALVIM, Frederico Franco, BARREIROS NETO, Jaime, DANTAS, Humberto (coord.). **Dicionário das eleições**. Curitiba: Juruá, 2000, p. 48.

191 ALVIM, Frederico Franco. **Abuso de poder nas competições eleitorais**. Curitiba: Juruá, 2019, p. 132 – em negrito no original.

192 *Idem, ibidem*, p. 132 – em negrito no original.

193 *Idem, ibidem*, p. 139-145.

194 Para Frederico Alvim, as demais características são: presença em relações sociais assimétricas, potencial para o vencimento de impulsos iniciais de resistência, emprego eventual de sanções, índole potencialmente antagônica ou conflituosa, alcance reativo, caráter distributivo, tendência aglutinativa e caráter expansivo (*Idem, ibidem*, p. 145).

195 *Idem, ibidem*, p. 177.

Essa insuficiência adviria de “falha de redação” no § 9º do art. 14 da Constituição de 1988 e na Lei Complementar n. 64/1990, que deixaram de conceituar o abuso de poder eleitoral<sup>196</sup> e conceberam “o poder como um fenômeno limitado a determinadas formas de manifestação”<sup>197</sup>, mas ela poderia ser sanada, via interpretação, em razão do dever de proteção constitucionalmente conferido aos “órgãos jurisdicionais de controle”. Dizendo de outra forma: na ausência de manifestação do constituinte e do legislador, caberia ao Judiciário a tarefa de dizer quais são as hipóteses de incidência do abuso.

Ao lado das formas típicas de abuso de poder (de poder político ou de autoridade, de poder econômico e de poder midiático ou uso indevido dos meios de comunicação), Frederico Alvim relacionou os abusos de poder religioso, de poder coercitivo e de poder de cenário virtual, espécies atípicas<sup>198</sup>.

O seu conceito de abuso de poder político abrange ações e omissões de agentes públicos<sup>199</sup> e não o distinguiu do abuso do poder de autoridade, vendo as expressões como sinônimas<sup>200</sup>. Para

196 Na nota de rodapé n. 350, Frederico Alvim afirma que “a falha de redação constituinte poderia ter sido suprida pelo legislador ordinário. Com efeito, aquando da edição da LC n. 64 (1990), chegou o legislador a acrescentar o poder midiático, deixando, entretanto, ainda aberto o flanco quanto às demais formas do abuso de poder”. Mas esse argumento lhe deixa com um problema que envolve a força normativa da Constituição: Poderia então o legislador complementar afrontar o conceito pressuposto na norma constitucional? Frederico Alvim convoca lição de Gomes Canotilho, para defender, na mesma nota de rodapé, que “(...) não é possível imaginar caber ao legislador limitar a proteção do processo eleitoral a algumas espécies de abuso de poder, franqueando, *contrário sensu*, a manipulação do resultado por outras de suas facetas, quando se sabe [que] a Constituição, ao exigir a legitimidade, quer ver assegurada a igualdade de oportunidades entre todos aqueles que adentram a disputa. Seria, portanto, francamente inconstitucional a fixação de padrões jurídicos flagrantemente permissivos a alguns métodos específicos de conspurcação da isonomia do pleito, como é o exemplo atualíssimo do abuso de poder religioso” (*Idem, ibidem*, p. 272-273).

197 ALVIM, Frederico Franco. Abuso de poder. In: SOUZA, Cláudio André de, ALVIM, Frederico Franco, BARREIROS NETO, Jaime, DANTAS, Humberto (coord.). **Dicionário das eleições**. Curitiba: Juruá, 2000, p. 48.

198 ALVIM, Frederico Franco. **Abuso de poder nas competições eleitorais**. Curitiba: Juruá, 2019, p. 183.

199 “No âmbito das competições eletivas, o abuso de poder político pode ser conceituado como toda ação ou omissão perpetrada por agente público que, no contexto de um pleito, desatenda a um ou mais comandos normativos constitucionais ou legais, empregando recursos públicos com o propósito oculto (ou relativamente disfarçado) de impulsionar ou estorvar candidaturas, mediante estratégias que implicam no detrimimento da liberdade de sufrágio ou da paridade mínima entre os adversários, com prejuízos estruturais à legitimidade das eleições” (*Idem, ibidem*, p. 184-185). Essa definição foi repetida em ALVIM, Frederico Franco. Abuso de poder político. In: SOUZA, Cláudio André de, ALVIM, Frederico Franco, BARREIROS NETO, Jaime, DANTAS, Humberto (coord.). **Dicionário das eleições**. Curitiba: Juruá, 2000, p. 50.

200 Na nota de rodapé n. 231, Frederico Alvim assevera: “Ao se referir ao abuso de poder político, a Constituição Federal (art. 14, § 9º, *in fine*) pretende coibir ‘o abuso do

ilustrá-lo, indicaram-se fatores atributivos de vantagens comparativas aos candidatos que ocupam ou são apoiados por quem exerce cargos públicos<sup>201</sup>. Por exemplo, quando foi abordado “o uso desmedido da propaganda institucional”, advertiu-se para a existência de dois grandes riscos: em primeiro lugar, que a publicidade institucional se converterá em um instrumento de propaganda política, mais ou menos sutil, a favor do partido governante, deixando de lado sua função primordial de servir aos cidadãos; de outra parte, o risco de que por meio das receitas geradas por contratos de publicidade os governos tratem de controlar os meios de comunicação, premiando aqueles que lhe sejam afins e castigando os que insistam em fazer-lhe oposição<sup>202</sup>.

Relativamente à exposição privilegiada conseguida pelos agentes públicos, Alvim fez referência a Maria Canel, que já em 1999 alertara para uma consequência da influência cada vez mais significativa dos meios de comunicação: a “necessidade de estar em constante campanha para conseguir que os governados mantenham a adesão”<sup>203</sup>.

Ainda em sede do abuso de poder político, Alvim sustentou que o rol de condutas vedadas que consta da Lei n. 9.504/97 “não esgota, de todo, a possibilidade de enquadramento do fenômeno do abuso de poder político nas disputas eletivas”<sup>204</sup>. E, após de discorrer sobre os elementos do ilícito<sup>205</sup>, sublinhou a possibilidade de cometimento dessa espécie também por omissão, desde que ela seja grave<sup>206</sup>.

---

exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta’. A Lei Complementar n. 64/1990 internaliza a ideia aludindo à expressão ‘abuso do poder de autoridade’. O cotejo direto de ambos os dispositivos conduz à conclusão de que o termo ‘abuso do poder de autoridade’ é sinônimo de ‘abuso de poder político’” (*Idem, ibidem*, p. 184-191).

201 “É notório que os candidatos que desempenham cargos e funções públicas, ou que são apoiados por sujeitos que os ocupam, largam em posição de vantagem em relação aos demais competidores, em razão de alguns fatores relevantes, dentre os quais cumpre apontar, em *numerus apertus*: (i) a contínua prestação de serviços diretos à comunidade; (ii) a posse e a disposição de recursos materiais e humanos; (iii) o apoio especializado e constante fornecido pela engrenagem da publicidade institucional; (iv) a capacidade de articular medidas administrativas ou soluções legislativas com acentuatedo cunho populista; e (v) a exposição qualificada nos espaços em que se desenvolve a comunicação coletiva” (*Idem, ibidem*, p. 186-187).

202 *Idem, ibidem*, p. 188.

203 *Idem, ibidem*, p. 190.

204 *Idem, ibidem*, p. 194.

205 Conduta abusiva, resultado, relação causal, ilicitude ou antijuridicidade (*Idem, ibidem*, p. 199).

206 *Idem, ibidem*, p. 202.

Além de ofertar um conceito próprio de *abuso de poder econômico*<sup>207</sup>, Frederico Alvim identificou as ênfases predominantes em vários outros, em uma tentativa de sistematização<sup>208</sup>, e listou as formas que essa modalidade mais comumente assume<sup>209</sup>. Ademais, sustentou, com a citação de julgados do TSE<sup>210</sup>, que pode haver

207 “Em última análise, a ideia do abuso de poder econômico remete à utilização de todo e qualquer mecanismo de convencimento baseado no emprego de bens econômicos com o objetivo de proporcionar vantagens para influenciar eleitores, mediante a cooptação das preferências individuais e/ou a quebra do equilíbrio de oportunidades ou das regras econômicas do *fair play* eleitoral, elementos que, como é cediço, devem informar, tanto no palco como nos bastidores, o espetáculo democrático no qual se desenrola a pugna pela ponteira da condução política” (*Idem, ibidem*, p. 210). E, mais adiante: “Em contornos gerais, (...) o abuso de poder econômico se configura sempre que atores políticos (candidatos, partidos políticos, agentes ou grupos econômicos politicamente interessados) empreguem recursos não como meio para a condução otimizada de suas cruzadas, mas como fonte direta para a captação irregular de votos ou para a obtenção de proeminências ilícitas, em agravo a pressupostos axiológicos do sistema, em especial a liberdade para o exercício do voto, a igualdade de condições entre os *players* e a lisura/fidedignidade da escrituração de receitas e despesas da campanha” (*Idem, ibidem*, p. 216). A propósito, vide também ALVIM, Frederico Franco. *Abuso de poder econômico*. In: SOUZA, Cláudio André de, ALVIM, Frederico Franco, BARREIROS NETO, Jaime, DANTAS, Humberto (coord.). **Dicionário das eleições**. Curitiba: Juruá, 2000, p. 48-49.

208 “Uma primeira corrente põe acento no **elemento mercantil**, associando o abuso em questão à prática da compra de votos em detrimento da liberdade para o exercício do sufrágio, outros atores, contudo, estudam-no pelo **prisma contábil**, definindo o ilícito em tela a partir do rompimento de regras atinentes ao comportamento financeiro de partidos e candidatos no decurso do pleito, em prejuízo à transparência e à probidade na condução de suas campanhas; outra gama de especialistas coloca ênfase no **aspecto da visibilidade**, enfrentando o abuso de poder econômico pelo ângulo de sua repercussão no ambiente (ou nas condições) em que se enfrentam os *players*, destarte atraindo para a análise do tema questões conexonadas com a dimensão objetiva da liberdade do sufrágio e com a igualdade na distribuição de chances entre os contendores; por fim, na literatura acadêmica o abuso de poder econômico é abordado eminentemente pela **ótica dos valores jurídicos afetados**” (ALVIM, Frederico Franco. **Abuso de poder nas competições eleitorais**. Curitiba: Juruá, 2019, p. 208).

209 “(...) sem pretensão de elaborar um rol taxativo, o abuso de poder econômico nas eleições admite entre suas formas mais comuns práticas como: (i) compra de votos; (ii) compra de apoio político ou midiático; (iii) fornecimento indevido de transporte gratuito no dia da eleição; (iv) recebimento e utilização de doações financeiras oriundas de fontes vedadas; (v) realização de gastos eleitorais em montante abusivo, ou ainda em valor superior ao informado à Justiça Eleitoral; (vi) realização de despesas sem a respectiva inclusão no montante de gastos eleitorais, por ocasião da prestação de contas (o chamado *caixa-dois*) etc. (...) Não sobeja anotar a plena viabilidade jurídica do reconhecimento de abuso de poder econômico pelo ‘conjunto da obra’, quando o limiar de tolerância em relação à aplicação de recursos seja transposto não por uma conduta ou estratégia exclusiva, mas por um complexo de decisões e atos de caráter financeiro que, somados, passam a ameaçar os valores subjacentes à normalidade e à legitimidade das eleições” (*Idem, ibidem*, p. 208).

210 “O argumento aproxima-se bastante do que decidiu o Tribunal Superior Eleitoral no AgR-AI 11.708/MG, ao reconhecer possível a configuração de abuso econômico mediante a realização de promessa. No caso em questão, os candidatos se valeram do trabalho de cabos eleitorais que visitaram residências de família prometendo doação de quantia mensal, caso aqueles se sagramsem eleitos no pleito em andamento. Além disso, a própria Corte Superior (TSE – Respe 36.151/MG) entende desnecessário, para

*abuso de poder econômico putativo*, presente quando a captação ilícita do sufrágio se der sem “um efetivo dispêndio de recurso”, bastando “a força ideológica que carrega a mera suposição da existência/aplicação de uma capacidade financeira em potência”<sup>211</sup>.

Com relação ao abuso de poder nos meios de comunicação social, foi ressaltada a essencialidade do direito à informação e a dependência das pessoas e da democracia para com esses meios, uma vez que “a busca por informação é essencial para a formatação da convicção política”<sup>212</sup>. Em um diálogo pouco usual, mas salutar, lembrou-se de decisão da *Cámara Nacional Electoral* argentina e da opinião consultiva n. 5/1985 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Também foram apontados os riscos de atuações deletérias da imprensa, capazes de “prejudicar o nível de integridade de um processo eleitoral, seja promovendo os mencionados processos de desinformação, seja minando o equilíbrio competitivo que lhe é [ou deveria ser] subjacente”<sup>213</sup>. Contudo, a definição dessa espécie foi ligada à ideia de “uso incisivo”<sup>214</sup> e extensivo aos meios digitais<sup>215</sup>, sem uma explicação do que exatamente o que isso significa. A fim de aclarar o conceito, apresentou-se um rol de condutas que o concretizam, em uma ampliação do que tinha sido proposto por Armando Sobreiro Neto<sup>216</sup>.

a caracterização de captação ilícita de sufrágio, perquirir se o agente transgressor possui, ou não, meios para cumprir a promessa em que embasa a pressão tentadora que exerce sobre um determinado eleitor” (*Idem, ibidem*, p. 222).

211 *Idem, ibidem*, p. 222.

212 *Idem, ibidem*, p. 225.

213 *Idem, ibidem*, p. 236.

214 “No meio eleitoral, utiliza-se o jargão ‘abuso do poder midiático’, em princípio, para se referir à utilização da capacidade de influência dos órgãos de produção informativa como fator de alteração do equilíbrio da competição. A ideia corresponde ao uso incisivo dos veículos de imprensa como instrumentos de manipulação do eleitorado, seja para a promoção ou para descredenciamento de certos concorrentes” (*Idem, ibidem*, p. 240). Pouco depois, Frederico Alvim diz: “Em nossa visão, a modalidade de abuso relativa ao manejo irregular da comunicação de massas corresponde ao uso incisivo de aparelhos de comunicação coletiva como instrumentos para a realização de uma condução dirigista do eleitorado, com o propósito mais ou menos disfarçado de promover ou descredenciar alternativas políticas em medida suficiente a comprometer a plena lisura da competição eleitoral” (*Idem, ibidem*, p. 249).

215 “(...) cumpre ainda frisar que a figura típica do abuso de poder midiático não se limita, tão somente, a irregularidades cometidas [pela] imprensa, abrangendo, pelo contrário, um conjunto de possibilidades que adentra a esfera jurídica de todos os atores e instituições que se movimentam nas mídias, inclusive candidatos e figuras públicas, assim como os *digital influencers* (influenciadores digitais). A propósito, é evidente que a *internet* se enquadra no conceito de ‘meio de comunicação’ para fins de perfazimento do abuso em exame, tendo em vista que se apresenta com uma vastíssima plataforma para a difusão de ideias, informações e conhecimento” (*Idem, ibidem*, p. 267).

216 “Em uma abordagem mais prática, Armando Sobreiro Neto (...) identifica, dentro dessa espécie, três ordens de desbordes comuns: (i) o desvirtuamento da propaganda oficial (publicidade institucional) em favor de candidaturas oficiais; (ii) a atividade

Frederico Alvim principia as formas atípicas, que ele qualifica de “novas”, pelo abuso de poder religioso, que ocorre quando a mobilização de recursos políticos restringe as opções do eleitor<sup>217</sup>, situação em que “o desvalor da conduta cresce conforme o grau de asfixia virtualmente gerado pela pressão social exercida”<sup>218</sup>. Esse abuso pode ser reprimido com a extensão do conceito de *autoridade*, mas essa solução, por se cuidar de “uma compreensão acentuadamente descolada” das “legítimas propriedades semânticas” do termo<sup>219</sup>. Todavia, Alvim é favorável à repressão, dada a competência que reconhece ao Judiciário<sup>220</sup>.

O argumento que estrutura o abuso de poder coercitivo alinhou-se com o reconhecimento da captação ilícita de sufrágio em caso de coação, conforme determinado pelo art. 41-A, § 2º, da Lei

---

calculada de profissionais da mídia que possuem pretensões políticas; e (iii) a propaganda eleitoral em rádio e televisão realizada fora do espaço oficial (horário eleitoral gratuito), inclusive pela deturpação da (agora extinta) janela reservada à emissão da propaganda partidária. Ao catálogo proposto, podem ainda ser acrescentados, exemplificativamente: (iv) a não concessão de tratamento isonômico por parte de entes sujeitos a regime de concessão de serviços públicos (emissoras de rádio e televisão); (v) a desobediência à exigência de afastamento de candidatos que atuam em programas de rádio e televisão, após a escolha de seus nomes em convenção; (vi) a realização de propaganda na imprensa escrita em constância ou formato incompatível com os limites traçados pela legislação; e (vii) a recusa ou seleção de venda de espaços publicitários a determinados candidatos na mídia impressa” (ALVIM, Frederico Franco. **Abuso de poder nas competições eleitorais**. Curitiba: Juruá, 2019, p. 249).

217 “Isso ocorre, esquematicamente, **quando um líder espiritual interage com os líderes invocando explícita ou implicitamente um argumento de ascendência** – que pode ser própria, institucional ou divina – **para, no plano discursivo, trazer à baila a obrigação moral própria das transações religiosas com o propósito de exigir ou suggestionar o abandono altruísta do livre-arbítrio político em favor de interesses comunitários emergentes, por vezes traduzidos na fórmula da situação de ‘valores em risco’, cuja salvaguarda reclamaria a vitória política da figura referendada – ou a ostracização do ator condenado – pelo sacerdote, pela célula ou pela cúpula da igreja**” (*Idem, ibidem*, p. 285 – em negrito no original).

218 O trecho completo é: “(...) **o desvalor da conduta cresce conforme o grau de asfixia virtualmente gerado pela pressão social exercida**; em outras palavras, **o dano à liberdade responde proporcionalmente à carga e às potencialidades do clima de constrição efetivamente estabelecido**. Nessa equação, **quanto mais direta, incisiva, frequente, ardilosa, vil, dramática e/ou emocionalmente apelativa seja a aplicação do argumento religioso para a conquista do apoio político, maiores as chances de que se esteja diante de um caso de abuso de poder natural aos profissionais da religião**” (*Idem, ibidem*, p. 287 – em negrito no original).

219 *Idem, ibidem*, p. 308.

220 “A despeito da falta de tipicidade, (...) reitera-se a posição anteriormente gizada, no sentido de que a tutela da legitimidade das eleições permite, sem extrapolação do marco constitucional positivado, a punição de quaisquer atos que, na prática, violem os valores inerentes à garantia da legitimidade das eleições, em especial a liberdade para a autodeterminação do voto e a manutenção da igualdade da disputa, de maneira que o art. 14, § 9º, da Constituição da República, assim como o art. 22, da Lei Complementar n. 64/90, autorizam, no limite, a repressão de quaisquer modalidades de abuso de poder” (*Idem, ibidem*, p. 309).



n. 9.504/1997<sup>221</sup>, acrescentado pela Lei n. 12.034/2009<sup>222</sup>. Ela pode se dar pelo emprego da violência ou por grave ameaça<sup>223</sup>, até mesmo “contra candidatos ou cabos eleitorais adversários, assim como contra mesários, funcionários e autoridades da Justiça Eleitoral”<sup>224</sup>, e deveria ser apreciada pela Justiça Eleitoral em sede de investigação judicial eleitoral, pela mesma lógica da espécie exposta imediatamente antes.

Por fim, Alvim discutiu o abuso de poder no universo<sup>225</sup> digital, tratando das fake news, do uso indevido de algoritmos, do direcionamento de propagandas personalizadas (microtargeting)<sup>226</sup> e da utilização de fontes vedadas no financiamento dessas estratégias digitais. Ao seu ver, a subsunção dessas situações ao abuso de poder midiático “é tecnicamente tranquila, cabendo apenas assentar, no enfrentamento de casos concretos, a gravidade relativa aos artifícios tecnológicos postos em questão”<sup>227</sup>.

Anna Paula Oliveira Mendes critica a judicialização dos conflitos eleitorais, que se converteriam em um “terceiro turno” das eleições, em uma manifestação do ativismo judicial<sup>228</sup>. Ela é contrária: a) à configuração do abuso de poder econômico por gastos lícitos de campanha, “em razão da ampla regulamentação que a

221 “Art. 41-A. Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinquenta mil Ufir, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990. (...) § 2º As sanções previstas no caput aplicam-se contra quem praticar atos de violência ou grave ameaça a pessoa, com o fim de obter-lhe o voto” (BRASIL. **Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997**: Estabelece normas para as eleições. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm). Acesso em: 22 jan. 2021).

222 ALVIM, Frederico Franco. **Abuso de poder nas competições eleitorais**. Curitiba: Juruá, 2019, p. 313.

223 “No meio jurídico eleitoral, o conceito de captação ilícita de sufrágio por coação engloba, também, as ameaças – implícitas ou veladas – de cunho econômico dirigidas a pessoas carentes, como a promessa de impedimento ou suspensão de acesso a bens e vantagens, o desligamento de programas sociais (Bolsa Família ou programas similares, de iniciativa dos governos estaduais) ou ainda a ameaça de demissão” (*Idem, ibidem*, p. 320).

224 *Idem, ibidem*, p. 321.

225 Hoje talvez se devesse escolher a palavra *metaverso*.

226 Frederico Alvim ressalta que isso implica ofensas “à transparência das intenções eleitorais e à saúde da atmosfera comunicativa que permeia as competições políticas. Em última instância, **esses expedientes possibilitam que candidatos vendam propostas radicalmente conflitantes a grupos de votantes com visões, ideologias e interesses distintos**” (*Idem, ibidem*, p. 336 – em negrito no original).

227 *Idem, ibidem*, p. 338.

228 MENDES, Anna Paula Oliveira. **O abuso do poder no Direito Eleitoral**: uma necessária reavaliação ao instituto. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 132.



legislação eleitoral já confere aos meios de veiculação da propaganda<sup>229</sup>; b) à interpretação ampliada da noção de *autoridade*, externada em precedentes como o REspE n. 287-84.2012, que envolvia cacique de povo indígena, por ser divorciar “da interpretação tradicional de ‘autoridade pública’”, o que seria uma “mera manobra argumentativa para punir sem o crivo do legislativo”<sup>230</sup>; c) a qualquer criação de nova espécie de abuso, a exemplo do abuso de poder religioso, sem amparo legal expresso, preferindo o garantismo ao polimorfismo<sup>231</sup>. Ela sustenta que o uso indevido da internet, inclusive com a disseminação de notícias falsas (*fake news*) pode caracterizar abuso de poder econômico e nos meios de comunicação social<sup>232</sup>, mas afirma que a discussão “não deve se basear na equidade de espaços para a exposição dos candidatos – vez que na internet, de fato, os espaços são ilimitados –, mas no poder da manipulação da opinião”<sup>233</sup>.

Em sua dissertação de mestrado, Flávio Aurélio Nogueira Júnior tentou focar os “novos tipos de abuso de poder”<sup>234</sup> com uma abordagem distinta das usadas pelos autores anteriormente citados neste tópico. Seu plano era de se dissociar dos argumentos de autoridade provenientes da doutrina, conducentes, em sua opinião, a um conceito “estático e determinado”<sup>235</sup> de abuso de poder, que deveria ser trocado pela obtenção de “subsídios, argumentos, parâmetros genéricos” vindos de decisões do TSE.

Há ao menos dois equívocos nessa premissa. Primeiramente, ela parece esquecer que argumentos alicerçados na jurisprudência também são argumentos de autoridade. Portanto, o que Nogueira Júnior declara é a sua intenção de troca de um argumento de autoridade por outro, sem explicitar os motivos dessa permuta. Além disso, conceitos jurídicos são redes de sentido construídas historicamente, que, de ponto de vista hermenêutico, são expressadas pelo (e expressam o) sistema jurídico mediante processos de concretização. É impossível isolar os conceitos doutrinários dos jurisprudenciais, pois ambos são reciprocamente condicionados,

229 *Idem, ibidem*, p. 38-40 e 131.

230 *Idem, ibidem*, p. 51-65 e 131.

231 *Idem, ibidem*, p. 106-110 e 132. Ela defende a coibição do abuso de poder religioso, mas, ao seu ver, isso somente pode ser feito após a edição de lei complementar.

232 *Idem, ibidem*, p. 125-129.

233 *Idem, ibidem*, p. 132.

234 NOGUEIRA JÚNIOR, Flávio Aurélio. **Novos tipos de abuso de poder**: uma contribuição ao estudo a partir da interpretação da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) – Programa de Doutorado do Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.

235 *Idem, ibidem*, p. 63-64.

em uma relação de necessária e inevitável comunicação. Isso fica claro na própria dissertação, cujo texto é entremeado por referências doutrinárias, a começar por Fávila Ribeiro<sup>236</sup>.

Existem problemas também na formulação da hipótese de trabalho. Para ela, seriam três os parâmetros tidos como norteadores da jurisprudência do TSE: 1) “a base legal, as normas de Direito Eleitoral utilizadas que servem de fundamento para toda apuração de abuso de poder pela Justiça Eleitoral”<sup>237</sup>; 2) “os princípios mais utilizados nos julgamentos do Tribunal Superior Eleitoral”<sup>238</sup>; 3) “os elementos ou fatores qualitativos e quantitativos que sopesam [influenciam] a aplicação das normas e dos princípios ao caso concreto”<sup>239</sup>. Como se vê, *princípios* são tidos como distintos das *normas*, e ambos não abarcariam os tais “elementos ou fatores qualitativos e quantitativos”, que, na realidade, acaba por ser comprovação da gravidade da conduta<sup>240</sup>. Não é preciso de muito para perceber que isso destoa de tudo o que preconiza a atual teoria geral do Direito.

Apesar disso, o trabalho merece atenção pelas questões que suscita e por enfatizar, ainda que sem a elaboração merecida, a importância da *praxis* da Corte Superior eleitoral na construção da rede de significados abarcada pelos conceitos de abuso de poder eleitoral.

Dito isso, cumpre registrar que marcos normativos citados por Nogueira Júnior são os parágrafos 9º e 10 do art. 14 da Constituição da República<sup>241</sup>; o art. 237, *caput* e § 2º, do Código Eleitoral<sup>242</sup>; a Lei Complementar (LC) n. 64/1990 (modificada pelas LCs n. 81/1993 e 135/2010), que teria como bem jurídico protegido a liberdade de voto e por objetivo a proteção da normalidade e legitimidade das eleições<sup>243</sup>; a Lei n. 9.096/1995 (lei dos partidos políticos) e os arts. 18-B, 22, § 3º, 25 e 73 a 78 da Lei n. 9.504/97 (lei das eleições – LE)<sup>244</sup>.

236 *Idem, ibidem*, p. 51.

237 *Idem, ibidem*, p. 66.

238 *Idem, ibidem*, p. 66.

239 *Idem, ibidem*, p. 66.

240 *Idem, ibidem*, p. 103 e ss.

241 *Idem, ibidem*, p. 68.

242 *Idem, ibidem*, p. 71.

243 “(...) essa Lei, de forma didática, ao descrever a ação judicial eleitoral a ser utilizada para apurar o abuso de poder econômico e político, a Ação de Investigação Eleitoral – AIJE, descreve claramente qual o **bem jurídico** que deve ser protegido: a liberdade de voto. Não fosse isso, também dispõe qual é o **objetivo** da apuração e da punição das transgressões decorrentes do abuso de poder: proteger a normalidade e legitimidade das eleições (...)” (*Idem, ibidem*, p. 72-73).

244 *Idem, ibidem*, p. 69.

Nos princípios, que, nos termos do plano sugerido por Nogueira Júnior, deveriam ser prospectados na jurisprudência, mas em verdade são muito calcados no artigo *Princípios eleitorais*, de Luiz Fux<sup>245</sup>, são destacados: a) o *republicano*<sup>246</sup>, a que o TSE ligou, no REspe n. 85.911, o dever de prestar contas de campanhas eleitorais e a evitação ou a atenuação dos “reflexos nefastos do abuso do poder econômico”<sup>247</sup>; b) o *democrático*<sup>248</sup>, mencionado pelo STF na ADI n. 4.650/DF, que considerou inconstitucional a possibilidade de pessoas jurídicas efetuarem doações para campanhas eleitorais<sup>249</sup>, e como critério interpretativo pelo TSE no REspe n. 26.211<sup>250</sup>; c) da *soberania popular*, que seria esgrimido “como forma de dar maior valor ao voto em detrimento do abuso de poder”, ou seja, a título de “contrapeso à cassação de detentores de mandatos eleitos pelo voto direto”<sup>251</sup>, a exemplo do que se sucedeu no Recurso Ordinário n. 191.942<sup>252</sup>; d) da *liberdade de expressão*,

245 FUX, Luiz. Princípios eleitorais. In: FUX, Luiz, FRAZÃO, Carlos Eduardo. **Novos paradigmas do Direito Eleitoral**: atualizado com a Lei n. 13.165/2015 (minirreforma eleitoral) e com o Novo Código de Processo Civil. Belo Horizonte: Fórum, 2016. *E-book*, p. 103-137.

246 NOGUEIRA JÚNIOR, Flávio Aurélio. **Novos tipos de abuso de poder**: uma contribuição ao estudo a partir da interpretação da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) – Programa de Doutorado do Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017, p. 82-84.

247 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral n. 0000859-11.2012.6.13.0168 – Durandé – Minas Gerais**. Recorrente: Itamar Rodrigues Pereira. Relator: Min. Luiz Fux, 16 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>. Acesso em: 12 fev. 2022.

248 NOGUEIRA JÚNIOR, Flávio Aurélio. **Novos tipos de abuso de poder**: uma contribuição ao estudo a partir da interpretação da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) – Programa de Doutorado do Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017, p. 84-85.

249 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação direta de inconstitucionalidade 4.650-Distrito Federal**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux, 17 de setembro de 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur339864/false>. Acesso em: 12 fev. 2022.

250 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral n. 262-11.2016.6.13.0133 – classe 32 – Itabirito (Minas Gerais)**. Agravantes: Ministério Público Eleitoral e Coligação Trabalho e Paz. Agravada: Celina Rodrigues da Cunha Oliveira. Relatora: Ministra Luciana Lóssio, 14 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/127713>. Acesso em: 12 fev. 2022.

251 NOGUEIRA JÚNIOR, Flávio Aurélio. **Novos tipos de abuso de poder**: uma contribuição ao estudo a partir da interpretação da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) – Programa de Doutorado do Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017, p. 84-85.

252 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário n. 2653-08.2010.6.22.000 – classe 37 – Porto Velho – Rondônia**. Recorrentes: Ministério Público Eleitoral. Recorridos: Sebastião Afonso Viana Macedo Neves e outros. Rel.: Min. Gilmar Mendes, 16 de setembro de 2014. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/50410>. Acesso em: 12 fev. 2022.

que necessitaria ser ponderado em discussões sobre o abuso de poder nos meios de comunicação<sup>253</sup>; e) da *igualdade de chances*, *igualdade de oportunidades* ou *paridade de armas*, “um dos mais frequentemente citados nos julgados sobre abuso de poder”<sup>254</sup>, apontado pela Corte Superior Eleitoral como fundamento da vedação das condutas previstas no art. 73 da LE<sup>255</sup> e parâmetro de aferição do enquadramento de ilicitudes praticadas em benefício de candidatos, partidos ou coligações como abuso de poder<sup>256</sup>; f) da *legitimidade e higidez do prélio eleitoral*, que Nogueira Júnior admite ser “um subprincípio, resultante do princípio da igualdade de chances”<sup>257</sup> e “fundamento para o controle do abuso de poder”<sup>258</sup>; g) da *moralidade e da probidade e da ética eleitorais*, princípios constitucionais da Administração Pública passíveis de utilização “para se analisar as inelegibilidades e condições de elegibilidade, ou mesmo na própria configuração de abuso de poder político”<sup>259</sup>, a exemplo do que se fez no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 6.416 – Jandira – SP<sup>260</sup>; h) da *proporcionalidade e da razoabilidade*, invocados indistintamente “principalmente quando da aplicação e mensuração das sanções decorrentes do reconhecimento”<sup>261</sup>; i) das *capacidades institucionais*, implicando o reconhecimento pela Justiça do valor de decisões de órgãos especializados

253 NOGUEIRA JÚNIOR, Flávio Aurélio. **Novos tipos de abuso de poder**: uma contribuição ao estudo a partir da interpretação da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) – Programa de Doutorado do Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017, p. 88.

254 *Idem, ibidem*, p. 90.

255 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral n. 0000152-97.2012.6.18.0008 – Amarante - Piauí**. Recorrentes: Coligação Unidos para mudança e outros. Recorridos: Luiz Neto Alves de Sousa e outros. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de setembro de 2016. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/127233>. Acesso em: 12 fev. 2022.

256 NOGUEIRA JÚNIOR, Flávio Aurélio. **Novos tipos de abuso de poder**: uma contribuição ao estudo a partir da interpretação da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) – Programa de Doutorado do Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017, p. 91.

257 *Idem, ibidem*, p. 92.

258 *Idem, ibidem*, p. 93.

259 *Idem, ibidem*, p. 94.

260 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 6.416 – Jandira - SP**. Agravante e agravados não indicados. Relator: Ministro Gerardo Grossi, 23 de novembro de 2006. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>. Acesso em: 13 fev. 2022. A dissertação incorretamente cita o Agravo de Instrumento n. 6.416, que teria sido julgado em 2007 (NOGUEIRA JÚNIOR, Flávio Aurélio. **Novos tipos de abuso de poder**: uma contribuição ao estudo a partir da interpretação da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) – Programa de Doutorado do Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017, p. 95-96).

261 *Idem, ibidem*, p. 97.

como os tribunais de contas<sup>262</sup>; j) do *minimalismo judicial*, uma técnica decisória tomada de empréstimo por Luiz Fux ao *One case at a time* de Cass Sunstein<sup>263</sup>, que faria com que as decisões do Judiciário Eleitoral fossem casuísticas e evitassem “generalizações prematuras”, capazes de prejudicar a apreciação de casos futuros; deveriam ser fomentados, em vez disso, “*acordos incompletamente teorizados*”, que catalisariam a construção de consensos<sup>264</sup>.

Neste último ponto, é necessário fazer uma digressão, e lembrar que o contexto suposto por Sunstein é distinto do existente no Judiciário eleitoral brasileiro. Lá, em um sistema de precedentes vinculativos, leva-se em consideração a política de formação de tais precedentes<sup>265</sup>: como a *ratio decidendi* será levada em consideração

262 *Idem, ibidem*, p. 102-103.

263 SUNSTEIN, Cass R.. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge, Londres: Harvard University Press, 1999.

264 “No hodierno paradigma, o *minimalismo judicial* também se apresenta como um princípio reitor do Direito Eleitoral. Formulado por Cass Sunstein, acreditado que as decisões proferidas pela Justiça Eleitoral, em geral, e pelo Tribunal Superior Eleitoral, em especial, sejam *estreitas* (*narrow, i.e.*, decidindo casuisticamente as questões e sem generalizações) e *superficiais* (*shallow, i.e.*, sem acordos profundos nas fundamentações). Isso porque decisões minimalistas, porque *estreitas*, equacionam uma controvérsia de cada vez, de ordem a evitar ‘generalizações prematuras’. Justamente por isso, os pronunciamentos minimalistas preservam a flexibilidade decisória do Tribunal, na medida em que permite diferenciar os pressupostos fáticos constantes nos casos presentes e futuros, além de atenuar os riscos de erro na tomada de decisões. Por outro lado, o minimalismo decisório, por ensejar pronunciamentos *superficiais*, caracteriza-se por expressar *acordos incompletamente teorizados*, circunstância que facilita a formação de consensos e convergências acerca do resultado final. Obviamente, isso não impede que a questão de fundo, em regra mais abstrata, possa continuar sendo deliberada no bojo da sociedade. Ilustrativamente, pessoas podem convergir acerca da possibilidade de realização de aborto nas hipóteses de fetos anencefálicos, discordando quanto aos fundamentos. Há, ao menos, duas virtudes em decisões superficiais: em primeiro lugar, estimulam e promovem a deliberação democrática, e, em segundo lugar, evitam erros judiciais com amplos efeitos sistêmicos. Na seara eleitoral, acredito que o minimalismo judicial deva ser fomentado como técnica de decisão mais adequada a dar a resposta mais satisfatória às singularidades e às especificidades das controvérsias que se apresentam para análise. De fato, são múltiplas as premissas fáticas dos delitos de abuso de poder econômico, captação ilícita de sufrágio etc., que ultimam por diferenciar um caso de outro, de modo que a abordagem minimalista ou a pretensão de estabelecer uma construção completamente teorizada sobre um caso específico pode mais contribuir para o surgimento de mais impasses e imbróglis do que efetivamente para emprestar uma racionalidade ao sistema eleitoral” (FUX, Luiz. Princípios eleitorais. In: FUX, Luiz, FRAZÃO, Carlos Eduardo. **Novos paradigmas do Direito Eleitoral**: atualizado com a Lei n. 13.165/2015 (minirreforma eleitoral) e com o Novo Código de Processo Civil. Belo Horizonte: Fórum, 2016. *E-book*, p. 134-135).

265 A propósito da Suprema Corte estadunidense, Thomas Hansford e James Spriggs II ensinam que: “A Supreme Court decision contains two commonly recognized policy outcomes. First, there is the disposition in the case, which determines which litigant prevails in the legal dispute. Second, there is the legal principle announced by the Court that consists of the holding – the answer to the question raised in the case – and the legal reasoning that justifies the holding. The disposition obviously has direct implications for the litigant’s immediate interests in a case. The legal reasoning, however,

em casos futuros, evita-se em um primeiro momento uma formulação muito detalhada, não exatamente visando à autocontenção judicial (*judicial self-restraint*), isto é, a limitação da interferência na atuação dos demais Poderes constituídos<sup>266</sup>, mas também para a preservação da capacidade preditiva ou prognóstica que tais precedentes necessariamente contêm. Dessa forma, protege-se a estabilidade do sistema de precedentes, ao se minorar a chance ou a necessidade de *overrule* em um horizonte temporal muito próximo.

No caso brasileiro, o Judiciário eleitoral é pouco reverente aos seus precedentes, inclusive por uma questão de desenho institucional<sup>267</sup>. Além disso, apesar da consagração da teoria dos precedentes no atual Código de Processo Civil, resistências do TSE à sua aplicação conduziram à edição do art. 20 da sua Resolução n. 23.478<sup>268</sup>. Enquanto tal ato normativo viger, não é necessária a adoção de uma postura minimalista, pois as causas em que normalmente se discute o abuso de poder eleitoral já foram excluídas

can have more far-reaching consequences by altering the existing state of legal policy and thus helping to structure of future disputes. Specialists in judicial politics overwhelmingly agree that the essence of the Court's policy-making power resides in its majority opinions (...). These opinions articulate legal principles and, in effect, public policies that affect the behavior of both governmental and non-governmental decision makers. Court opinions have such effects because they provide information about the possible outcomes of future disputes and signal sanctions for noncompliance (...). In particular, these legal principles allow decision makers to forecast likely answers to legal questions and thus infer the consequences of their choices (...). As with policies of institutional rules more generally, Court opinions help actors to overcome uncertainty in their decision-making processes. Put simply, Court opinions create precedents that are relevant for future disputes and thus shape the behavior of forward-thinking actors" (HANSFORD, Thomas G., SPRIGGS II, James F.. **The politics of precedent on the U. S. Supreme Court**. Princeton, Oxford: Princeton University Press, 2006, p. 2-3).

266 Sunstein adverte para isso: "The debate between minimalism and maximalism unsettles some of the categories through which judicial behavior has been understood and evaluated. A maximalist, for example, may be entirely devoted to the principle of judicial restraint; consider the idea that all congressional enactments should be upheld. Indeed, judicial restraint defines certain forms of maximalism. A minimalist may be quite willing to invalidate legislative outcomes, and also to maintain judicial flexibility for the future, as through a series of ad hoc decisions that Congress has gone too far in the particular case" (SUNSTEIN, Cass R.. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge, Londres: Harvard University Press, 1999, p. 261).

267 A magistratura eleitoral é de investidura temporária e não raro há influência da política nas indicações.

268 "A sistemática dos recursos repetitivos prevista nos arts. 1.036 a 1.042 do Novo Código de Processo Civil não se aplica aos feitos que versem ou possam ter reflexo sobre inelegibilidade, registro de candidatura, diplomação e resultado ou anulação de eleições" (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução n. 23.478, de 10 de maio de 2016 – Brasília/DF**. Estabelece diretrizes gerais para a aplicação da Lei n. 13.105, de 16 de maro de 2015 – Novo Código de Processo Civil –, no âmbito da Justiça Eleitoral. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-no-23-478-de-10-de-maio-de-2016-2013-brasil-2013-df>. Acesso em: 22 jan. 2022).



do microsistema de tutela de casos repetitivos<sup>269</sup> e, portanto, não formarão precedentes vinculativos. Assim, a elevação do minimalismo à altura de um princípio do Direito Eleitoral, com todo o risco de legitimação do decisionismo que isso acarreta, não traz nenhuma vantagem ao sistema jurídico.

### 3 CONCLUSÃO

Certamente se poderia elencar outros posicionamentos, mas não se tem a pretensão de inventariar aqui todos os doutrinadores relevantes para a conceituação do abuso de poder eleitoral. A amostra apresentada já demonstra que, com o passar do tempo, ela foi objeto de reflexão cada vez mais intensa, em uma produção acadêmica cumulativa, mas excessivamente autorreferente. As opiniões dos mesmos autores são citadas como argumentos de autoridade, sem maiores preocupações críticas e sem atenção para suas inconsistências, em uma espécie de *looping* contínuo. É verdade que, mais recentemente, alguns tentam usar ingredientes novos, vindos da Ciência Política ou de escassos e limitados diálogos transconstitucionais com outros ordenamentos jurídicos. Mas, no final das contas, acabam voltando aos conceitos já difundidos, em uma espécie de beco sem saída.

269 Para uma melhor compreensão do tema, vide MOUZALAS, Rinaldo, TERCEIRO NETO, João Otávio. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e o Direito Processual Eleitoral. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 262, p. 413-426, dez. 2016.; GONDIM, Camila de Freitas. Incidente de resolução de demandas repetitivas: aplicabilidade no âmbito da Justiça Eleitoral. **Revista de Estudos Eleitorais**, Recife, vol. 1, n. 2, p. 64-75, dez. 2017. Ludgero Liberato e Marco Aurélio Rangel são favoráveis ao art. 20 da resolução, pois a suspensão da tramitação de ações eleitorais que têm direta repercussão das eleições prejudicaria a realização tempestiva destas últimas (LIBERATO, Ludgero, RANGEL, Marco Aurélio Scampini Siqueira. A aplicação subsidiária do CPC ao contencioso eleitoral antes e depois do advento do CPC/2015. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 993, p. 47-72, jul. 2018). É um bom argumento, mas nunca é demais lembrar que as marchas e contramarchas causadas pela interposição de recursos em face de decisões contraditórias são muitas vezes mais prejudiciais à razoável duração do processo que uma eventual suspensão do processo, principalmente se o Tribunal encarregado de proferir o precedente que porá fim à controvérsia tiver a sensibilidade de o fazer de maneira célere. A adoção do microsistema de tutela de casos repetitivos protegeria a segurança jurídica, princípio tão importante no âmbito eleitoral que, além de ter ensejado a criação do prejudgado (art. 263 do Código Eleitoral) e de ser o fundamento da existência das consultas, é frequentemente invocada por aquele Tribunal Superior como fundamento para a modulação dos efeitos de suas decisões (cf., p. ex., BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Prestação de contas n. 0601849-56.2017.6.00.0000 – Brasília – Distrito Federal**. Requerentes: Partido Pátria Livre (PPL) – Nacional e outros. Relator: Ministro Tarcício Vieira de Carvalho Neto, 6 de maio de 2021. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/12915>. Acesso em: 13 fev. 2022), em aplicação subsidiária do art. 927, § 3º, do CPC.



Por isso, é importante realçar alguns denominadores comuns às opiniões anteriormente analisadas. Primeiramente, não se pode fechar os olhos para ao caráter vago e em algumas oportunidades até tautológico dos conceitos propostos. Se por um lado isso permite a sua adaptação a situações muito distintas, por outro também mina a segurança jurídica, facilitando a litigiosidade e a corrupção do sistema jurídico pelo político.

Essa indeterminação semântica das hipóteses de incidência e dos bens jurídicos tutelados (*isonomia, liberdade de voto, legitimidade e normalidade das eleições*) se alia a uma clara tendência de expansão do poder punitivo estatal, com a sugestão de novas modalidades de abuso, que não raro miram grupos sociais determinados, a exemplo do que ocorre com os abusos de poder cultural, carismático, artístico, indígena, docente e político-partidário.

Além disso, os conceitos examinados pressupõem que o abuso de direito eleitoral é um ente “natural”, de existência ontológica autônoma, e não um ser criado e mantido pelo sistema jurídico. Isso conduz ao apagamento, ou a não investigação, da história do conceito, história essa que poderia indicar os propósitos que nortearam a inexistência de limites.

Em tempos de rápidas mudanças na sociedade e de propostas de nova codificação do Direito Eleitoral, repensar a conceituação do abuso de poder eleitoral não é só um exercício intelectual. É uma medida necessária para que os atores do sistema jurídico tenham maior compreensão sobre suas intervenções, a fim de que esse mesmo sistema consiga minimamente garantir alguma estabilidade aos sentidos propostos, conferindo maior segurança jurídica aos eleitores, candidatos e partidos.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Mateus Barbosa Gomes. Abuso de poder religioso. In: SOUZA, Cláudio André de, ALVIM, Frederico Franco, BARREIROS NETO, Jaime, DANTAS, Humberto (coord.). **Dicionário das eleições**. Curitiba: Juruá, 2000, p. 51-53.

\_\_\_\_\_. **O abuso de poder religioso nas disputas eleitorais brasileiras**. Doutorado (Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

AGRA, Walber de Moura. **Poder econômico, financiamento eleitoral e a não concretização da constituição econômica**.

Tese apresentada para a obtenção do título de Livre-Docente da Universidade de São Paulo, 2018.

ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Curso de Direito Eleitoral**. 14<sup>o</sup> ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

ALVARENGA, Alex da Silva. **Abuso de poder religioso nas eleições**: os limites do direito à inviolabilidade de crença face ao princípio democrático. Dissertação (Mestrado em Direito nas Relações Econômicas e Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Direito das Faculdades Milton Campos, Nova Lima, 2017.

ALVIM, Frederico Franco. Abuso de poder. In: SOUZA, Cláudio André de, ALVIM, Frederico Franco, BARREIROS NETO, Jaime, DANTAS, Humberto (coord.). **Dicionário das eleições**. Curitiba: Juruá, 2000, p. 48.

\_\_\_\_\_. Abuso de poder econômico. In: SOUZA, Cláudio André de, ALVIM, Frederico Franco, BARREIROS NETO, Jaime, DANTAS, Humberto (coord.). **Dicionário das eleições**. Curitiba: Juruá, 2000, p. 48-49.

\_\_\_\_\_. **Abuso de poder nas competições eleitorais**. Curitiba: Juruá, 2019.

\_\_\_\_\_. Abuso de poder político. In: SOUZA, Cláudio André de, ALVIM, Frederico Franco, BARREIROS NETO, Jaime, DANTAS, Humberto (coord.). **Dicionário das eleições**. Curitiba: Juruá, 2000, p. 49-51.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 4<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro, São Paulo: 2000.

BIM, Eduardo Fortunato. O poliformismo do abuso de poder no processo eleitoral: o mito de Proteu. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 230, p. 113-139, out./dez. 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 13 nov. 2021.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional n. 14, de 3 de junho de 1965**. Altera o inciso IX do art. 124 e o art. 139 da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitui](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitui)

cao/Emendas/Emc\_anterior1988/emc14-65.htm. Acesso em: 15 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965:** Institui o Código Eleitoral [texto originário]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4737-15-julho-1965-356297-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 15 jan. 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar n. 135, de 4 de junho de 2010.** Altera a Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp135.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm#art2). Acessível em: 16 jan. 2022.

\_\_\_\_\_. Ministério Público Eleitoral. **PGR-Manifestação-200467/2014**, Disponível em: <https://portal.mpf.mp.br/unico/modulo/judicial/painel/#/65737834/atuacao/10476350>. Acesso em: 14 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação direta de inconstitucionalidade 4.650-Distrito Federal.** Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux, 17 de setembro de 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur339864/false>. Acesso em: 12 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Eleitoral (MG). **Ação de Investigação Judicial Eleitoral n. 5370-03.2014.6.13.0000 e Ação de Impugnação de Mandato Eletivo n. 5380-47.2014.6.13.0000.** Impugnado/Investigados: Márcio José Machado Oliveira e outros. Relator Designado: Juiz Maurício Pinto Ferreira, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/1523909>. Acesso em: 21 jan. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 6.416 – Jandira - SP.** Agravante e agravados não indicados. Relator: Ministro Gerardo Grossi, 23 de novembro de 2006. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>. Acesso em: 13 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral n. 262-11.2016.6.13.0133 – classe 32 – Itabirito (Minas Gerais)**. Agravantes: Ministério Público Eleitoral e Coligação Trabalho e Paz. Agravada: Celina Rodrigues da Cunha Oliveira. Relatora: Ministra Luciana Lóssio, 14 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/127713>. Acesso em: 12 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. **Prestação de contas n. 0601849-56.2017.6.00.0000 – Brasília – Distrito Federal**. Requerentes: Partido Pátria Livre (PPL) – Nacional e outros. Relator: Ministro Tarcício Vieira de Carvalho Neto, 6 de maio de 2021. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/12915>. Acesso em: 13 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral n. 0000152-97.2012.6.18.0008 – Amarante - Piauí**. Recorrentes: Coligação Unidos para mudança e outros. Recorridos: Luiz Neto Alves de Sousa e outros. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de setembro de 2016. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/127233>. Acesso em: 12 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral n. 0000287-84.2012.6.16.0196 – classe 32 – Manoel Ribas – Paraná**. Recorrente: Ministério Público Eleitoral. Recorridos: Maurílio Viana Pereira e outros. Relator: Min. Henrique Neves da Silva, 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/52768>. Acesso em: 14 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral n. 0000859-11.2012.6.13.0168 – Durandé – Minas Gerais**. Recorrente: Itamar Rodrigues Pereira. Relator: Min. Luiz Fux, 16 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>. Acesso em: 12 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral n. 0000082-85.2016.6.09.0139 – Luziânia – Goiás**. Recorrente: Valdirene Tavares dos Santos. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Min. Edson Fachin, 18 de agosto de 2020. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/1223412>. Acesso em: 21 jan. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário n. 2653-08.2010.6.22.000 – classe 37 – Porto Velho – Rondônia.** Recorrentes: João Aparecido Cahulla e outros. Recorridos: Coligação Rondônia Melhor para Todos e outros. Rel.: Min. Henrique Neves da Silva, 7 de março de 2017. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/127936>. Acesso em: 20 jan. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário Eleitoral n. 0603975-98.2018.6.16.0000 – Curitiba – Paraná.** Recorrente: Ministério Público Eleitoral. Recorrido: Francisco Destito Francischini. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, 10 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/1786039>. Acesso em: 02 jan. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução n. 23.478, de 10 de maio de 2016 – Brasília/DF.** Estabelece diretrizes gerais para a aplicação da Lei n. 13.105, de 16 de maio de 2015 – Novo Código de Processo Civil –, no âmbito da Justiça Eleitoral. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-no-23-478-de-10-de-maio-de-2016-2013-brasilia-2013-df>. Acesso em: 22 jan. 2022.

CALDAS, Felipe Ferreira Lima Lins. **Abuso de poder, igualdade e eleição:** o Direito Eleitoral em perspectiva. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

CÂNDIDO, Joel J. **Direito Eleitoral brasileiro.** 8ª ed. Bauru: Edipro, 2000.

CARVALHO, Volgane Oliveira. **Manual das inelegibilidades:** com comentários à Lei de Inelegibilidades e jurisprudência atualizada do TSE e STF. 3ª ed.. Curitiba: Juruá, 2020.

COELHO, Margarete de Castro. **O teto de cristal da democracia brasileira:** abuso de poder nas eleições e violência política contra mulheres. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

CONEGLIAN, Olivar Augusto Roberti. **Inelegibilidade:** Inelegibilidade e proporcionalidade. Inelegibilidade e abuso de poder. 1ª ed., 1ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2012.

COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de Direito Eleitoral:** teoria da inelegibilidade. Direito Processual Eleitoral. 10ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. *E-book*.

\_\_\_\_\_. **Teoria da inelegibilidade e o Direito Processual Eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

DANTAS, Andrea de Quadros, PEDROSA, Maria Helena Martins Rocha, PEREIRA, Alessandra Lopes da Silva. A pandemia da COVID-19 e os precedentes do STF sobre as competências constitucionais dos entes federativos: uma guinada jurisprudencial ou mera continuidade da função integrativa do Corte? **Direito Público**, Brasília, v. 17, n. 96 (dossiê especial Covid-19 – volume II), p. 37-64, nov.-dez. 2020.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Elegibilidade e inelegibilidades**. Florianópolis, Letras contemporâneas, 2000.

\_\_\_\_\_. Influência do poder econômico e financiamento público de campanhas eleitorais. **Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**, Florianópolis, v. 4, n. 8, p. 105-121, jan.-abr. 2006.

EMPOLI, Giuliano da. **Os engenheiros do caos**. São Paulo: Vestígio, 2019.

FUX, Luiz. Multiculturalismo como filtro hermenêutico dos institutos do Direito Eleitoral. In: FUX, Luiz, FRAZÃO, Carlos Eduardo. **Novos paradigmas do Direito Eleitoral**: atualizado com a Lei n. 13.165/2015 (minirreforma eleitoral) e com o Novo Código de Processo Civil. Belo Horizonte: Fórum, 2016. . *E-book*, p. 85-101.

\_\_\_\_\_. Princípios eleitorais. In: FUX, Luiz, FRAZÃO, Carlos Eduardo. **Novos paradigmas do Direito Eleitoral**: atualizado com a Lei n. 13.165/2015 (minirreforma eleitoral) e com o Novo Código de Processo Civil. Belo Horizonte: Fórum, 2016. *E-book*, p. 103-137.

GARCIA, Emerson. **Abuso de poder nas eleições**: meios de coibição. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 16ª edição. São Paulo: Atlas, 2020.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Ações eleitorais**: contra o registro, o diploma e o mandato. Aspectos processuais e materiais. São Paulo: Publique, 2021. *E-book*.

GONDIM, Camila de Freitas. Incidente de resolução de demandas repetitivas: aplicabilidade no âmbito da Justiça Eleitoral. **Revista de Estudos Eleitorais**, Recife, vol. 1, n. 2, p. 64-75, dez. 2017.

HANSFORD, Thomas G., SPRIGGS II, James F.. **The politics of precedent on the U. S. Supreme Court**. Princeton, Oxford: Princeton University Press, 2006.

KUFA, Amilton Augusto. O abuso do poder religioso no processo eleitoral brasileiro. In: FUX, Luiz, PELEJA NÚNIOR, Antônio Velloso, ALVIM, Frederico Franco, SESCONETTO, Juliana Sant'ana (coord.). **Direito Eleitoral: temas relevantes**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 323-350.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos, ALMEIDA, Jéssica Teles de. Abuso de poder político-partidário e a fraude às cotas de candidaturas por gênero. In: FUX, Luiz, PELEJA NÚNIOR, Antônio Velloso, ALVIM, Frederico Franco, SESCONETTO, Juliana Sant'ana (coord.). **Direito Eleitoral: temas relevantes**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 127-148.

MENDES, Anna Paula Oliveira. **O abuso do poder no Direito Eleitoral: uma necessária revisitação ao instituto**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

MOUZALAS, Rinaldo, TERCEIRO NETO, João Otávio. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e o Direito Processual Eleitoral. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 262, p. 413-426, dez. 2016.

NISS, Pedro Henrique Távora. **Direitos Políticos: Condições de elegibilidade e inelegibilidades**. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOGUEIRA JÚNIOR, Flávio Aurélio. **Novos tipos de abuso de poder: uma contribuição ao estudo a partir da interpretação da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral**. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) – Programa de Doutorado do Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. Vol. 2: Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.



OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellize. **Abuso de poder nas eleições:** a inefetividade da Ação de Investigação Judicial Eleitoral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso, SANTOS, Mike de Oliveira. **Abuso de poder religioso nas eleições:** limites da liberdade religiosa em um Estado laico. Curitiba: Juruá, 2020.

PRZEWORSKI, Adam. **Crises da democracia.** São Paulo: Zahar, 2020. *E-book.*

RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral.** 16<sup>a</sup> ed. Niterói: Impetus, 2018.

REIS, Márlon. **Direito Eleitoral brasileiro.** 2<sup>a</sup> ed. Brasília: Alumnus, 2014.

RIBEIRO, Fávila. **Abuso de poder no Direito Eleitoral.** 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

\_\_\_\_\_. **Direito Eleitoral.** Rio de Janeiro: Forense, 1976.

\_\_\_\_\_. **Pressupostos constitucionais do Direito Eleitoral:** no caminho da sociedade participativa. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Abuso do poder nas eleições:** ensaios. Salvador: JusPodivm, 2014.

SALGADO, Eneida Desiree. A influência do poder econômico nas eleições e a impugnação de mandato. **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, p. 115-126, jan.- mar. 2005.

\_\_\_\_\_. **Princípios constitucionais eleitorais.** 2<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SALGADO, Eneida Desiree, GABARDO, Emerson. O princípio da publicidade e os abusos de poder político e econômico na democracia contemporânea. In: GABARDO, Emerson; AFFORNALLI, Maria Cecília N. Munhoz. Direito, informação e cultura. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 149-171. Disponível em: [https://www.academia.edu/8142452/O\\_princ%C3%ADpio\\_da\\_publicidade\\_e\\_os\\_abusos\\_de\\_poder\\_pol%C3%ADtico\\_e\\_econ%C3%B4mico\\_na\\_democracia\\_contempor%C3%A2nea](https://www.academia.edu/8142452/O_princ%C3%ADpio_da_publicidade_e_os_abusos_de_poder_pol%C3%ADtico_e_econ%C3%B4mico_na_democracia_contempor%C3%A2nea). Acesso em: 18 fev. 2022.

SILVEIRA, José Néri da. **Aspectos do processo eleitoral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SOBREIRO NETO, Armando Antonio. **Direito Eleitoral: teoria e prática**. Curitiba: Juruá, 2000.

SUNSTEIN, Cass R.. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge, Londres: Harvard University Press, 1999.

TRAVINCAS, Amanda Costa Thomé. **A tutela jurídica da liberdade acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva, AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.



# IMPACTO DAS “FAKE NEWS” PUBLICADAS A PARTIR DAS ELEIÇÕES 2018 NO ANDAMENTO DA PEC DO VOTO IMPRESSO

## IMPACT OF “FAKE NEWS” PUBLISHED FROM THE 2018 ELECTIONS IN THE PROGRESS OF THE PEC OF THE PRINTED VOTE

Daniela Melo Duarte<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente estudo tem como intuito propor uma reflexão crítica, sem o objetivo de esgotar o tema, a respeito da repercussão, no âmbito processual legislativo brasileiro, das *fake news* veiculadas a partir das eleições do ano de 2018 sobre a suposta vulnerabilidade das urnas eletrônicas. Estabeleceu-se o referido marco temporal, tendo em vista o maciço e marcante uso de publicações falsas relativamente ao processo eleitoral. Utilizou-se análise qualitativa e quantitativa de postagens cujo teor ecoaram afirmações de fraudes nas eleições. Ante os resultados observados, restou possível concluir que houve interferência impactante das *fake news* para o impulsionamento da pec do voto impresso.

**Palavras-chaves:** *Fake News*. Eleições. Urnas Eletrônicas. Voto Impresso.

### ABSTRACT

The present study aims to propose a critical reflection, without the objective of exhausting the theme, regarding the repercussion, in the Brazilian legislative procedural scope, of the fake news broadcast from the 2018 elections on the supposed vulnerability of brazilian electronic ballot box. The aforementioned time frame was established, in view of the massive and marked use of false publications regarding the electoral process. We used qualitative and quantitative analysis of posts whose content echoed claims

---

<sup>1</sup> Artigo escrito por Daniela Melo Duarte. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2017). Pós- graduação em direito penal e processo penal pela Universidade Cândido Mendes (2018). Analista Judiciário-Área Judiciária do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia.

of fraud in the elections. In view of the observed results, it was possible to conclude that there was an impacting interference of fake news in boosting the pec of the printed vote.

**KeyWords:** *Fake News*. Elections. Brazilian electronic ballot box. Printed Vote.

## 1 INTRODUÇÃO

Quando a temática versa sobre direito eleitoral e democracia brasileira, o ano de 1996 não pode ser esquecido. Referido marco histórico deu início à informatização do processo eleitoral no Brasil, colocando em prática a previsão que já constava no artigo 57 do Código Eleitoral de 1932, em 57 cidades do país, nas eleições municipais daquele ano.

Já o contato geral de todo o eleitorado brasileiro com as urnas eletrônicas se deu nas eleições gerais dos anos 2000, marcando o primeiro pleito inteiramente informatizado, com utilização de mecanismos idealizados pela comissão técnica formada pelo Tribunal Superior Eleitoral e produzidos por agentes nacionais.

Com isso, as urnas eletrônicas iniciaram o seu protagonismo no cenário eleitoral do país, tão lesado pelas conhecidas e recorrentes fraudes propiciadas pela fragilidade do voto em cédulas de papel e apuração manual.

O escopo crucial dessa revolução tecnológica, portanto, foi, e ainda é, a eliminação dos artifícios ilícitos que buscam alterar a realidade qualitativa e quantitativa dos votos através da redução da interferência humana nas etapas que envolvem as eleições. Além dessa finalidade, que é de resguardar a vontade popular soberana, não se pode esquecer que a implantação das urnas eletrônicas resolveu o problema da morosidade da contagem dos votos.

Embora o inegável avanço, sempre houve quem questionasse a confiabilidade e a transparência do processo eleitoral informatizado materializado precipuamente pela urna eletrônica, que é, em linhas gerais, um computador não interligado à rede mundial de computadores e configurado para armazenar os dados dos candidatos e seus respectivos votos.

Afora pontuais questionamentos e investigações, sem nenhuma comprovação de fraude, tal discussão encontrava-se adormecida, porém em estado latente, no cenário político nacional quando foi despertada por atores políticos nas Eleições Gerais que ocorreram em 2018.

Em que pese a importância do debate, observa-se que o assunto não foi tratado com a seriedade que merece, uma vez que alegações a título de informações foram divulgadas sem subsídios concretos, o que popularizou-se chamar de “fake news”.

Passadas as Eleições 2018, da qual saiu eleito como presidente da república o candidato Jair Messias Bolsonaro, cuja campanha apoiou-se em diversas declarações sobre supostas fraudes em eleições anteriores, inclusive com a sustentação, pós-vitória, de que as urnas objetos desse pleito haviam sido fraudadas, houve a retomada da discussão acerca da necessidade da implementação do voto impresso pelo Congresso Nacional Brasileiro.

O resgate do tema pelo parlamento reflete, além de outros fatores, a desconfiança gerada pelo desserviço provocado pela propagação de “fake news”, as quais notoriamente fomentaram o crescimento da descrença na legitimidade e na confiabilidade do processo eletrônico de votação.

Busca-se, então, através do presente artigo sinalizar o poder da influência provocada pelas “fake news” propagadas durante a campanha das Eleições Gerais de 2018 sobre a confiabilidade e a transparência das urnas eletrônicas, que culminou na modulação de um cenário favorável para o fortalecimento da corrente que defende a implementação do voto impresso nos anos que se seguiram até o início de 2022, ano em que acontecerão novas eleições gerais.

## **2 BREVE DESCRIÇÃO DO QUE SÃO “FAKE NEWS” E AS SUAS IMPLICAÇÕES NO ÂMBITO DO PROCESSO ELEITORAL ELETRÔNICO BRASILEIRO**

Malgrado a utilização da mentira e a disseminação de rumores no âmbito político sejam exercícios utilizados no decorrer da existência humana, o fenômeno das *fake news* revela-se como prática comunicativa *sui generis* que envolve elevada dificuldade de controle, uma vez que a sua difusão ocorre através das mídias sociais.

A comunidade que estuda o referido fenômeno não chegou ao consenso sobre a sua correta definição. Traduzindo-se *ipsis literis* para o português poderíamos chamar de *notícia falsa*. Todavia, não se trata apenas do repasse de informações inverídicas, mas de transmissão de dados falsos através dos canais de comunicação interligados à internet, como Facebook, Telegram e WhatsApp, por exemplo, de fácil propagação, equivalente à de um vírus e sem qualquer fonte ou filtro que confirme a veracidade do relatado.

“Fake news não são apenas “fake news”. Eles são atraentes não tanto porque seu conteúdo ou forma são diferentes dos das “notícias autênticas”, mas porque viajam tanto quanto (e às vezes mais do que) notícias mainstream. Se um blog afirma que o Papa Francisco apoia Donald Trump, isso é apenas uma mentira. Se a história é escolhida por dezenas de outros blogs, retransmitida por centenas de sites, postada em milhares de contas de mídia social e lida por centenas de milhares, torna-se uma fake News.”<sup>2</sup>

As *fake news* atuam em dois planos básicos: no bombardeio a médio prazo, constante e intermitente, através de blocos monolíticos de pensamento (os estereótipos), de fácil absorção e nenhuma reflexão, e na ação pontual em momentos decisivos por meio do massacre volumoso de *posts* nos Fãcebooks, Twitters, Whatsapps de um grande círculo de pessoas.

Revela-se, portanto, ainda mais gravosa que a prática do “yellow journalism”<sup>4</sup> conhecida como imprensa sensacionalista que almeja o aumento da audiência através da publicação exagerada dos eventos, sem comprometimento com a fidelidade do ocorrido, possuindo, em que pesa a distorção da notícia, contrapeso editorial e jornalístico.

Nesse íterim, observa-se que, em uma sociedade que ainda está aprendendo a lidar com a enxurrada das novidades tecnológicas, principalmente a geração que nasceu e cresceu sem essas inovações, há o descuido de se investigar a fonte da notícia e o apego à fofoca e à polêmica sem bases sólidas.

Além disso, outro agravante é que, através do jogo de palavras utilizado, as *fake news* possuem o condão de convencer o leitor, mesmo sem conjunto probatório, de que a mentira é verdade, levando-o à ignorância e despertando sentimentos de desconfiança, como o que ocorre com a suposta alegação de fraude nas urnas

2 “Fake news are not just “false news”. They are interesting not so much because their content or form are different from that of “authentic news”, but because they travel as much as (and sometimes more than) mainstream news. If a blog claims that Pope Francis endorses Donald Trump, it’s just a lie. If the story is picked up by dozens of other blogs, retransmitted by hundreds of websites, cross-posted over thousands of social media accounts and read by hundreds of thousands, then it becomes fake news”. BOUNEGRU, L., GRAY, J., VENTURINI, T., MAURI, M. A field guide to fake news: a collection of recipes for those who love to cook with digital methods (Chapters 1- 3). Public Data Lab, Research Report, 2017, p. 60.

3 FIGUEIRA, João (org.); SANTOS, Silvio (org.) - As fake news e a nova ordem (des) informativa na era da pós-verdade, 2020, p. 20.

4 Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/yellow-journalism>.



eletrônicas. Se fake news circulam, sem serem corrigidas, em comunidades fechadas; se as pessoas são ensinadas a não acreditar em fatos verdadeiros ao se desabonar a reputação dos principais jornais; e se essas fake news são deliberadamente emocionais e inflamatórias, estamos cada vez mais longe do ideal arquetípico democrático de Habermas de uma esfera pública que em última análise busca consenso ao permitir que todos falem racionalmente, ouçam os pontos de vista de outros e concordem acerca do melhor caminho a seguir<sup>5</sup>.

Importante ainda destacar que *fake news* não se confundem com propagandas negativas. A propaganda negativa, apesar do termo, possui o ponto positivo de fomentar o debate, diferentemente das *fake news*, que já impõem o enunciado como verdadeiro. A título de exemplo prático, existe crucial diferença entre a assertiva de se ser contra o sistema eletrônico de votação, apontando os seus fatores negativos, e a alegação de que existe fraude no processo eleitoral sem qualquer subsídio comprovado.

Apesar do esforço para combatê-las através da conscientização da população, da organização do Tribunal Superior Eleitoral e da criação de agências de checagem, observa-se que o trabalho ainda possui diversos entraves para ser realmente efetivo mormente porque, como bem pontua Marcelo Trasel, enquanto a checagem de fatos precisa se guiar pelo código de ética do jornalismo, os produtores de desinformação podem se aproveitar de recursos narrativos mais alinhados às fraquezas cognitivas dos seres humanos<sup>6</sup>.

### 3 EXEMPLOS FÁTICOS DE *FAKE NEWS* SOBRE FRAUDE NAS URNAS ELETRÔNICAS

Como bem se extrai da coleta de postagens em três sites de *fact-checking* (Aos fatos, Agência Lupa e Projeto Comprova), o tema “fraude nas eleições” encontra-se entre os 15 mais discutidos nas redes sociais, conforme tabela abaixo<sup>7</sup>, que tem como variável os dois candidatos concorrentes à presidência no segundo turno das eleições 2018.

5 BAKIR, V.; MCSTAY, A. *Fake News and The Economy of Emotions*. Digital Journalism, v. 6, n. 2, p. 154–175, 7 fev. 2018

6 TRASEL, Marcelo. *A eficácia da checagem de fatos no combate à desinformação*. Cadernos Adenauer, v. 19, n. 4, dez. 2018.

7 Disponível em: <http://www.epop.ufpr.br/portal/eleicoes-2018-a-relacao-entre-fake-news-e-os-candidatos-jair-bolsonaro-e-fernando-haddad/>.

**Tabela 1 – Temas das fake news para Bolsonaro e Haddad**

Tema		Presidenciáveis	
		Bolsonaro	Haddad
	Apoio ao político/partido	20 (27,8%)	5 (6,9%)
	Corrupção	1 (1,4%)	0
	Crítica ao político/partido	6 (8,3%)	0
	Declaração, posicionamento (outro)	1 (1,4%)	1 (1,4%)
	Denúncia de violência	2 (2,8%)	0
	Eleições – outros	2 (2,8%)	0
	Episódio da facada	9 (12,5%)	0
	Falsa ligação	1 (1,4%)	0
	Fraude nas eleições	8 (11,1%)	0
	Outros	3 (4,2%)	1 (1,4%)
	Pesquisa eleitoral	6 (8,3%)	2 (2,8%)
	Pesquisa Eleitoral	3 (4,2%)	0
	Sexualidade e gênero	1 (1,4%)	0
<b>Total</b>		<b>63 (87,5%)</b>	<b>9 (12,5%)</b>

Fonte: autoras (2020), a partir das páginas de checagem.<sup>8</sup>

Da análise, verifica-se que Bolsonaro foi, no geral, consideravelmente favorecido pelas falsas notícias e, especificamente, quanto ao assunto fraude nas eleições.

À vista disso, pode-se destacar como exemplo de *fake news* sobre fraude nas urnas, a que foi divulgada nas redes sociais em 07 de outubro, primeiro turno das eleições 2018, mostrando que a urna eletrônica simbolizava automaticamente o candidato do PT quando o eleitor apertava o botão de número 1.

Em nota, a Justiça Eleitoral esclareceu que: “Avaliação de peritos em edição comprova que o vídeo é falso”. Verificam-se cortes no filme, que confirmam que houve montagem. Além disso, no momento em que o primeiro número é apertado, o teclado da urna não aparece por completo, o que sugere que outra pessoa teria digitado o restante do voto. É possível, ainda, constatar, no programa de edição, o ruído de dois cliques simultâneos, o que reforça essa tese. É importante enfatizar que não existe a possibilidade de a

8 O banco de dados utilizado nesse texto está disponível em: < <https://github.com/NaiaraSandi1995/Banco-da-dados-.git> >. A coleta de dados foi feita pela pesquisadora Inaiara De Lima Ferreira.

urna autocompletar o voto do eleitor, e isso pode ser comprovado pela auditoria de votação paralela. Cabe, também, o registro de outra informação. Algumas pessoas acham que é necessário digitar o número e depois teclar CONFIRMA para que apareça a foto do candidato. Essa não é a sequência na urna. Quando o eleitor termina de teclar o número, já aparece a foto do candidato. Só depois, com a foto na tela, e quando ele tecla confirma, o voto é computado e aparece a tela “carregando”.<sup>9</sup>

Noutro caso, circulou nas redes sociais vídeo de eleitor que acusava estar a urna eletrônica adulterada, afirmando que estaria configurada para anular o voto quando se digitasse o número 17, correspondente ao então candidato à presidência, Jair Messias Bolsonaro, sob os seguinte dizeres: “Eu, Paulo Roberto Duarte Pereira, apertei 17, Bolsonaro, e tá aparecendo nulo aqui... Vocês estão falsificando urna.”

Em outra gravação, o eleitor reclama que a urna foi adulterada e desafiou: “Pode me prender”. Nesse momento, outro eleitor que aguardava para votar se solidarizou e disse que “é testemunha” da suposta fraude. Ocorre que, nos vídeos em questão, é possível ver na tela da urna eletrônica que o eleitor estava inserindo o número “17” no campo para governador. Sendo por essa razão que a urna computava a mensagem de “voto nulo”<sup>10</sup>.

#### **4 PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL PARA IMPLANTAÇÃO DO VOTO IMPRESSO**

Em 2002, o ex-presidente da república, Fernando Henrique Cardoso, sancionou a Lei nº 10.408/2002 que alterou a Lei 9.504/97 (Lei das Eleições), acrescentando no artigo 59, §4º, a previsão de impressão do voto. Todavia, no ano seguinte, o Congresso Nacional, com a sanção do então presidente da república, Luís Inácio Lula da Silva, suprimiu a previsão.

Tal acontecimento legislativo não ficou de fora da onda das notícias falsas. Em meados de 2021, foram publicadas postagens declarando que o voto impresso já era lei e questionando por que a norma já não era cumprida.<sup>11</sup>

9 Disponível em: (<https://www.tse.jus.br/hotsites/esclarecimentos-informacoes-falsas-eleicoes-2018/urna-autocompleta-voto.html>).

10 Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/comprova/ultimas-noticias/2018/10/09/eleitores-que-filmaram-voto-em-bolsonaro-anulado-estavam-errando-o-cargo.htm>.

11 Disponível em: (<https://checamos.afp.com/http%253A%252F%252Fdoc.afp.com%-252F9FG3TR-1>).

Atualmente, a previsão normativa é a seguinte: a urna eletrônica disporá de recursos que, mediante assinatura digital, permitam o registro digital de cada voto e a identificação da urna em que foi registrado, resguardado o anonimato do eleitor.

Recente pesquisa desenvolvida pelo projeto Digitalização e Democracia no Brasil, uma parceria entre a FGV DAPP e a Embaixada da Alemanha em Brasília, que tem como estudo a análise de postagens, que tratam sobre fraude nas urnas eletrônicas e apoio ao voto impresso, publicadas no Facebook entre novembro de 2020 e janeiro de 2022, concluiu que publicações sobre a temática crescem desde 2014, sendo centrais nas eleições gerais de 2018 e muito relevantes em 2020 pela primeira vez em um pleito municipal. Nos 15 meses entre novembro de 2020 e janeiro de 2022, a média foi de 888 publicações por dia. Novembro de 2020, com 50.574 postagens (12,7% do total); julho, com 69.943 postagens (17,7% do total); e agosto de 2021, com 94.317 postagens (23,9% do total) são os meses com mais postagens de contestação eleitoral. O dia com menos publicações, 133, foi 28 de novembro de 2021, e o dia com mais publicações, 10.619, foi 10 de agosto de 2021<sup>12</sup>.

Não sem razão em 13 de setembro de 2019 foi apresentada a Proposta de Emenda à Constituição nº 135/ 2019 pela deputada federal Bia Kicis (PSL- DF) que propõe o acréscimo do §12 no artigo 14 da Constituição Federal para que seja obrigatória a expedição de cédulas físicas, conferíveis pelo eleitor, a serem depositadas em urnas indevassáveis, para fins de auditoria.

Não é mera coincidência que a proposta tenha ficado praticamente estagnada no ano de 2020 na Coordenação de Comissões Permanentes (CCP), quando, em 05 de maio de 2021, foram retomados os andamentos legislativos para sua apreciação, com o ato da presidência que criou Comissão Especial. Nesse toar, pode-se, portanto, estabelecer aguda correlação entre os picos de postagens com o prosseguimento da PEC.

Considerando o princípio da anualidade que rege o direito eleitoral, insculpido no artigo 16 da Constituição Federal, e a relevância que traria a alteração da sistemática da votação, resta possível constatar que houve pouco tempo para o debate uma vez que, em que pese as audiências públicas realizadas, a proposta, para ser aplicada nas eleições 2022, teria que ser votada com no mínimo um ano de antecedência, ou seja, de maio de 2021 até outubro ter-se-ia apenas 5 meses para tanto. Em face da importância

12 Disponível em: <https://democraciadigital.dapp.fgv.br/estudos/desinformacao-on-line-e-contestacao-das-eleicoes/>.

do tema, acertadamente, a proposta foi rejeitada pela Câmara dos Deputados por 22 votos a 11, ao que foi arquivada.

Em torno dessa temática, persiste a importância da difusão do conhecimento de como se prepara a urna eletrônica e quais são suas etapas de auditoria que conferem ao procedimento confiabilidade e certeza de proteção contra fraudes.

A preparação para a realização das eleições começa muito antes do primeiro domingo de outubro, envolvendo uma série de protocolos formais de segurança que, no geral, não é de conhecimento da população. A imaginação danosa não cansa de surpreender ao ponto de existir na rede mundial de computadores vídeos ensinando falsamente como se faz uma urna eletrônica<sup>13</sup>.

Um ano antes, o TSE disponibiliza o código-fonte para que qualquer pessoa, técnicos e partidos políticos possam ter acesso e testá-lo. Etapa essa que permite a posterior verificação se o software apresentado é o mesmo que é inseminado nas urnas eletrônicas na audiência pública de carga e lacração em que há a participação do Ministério Público, Polícia Federal, partido políticos e cidadãos interessados. Veja-se que o encadeamento das etapas procura imprimir participação da população.

Outrossim, a fim de aumentar a transparência, à época presidente do TSE, Luis Roberto Barroso, anunciou a antecipação da liberação para acesso público do código-fonte e a criação da Comissão Externa de Transparência (CTE) e do Observatório da Transparência das Eleições (OTE), através da Portaria TSE nº 578/2022, cujo foco é acompanhar e fiscalizar o desdobramento do processo eleitoral e que serão constituídos de agentes de diversos saberes, como professores universitários, parlamentares, integrantes das forças armadas entre outras entidades que serão convidadas com o propósito de estreitar os laços entre a justiça eleitoral e a população e evitar os efeitos das inconvenientes *fake news*.

Outra forma de checagem é a auditoria das urnas proporcionada pela votação paralela e pela impressão de boletins de urnas. A votação paralela acontece do seguinte modo: na véspera das eleições, com todas as urnas já lacradas e preparadas para serem conduzidas aos colégios de votação, os Tribunais Regionais Eleitorais de cada estado realizam sorteio, em cerimônia pública, de uma quantidade determinada de urnas dentre as da capital e as do interior para serem imediatamente conduzidas à sede do

13 Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Novembro/nota-de-esclarecimento-sobre-video-com-suposto-sistema-para-fraudar-urna-eletronica>.

Tribunal. Ainda na véspera, representantes dos partidos políticos preenchem cédulas de votação com seus respectivos votos, que são depositadas em urnas de lona e lacradas. Na data e hora programadas para o início da votação, inicia-se a votação paralela, com supervisão dos representantes do Ministério Público, da OAB e dos Partidos Políticos. Os participantes, então, revelam os seus votos ao fiscal e os divulgam também em um terminal de apuração desvinculado da urna. Em seguida, digitam nas urnas sorteadas os mesmos votos apresentados. Ao final da votação, a contabilização dos votos deve coincidir, demonstrando que não há no sistema inseminado na urna eletrônica programação para adulteração de votos. Frise-se que, diferentemente da votação oficial, em que os votos são secretos, todas as etapas da votação paralela são filmadas para que não haja manipulação humana e para que a população possa acompanhar, geralmente sendo transmitida pelo YouTube.

Já os boletins de urna são os extratos emitidos pela urna após o encerramento da votação, ainda sem qualquer conexão com a internet. Com eles, confere-se a quantidade de votos depositados em cada seção eleitoral, possibilitando a comparação entre eles e a totalização realizada pelo TSE.

Diante de tantos procedimentos transparentes e abertos ao público, a confiabilidade da urna eletrônica ainda é colocada em cheque. Entre os defensores do voto impresso há a parcela que realmente acredita que a urna é adulterada, inebriada pelas falácias proferidas nas *fake news*, e outra que afirma que a impressão do comprovante é um meio adicional de auditoria.

É saudável para a democracia brasileira o amadurecimento da participação do eleitor nas etapas dos processos eleitorais e a busca pelo fortalecimento do nosso sistema eletrônico. À primeira vista, a opção do voto impresso pode brilhar aos olhos de alguns, entretanto, as consequências negativas do manuseio de cédulas de papel são maiores que os supostos benefícios.

## 5 CONCLUSÃO

Não subsiste, portanto, necessidade de se adicionar outro meio de auditoria visto que os existentes já são completamente capazes de demonstrar a lisura do processo eleitoral eletrônico. Em todos esses anos de atuação, não houve qualquer apresentação de provas capaz de maculá-lo.

Hodiernamente, parcela do sentimento popular pode ser medido pelo que está sendo comentado e postado nas redes sociais,

considerando, dentro desse universo, as diversas publicações que possuem conteúdo falso. Tais mídias são uma espécie de termômetro dos anseios da população, o que, indubitavelmente, reflete no que se discute no âmbito dos três poderes, mormente no do Legislativo.

No que toca à temática que envolve as *fake news* das fraudes nas urnas eletrônicas, a movimentação parlamentar não deixa dúvidas sobre a estreita correlação entre o que foi publicado nas mídias sociais a partir das Eleições 2018 e o desdobramento do conteúdo no âmbito do Poder Legislativo. Nesse cenário, gerou-se a descrença da população na confiabilidade e na transparência do processo eleitoral eletrônico o que, conseqüentemente, implicou no impulsionamento da PEC do voto impresso no Congresso Nacional.

## REFERÊNCIAS

A F P B R A S I L . Disponível em <https://checamos.afp.com/http%253A%252F%252Fdoc.afp.com%252F-9FG3TR-1>. Acesso em: 17 fev. 2022.

BAKIR, V.; MCSTAY, A. *Fake News and The Economy of Emotions*. Digital Journalism, v. 6, n. 2, p. 154–175, 7 fev. 2018.

BOUNEGRU, L., GRAY, J., VENTURINI, T., MAURI, M. A field guide to fake news: a collection of recipes for those who love to cook with digital methods (Chapters 1- 3). *Public Data Lab, Research Report*, 2017.

DO UOL. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/comprova/ultimas-noticias/2018/10/09/eleitores-que-filmaram-voto-em-bolsonaro-anulando-estavam-errando-o-cargo.htm>. Acesso em: 16 fev. 2022.

FERREIRA, Inara; ALCANTARA, Naiara. *Eleições 2018: a relação entre fake news e os candidatos Jair Bolsonaro e Fernando Haddad*. Disponível em: <http://www.cpop.ufpr.br/portal/eleicoes-2018-a-relacao-entre-fake-news-e-os-candidatos-jair-bolsonaro-e-fernando-haddad/>. Acesso em: 16 fev. 2022.

FIGUEIRA, João (org.); SANTOS, Sílvio (org.) - *As fake news e a nova ordem (des)informativa na era da pós-verdade*, Coimbra: [s.n.] , 2020.

RUEDIGER, Marco Aurelio; GRASSI, Amaro; DOURADO, Tatiana; BARBOSA, Polyana; PIAIA, Victor; HUBERT, Dalby; TOMAZ, Renata; ALMADA, Daniel; GOMES, Luis. *Desinformação on-line e contestação das eleições*.



Disponível em: <https://democraciadigital.dapp.fgv.br/estudos/desinformacao-on-line-e-contestacao-das-eleicoes/>. Acesso em: 16 fev. 2022.

THE EDITHORS OF ENCYCLOPEDIA BRITANNICA, Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/yellow-journalism> Acesso em: 21 fev. 2022.

TRASEL, Marcelo. *A eficácia da checagem de fatos no combate à desinformação*. Cadernos Adenauer, v. 19, n. 4, dez. 2018.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Novembro/nota-de-esclarecimento-sobre-video-com-suposto-sistema-para-fraudar-urna-eletronica> Acesso em: 17 fev. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Novembro/nota-de-esclarecimento-sobre-video-com-suposto-sistema-para-fraudar-urna-eletronica>. Acesso em: 17 fev. 2022.

**O PARADIGMA DA REPRESENTAÇÃO DEMOCRÁTICA  
NO PENSAMENTO CONTEMPORÂNEO:  
DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA À POLIARQUIA  
DIRETAMENTE DELIBERATIVA**

**THE PARADIGM OF DEMOCRATIC REPRESENTATION  
IN CONTEMPORARY THINKING:  
FROM PARTICIPATORY DEMOCRACY TO  
THE DIRECTLY-DELIBERATIVE POLYARCHY**

João Paulo Soares e Silva<sup>1</sup>

**RESUMO**

O presente trabalho se destina a apresentar linhas introdutórias sobre o desenvolvimento da fundamentação teórica da democracia no pensamento contemporâneo e justifica-se pela premente necessidade de se aprofundar na compreensão teórica do pensamento democrático. A metodologia utilizada é historiográfico-crítica, na medida em que identifica historicamente influentes marcos teóricos no desenvolvimento do tema estudado, ao passo que as ideias apresentadas são refletidas e contrapostas. No decorrer do texto, são abordadas distintas concepções de democracia, no que se destacam modelos de democracia participativa e deliberativa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Democracia; Elitismo político; Democracia participativa; Democracia deliberativa; Poliarquia diretamente deliberativa.

**ABSTRACT**

The present work is intended to present introductory lines on the development of the theoretical foundation of democracy in contemporary thought and is justified by the pressing need to deepen the theoretical understanding of democratic thought. The applied methodology was historiographical-critical, as it identifies

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Mestre em Direito pelo Centro Universitário FG – UniFG. Membro do Grupo de Estudos em Direito Eleitoral e Democracia da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia. Atualmente é professor do curso de Direito do Centro Universitário FG – UniFG. Endereço eletrônico: prof.joaoses@gmail.com.

historically influential theoretical milestones in the development of the subject studied, while the ideas presented are reflected and opposed. Throughout the text, different conceptions of democracy are discussed, in which models of participatory and deliberative democracy are highlighted.

**KEYWORDS:** Democracy; Political elitism; Participatory democracy; Deliberative democracy; Directly deliberative polyarchy.

## 1 INTRODUÇÃO

A concepção deliberativa de democracia tem como anseio fundamental superar uma estrutura de exercício do poder pautada na barganha entre representantes políticos e grupos de interesses para alcançar uma macroestrutura político-democrática fundada na razão comum como força dominante.

Para tanto, é imprescindível que haja um engajamento profundo dos cidadãos com as questões políticas a fim de se garantir, por meio de um raciocínio conjunto acerca dos problemas compartilhados, que as suas vozes serão efetivamente ouvidas e consideradas pelos administradores, com vistas a ter atuação mais ampla e direta nas decisões públicas.

É possível apontar que, enquanto a teoria democrática hegemônica concebe a organização do poder político pelo estabelecimento de instituições capazes de intermediar os interesses privados dos indivíduos e o próprio poder, bem como baseia a sua legitimidade na vontade dos indivíduos minimamente organizada pela ótica do princípio da maioria<sup>2</sup>; os traços distintivos da democracia deliberativa são a valorização da possibilidade da mais ampla discussão com o objetivo de se alcançar um consenso coletivo sem, portanto, a existência de imposição de vontade de qualquer dos grupos de interesse. Além disso, no instrumental teórico da democracia deliberativa, o alcance da legitimidade democrática se dá por um procedimento de formação consensual da vontade através da deliberação em discursos racionais<sup>3</sup>.

Dessa maneira, sem que seja possível prescindir de procedimentos básicos de organização do poder como participação univer-

2 HELD, David. **Modelos de Democracia**. Madrid: Alianza Editorial, 2012.

3 HABERMAS, Jürgen. **Faticidade e Validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rurión Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. O Direito e as formas de integração social desde a teoria do discurso de Jürgen Habermas. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 4, n. 01, p. 42-62, 13 out. 2017.

sal, eleições periódicas com voto igualitário e separação das funções do poder, a ideia de democracia deliberativa pressupõe que iguais condições e oportunidades devem ser asseguradas aos participantes do processo político para que possam, em um discurso racional, convencer ou ser convencidos sobre as mais diversas questões de interesse comum. Essa deliberação, no entanto, afasta-se de um modelo de agregação de preferências individuais e se estabelece como um procedimento essencialmente comunicativo em que os espaços públicos são utilizados para que seja promovida a própria formação da vontade dos cidadãos<sup>4</sup>.

O presente trabalho se destina a apresentar algumas linhas sobre o desenvolvimento da fundamentação teórica da democracia no pensamento contemporâneo, sobretudo a partir de uma perspectiva maximalista, em que a atividade popular transcende ao momento da escolha dos representantes por meio do voto e passa a se preocupar com outros meios de participação política, com a garantia de liberdades fundamentais e a defesa do pluralismo político e com a transparência e responsabilização por meio de instrumentos de *accountability* política.

Para tanto, a presente pesquisa se desenvolve com a utilização de uma metodologia historiográfico-crítica em que, em um primeiro momento, se busca apresentar o surgimento da concepção de democracia participativa como um paradigma de representação democrática; em seguida, os traços do desenvolvimento desse pensamento para a ideia deliberativa de democracia, nos moldes defendidos por Jürgen Habermas, bem como o seu “debate familiar” com John Rawls. Por fim, a ideia de poliarquia diretamente deliberativa de Joshua Cohen.

## **2 A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA COMO PARADIGMA DE REPRESENTAÇÃO DEMOCRÁTICA**

A partir do século XIX, a verificação de uma ampliação do sufrágio promove significativas alterações no modelo dominante de representação política, sobretudo pela superação de uma concepção elitista e minimalista da democracia por uma perspectiva que valoriza a participação e a deliberação pública, denominada de maximalismo democrático.

4 FARIA, Claudia Feres. Democracia deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman. **Lua Nova**, São Paulo, v. 50, p. 47-67, 2000; BARREIROS NETO, Jaime. Esfera pública e procedimentalismo: considerações sobre o modelo de democracia de Jürgen Habermas e sua aderência aos princípios norteadores da Constituição de 1988. **Populus**, v. 1, p. 165-183, 2015.

Ainda que fosse possível encontrar desde a república romana alguns instrumentos pelos quais uma pessoa poderia representar os interesses de outras, a representação passa a ser presente nas instituições políticas a partir do século XIII. De acordo com Pitkin, o termo era anteriormente utilizado no sentido de trazer à presença algo que se encontrava ausente<sup>5</sup>. Nesse sentido, a existência de um representante se justifica pela ausência do representado.

Nos moldes hobbesianos, a representação se associa a uma visão na qual o representante age em nome do representado, porém com independência deste. Com a sobreposição dos parlamentos sobre as monarquias, essa tradição é superada pela ideia de representação-mandato, em que o mandatário representa os interesses do seu eleitor, de forma dependente e subordinada<sup>6</sup>.

Carl Schmitt também exercerá considerável influência na noção moderna de representação política, na medida em que expôs a necessidade da criação de uma identidade entre dominantes e dominados, uma vez que, para ele, a democracia apenas seria possível entre iguais. Para Schmitt, no entanto, o Estado de Direito liberal representa uma barreira para a livre atuação do soberano e, assim, frustra a vontade popular, cuja representação só estaria legitimamente representada por este soberano.

A intensa disputa desenrolada em torno da questão democrática no século XX se desenvolveu a partir de duas questões principais: primeiro, em relação à desejabilidade da democracia, questão em que se destacam teóricos já citados como Kelsen, Schmitt, Michels e Schumpeter, em que o regime democrático se estabeleceu como um consenso; segundo, em torno das condições estruturais e da forma da democracia.

De acordo com Boaventura de Sousa Santos, o debate sobre o significado estrutural termina por fundar aquilo que ficou conhecido por concepção hegemônica da democracia, cujos principais elementos seriam a valorização da apatia política (Downs); a incapacidade ou desinteresse do cidadão comum para contribuir nas decisões políticas, senão para escolher os líderes que deveriam tomar tais decisões (Schumpeter); a concentração do debate

5 PITKIN, Hannah Fenichel. Representação: palavras, instituições e idéias. **Lua Nova**: revista de Cultura e Política, São Paulo, n. 67, 2006.

6 BARREIROS NETO, Jaime. **A engenharia institucional e o debate contemporâneo da reforma política no Brasil**: análise crítica das propostas e tendências. 2017. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

democrático na questão dos desenhos eleitorais (Lijphart); e o tratamento do pluralismo como forma de incorporação partidária e disputa entre as elites (Dahl). No entanto, todos esses elementos se demonstram insuficientes para resolver adequadamente o problema da qualidade da democracia. Nesse sentido, de acordo com Santos,

[...] a expansão global da democracia liberal coincidiu com uma grave crise desta nos países onde mais se tinha consolidado, uma crise que ficou conhecida como a da dupla patologia: a patologia da participação, sobretudo em vista do aumento dramático do abstencionismo; e a patologia da representação, o fato de os cidadãos se considerarem cada vez menos representados por aqueles que elegeram<sup>7</sup>.

Conforme noticia Barreiros Neto, a partir das duas grandes guerras e do colapso econômico gerado pela quebra da bolsa de valores de Nova Iorque em 1929, observa-se uma tendência de ampliação das esferas da democracia a partir de conquistas como a participação feminina na política, a admissão da participação de pessoas com baixo grau de escolaridade e renda e a garantia do voto secreto. Neste contexto, se empreende uma revisão da ideia de representação política para aproximá-la da concepção de participação, ideias anteriormente consideradas antagônicas<sup>8</sup>.

Bernard Manin afirma que Rousseau condenava a representação por entender que existiria uma grande diferença entre um povo livre criando as suas próprias leis e um povo elegendo representantes para criá-las. Do mesmo modo, que Madison y Siéyès – em que pese as grandes diferenças de sua educação, contexto político e pensamento constitucional – apontavam as diferenças entre governos representativos e democráticos em termos similares<sup>9</sup>.

Dahl anota que, em que pese ter sido concebida como uma prática não democrática, a literatura política paulatinamente passou a reconhecer que a união de um sistema democrático com a ideia de um sistema de governo pautado no princípio da repre-

7 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. São Paulo: Civilização Brasileira, 2002, p. 42.

8 BARREIROS NETO, Jaime. **A engenharia institucional e o debate contemporâneo da reforma política no Brasil**: análise crítica das propostas e tendências. 2017. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

9 MANIN, Manin. **Los principios del gobierno representativo**. Madrid: Alianza Editorial, 2008.

sentação poderia refundar as possibilidades conhecidas sobre o governo popular.

Em poucas gerações desde Montesquieu e Rousseau, a representação foi amplamente aceita pelos democratas e republicanos como uma solução que eliminou os antigos limites ao tamanho dos Estados democráticos e transformou a democracia, de uma doutrina adequada apenas para as cidades-Estado pequenas e em rápida extinção, para uma doutrina aplicável aos grandes Estados nacionais da era moderna<sup>10</sup>.

No modelo liberal de representação, a ideia de representação-mandato ganha um novo contorno: a necessidade de proteção dos interesses fundamentais da comunidade política se sobrepondo à defesa dos interesses individuais. Isso requer a superação de um modelo puramente representativo e a necessidade de participação mais ativa do povo na vida política do Estado. Mesmo porque, conforme ressalta Nogueira, numa situação democrática, todos participam e se fazem representar, mas a representação não impossibilita que os representados – individual ou coletivamente – possam participar das decisões públicas, “tanto no sentido de eleger bons representantes e de fiscalizá-los quanto no sentido de exercer pressão e controlar o poder do Estado, quanto enfim no sentido de agir para organizar melhor a comunidade”<sup>11</sup>.

Essa recolocação da questão da participação social no interior do debate democrático se justifica também pelo relevante papel desempenhado pelos movimentos sociais nos processos de democratização dos Estados. Por isso, em conjunto com a ampliação (ou, em alguns casos, restauração) da democracia, houve também um processo de redefinição do seu significado cultural ou da gramática social vigente.

Para Boaventura de Sousa Santos, os casos de democracia participativa “iniciam-se com uma tentativa de disputa pelo significado de determinadas práticas políticas, por uma tentativa de ampliação da política”.<sup>12</sup> O autor ainda menciona que “durante o processo brasileiro de democratização e de constituição de atores

10 DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 44.

11 NOGUEIRA, M. A. Potências, limites e seduções do poder. São Paulo: UNESP, 2008, p. 115.

12 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. São Paulo: Civilização Brasileira, 2002, p. 56.



comunitários surgiu de modo semelhante a ideia do ‘direito a ter direitos’ como parte da redefinição dos novos atores sociais”<sup>13</sup>, demonstrando que experiências significativas de mudança estrutural na democracia tem sua origem em movimentos sociais que questionam as práticas sociais de exclusão por meio de ações que possibilitem o controle do governo pelos cidadãos.

Entusiasta da ideia de participação, Paulo Bonavides define a democracia participativa como uma nova forma de Estado, que seria uma versão acabada do Estado social: o Estado democrático participativo. Para o autor, essa realidade se demonstra potencial defensora das bandeiras de soberania, igualdade e justiça social<sup>14</sup>.

Assim, sob a perspectiva da democracia participativa, é necessário que o engajamento cívico supere (mas não exclua) o mero ato de escolher um representante por meio do voto e evolua no sentido de se estabelecer um sentimento comunitário de construção conjunta. Nesse sentido, compreendendo que o Estado e a sociedade civil não são entidades distintas, além de escolher e fiscalizar os representantes, os representados devem agir para interferir diretamente na tomada de decisões, por meio do estabelecimento de negociações, de pressão popular e de atos de contestação<sup>15</sup>.

No entanto, em que pese tratar-se de um dos mais festejados modelos de democracia traçados no período contemporâneo, sobretudo por valorizar o poder constituinte do povo e o exercício da soberania popular, uma vez que seu desenho se baseia numa maior aproximação do povo dos núcleos do poder, limitações também são apontadas, mormente no sentido de que a criação de novos meios de exercício do sufrágio (a exemplo da promoção de consultas populares como plebiscitos e referendos) não seria suficiente para romper com o modelo minimalista. Nesse sentido, em vistas de promover um maior envolvimento dos atores sociais na estrutura política, por meio de um debate público informado e da formação de consensos em discursos racionais, desenvolve-se a perspectiva deliberativa de democracia.

13 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. São Paulo: Civilização Brasileira, 2002, p. 56.

14 BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

15 NOGUEIRA, M. A. Potências, limites e seduções do poder. São Paulo: UNESP, 2008.

### 3 O MODELO DELIBERATIVO DE DEMOCRACIA NA PROPOSTA DE JÜRGEN HABERMAS

Ainda que diversificado seja o rol dos estudiosos que se propuseram a formular contribuições sobre esse modelo democrático, será Jürgen Habermas o responsável pelo mais fundamental trabalho no sentido de buscar estabelecer uma maneira de superar o déficit democrático de uma visão meramente representativa e operacionalizar o ideal de soberania popular pela deliberação.

O desenvolvimento da teoria habermasiana tem início na obra *Mudança Estrutural da Esfera Pública*<sup>16</sup>. Nessa obra, Habermas busca demonstrar que o desenvolvimento do capitalismo mercantil na Europa do século XVII provocou a emergência de um espaço entre a esfera privada e o Estado, que se caracteriza pela existência de uma discussão livre e racional do exercício da autoridade política.

Entre as transformações apontadas por Habermas, destaca-se uma modificação da forma como a burguesia se relaciona com o poder. De acordo com o autor, essa burguesia, que não depende do controle do Estado, renuncia ao exercício direto do governo, mas não abre mão de ter amplo conhecimento das ações tomadas pelos governantes e da prestação de contas do Estado. Essa nova relação da classe burguesa, promove uma grave alteração no sentido de conferir caráter público às relações entre Estado e sociedade e submeter decisões da autoridade estatal a uma crítica racional<sup>17</sup>.

Toda a matriz de pensamento habermasiano se desenvolve tendo como fio condutor a necessidade de uma reconstrução da noção de racionalidade para pensar o problema da integração da sociedade – e, portanto, o problema da diferença<sup>18</sup>.

16 HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. Trad. Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

17 AVRITZER, Leonardo; COSTA, Sérgio. Teoria crítica, democracia e esfera pública: concepções e usos na América Latina. **Dados** (Rio de Janeiro), Rio de Janeiro, v. 47, p. 703-728, 2004; SANTOS, Wanderson Barbosa. Participação coletiva e arenas de deliberação: sobre o conceito de esfera pública em Jürgen Habermas. **Abordagens**, v. 1, p. 84-107, 2020.

18 PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emilio Medaur. **Teoria do Direito Contemporânea**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019. Neste sentido, Cattoni de Oliveira alerta que a proposição teórica de Habermas não se vincula “a um único ponto de vista disciplinar, mas, pelo contrário, permanece aberta a diferentes pontos de vista metodológicos (participante x observador), a diferentes objetivos teóricos (explicação interpretativa e análise conceitual x descrição e explicação empírica), a diferentes papéis sociais (do juiz, dos políticos, dos legisladores, dos clientes e dos cidadãos) e a diferentes atitudes pragmáticas de pesquisa (hermenêuticas, críticas, analíticas, etc.), a fim de que uma abordagem normativa não perca o seu contato com a realidade, nem

Em Habermas, o ponto de partida é que a implementação do projeto emancipador da modernidade, antecipado pelo iluminismo, ainda não está concluído. Assim, inserto em um movimento que ficou conhecido na história da filosofia como *giro linguístico*, Habermas apresenta uma proposta de compreensão da racionalidade que coloca em xeque a racionalidade instrumental destacada, principalmente, nos estudos de Max Weber, para contrapô-la à compreensão de que “a racionalidade não apenas está dirigida a execução de tarefas – isto é, a busca dos meios para se alcançar um fim predeterminado – mas envolve também a busca por um entendimento mútuo entre indivíduos”<sup>19</sup>.

Habermas se convence que tanto a democracia quanto o direito assumem papel decisivo na superação da filosofia da consciência e, conseqüentemente, na conclusão do projeto da modernidade. Nesse sentido, a compreensão da ideia democrática parte depende da análise dos vários elos que se estabelecem entre três elementos: discurso, direito e democracia<sup>20</sup>.

Isso porque, para Habermas, discurso e democracia estão definitivamente vinculados e devem ser mediados pelo Direito. Assim, a partir de uma institucionalização jurídica, o princípio do discurso se converte em princípio da democracia. Conforme relatam Pedron e Ommati, Habermas compreenderá que, além de limitar ações estratégicas por meio de imposição de sanções – revelando a tensão entre faticidade e validade –, o Direito também é capaz de organizar os sistemas econômico e administrativo, “equilibrando-os com a racionalidade comunicativa de forma a conferir legitimidade aos seus imperativos funcionais e a integrá-los nos processos de manutenção da ordem social”<sup>21</sup>.

Dessa maneira, compreendendo que todo poder político se extrai do poder comunicativo dos cidadãos e que a democracia e o discurso colhem a sua fundamentação na mesma fonte, Haber-

---

uma abordagem exclua qualquer aspecto normativo, mas permaneçam em tensão”. (CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 36-37).

19 PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emilio Medauar. **Teoria do Direito Contemporânea**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019, p. 108.

20 VITALE, Denise. Jürgen Habermas, modernidade e democracia deliberativa. **Caderno CRH**, Salvador, v. 19, n. 48, p. 551-561, Set./Dez. 2006.

21 PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emilio Medauar. **Teoria do Direito Contemporânea**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019, p. 120. HABERMAS, Jürgen. **Faticidade e Validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rurióon Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020.

mas estabelece uma teoria procedimental em que a legitimidade das previsões jurídico-normativas depende da existência de um processo democrático de legislação.

Ao passo que o princípio do discurso prevê que as normas que pretendem validade precisam encontrar o assentimento de todos os potencialmente atingidos, o princípio da democracia tem o condão de assegurar a formação política racional da opinião e da vontade dos cidadãos por meio da institucionalização de um sistema de direitos que garanta a igual participação de todos no processo de deliberação pública<sup>22</sup>. Na institucionalização jurídica de procedimentos que sejam capazes de garantir esses princípios reside a importância decisiva do Direito.

Conforme lição de Denise Vitale, o conceito de democracia deliberativa proposto por Habermas pode ser melhor compreendido partindo da distinção estabelecida entre as visões republicana e liberal. Ensina a autora que Habermas entende a sua concepção de política deliberativa em uma posição intermediária entre esses dois modelos de pensamento:

Assim como a visão republicana, a saída procedimental pelas vias do discurso compreende a democracia como um processo essencialmente comunicativo, atribuindo posição central na dinâmica de formação da opinião e da vontade política coletiva. No paradigma democrático permanece no diálogo e não a competição de interesses, típica do mercado.

[...]

A redução do excesso de carga ética e a introdução criteriosa de processos de compromissos a partir de interesses, na concepção democrática, permitem uma saída menos idealista do que a republicana e menos utilitária do que a liberal<sup>23</sup>.

Se a visão republicana compreende a cidadania como um coletivo que reflete o todo e a visão liberal concede as individualidades como dependentes de processos sistêmicos, a visão procedimental habermasiana se baseia na perspectiva da diluição da

22 HABERMAS, Jürgen. **Faticidade e Validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Ruriön Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. O Direito e as formas de integração social desde a teoria do discurso de Jürgen Habermas. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 4, n. 01, p. 42-62, 13 out. 2017.

23 VITALE, Denise. Jürgen Habermas, modernidade e democracia deliberativa. **Caderno CRH**, Salvador, v. 19, n. 48, p. 551-561, Set./Dez. 2006, p. 556.

soberania popular nas redes de comunicação e nas deliberações institucionalizadas.

Assim, se a majoração do bem comum é o parâmetro pelo qual devem ser considerados os argumentos em favor ou desfavor de determinada decisão política, a proposta deliberativa/discursiva<sup>24</sup> habermasiana se contrapõe também aos preceitos fundamentais das concepções elitista e pluralista, que se baseiam na proteção dos interesses de determinados grupos<sup>25</sup>.

De forma sistemática, é possível apontar quatro características centrais na abordagem habermasiana acerca da democracia deliberativa/discursiva: a definitiva vinculação da ideia de deliberação democrática aos postulados da teoria do discurso, substituindo uma perspectiva individualista de escolha racional; a inexistência de valores predefinidos, que apenas serão estabelecidos por consenso através de deliberação; a consciência de que todos são destinatários da deliberação e podem influenciar o poder político institucionalizado; e o caráter provisório das decisões, sempre passíveis de revisão por meio de novos consensos<sup>26</sup>.

Dentre os principais interlocutores de Habermas, cabe destacar posição assumida por John Rawls – um expoente do liberalismo político – para quem a discussão acerca da democracia depende de uma maior preocupação com uma concepção substantiva de justiça, para além do mero procedimentalismo.

Visando estabelecer um procedimento político para pensar a justiça como um fenômeno concreto, Rawls parte do modelo que denomina de construtivismo kantiano e apresenta ideia de *posição original* como um modelo dentro do qual as pessoas, virtualmente, chegariam a um pacto em que se levasse a sério o pluralismo sobre as concepções de vida de cada um.

Na justiça como equidade a posição original de igualdade corresponde ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato social. Essa posição original não é, obviamente, concebida como uma situação histórica real, muito menos como uma condição primitiva da cultura. É entendida como

24 O autor utiliza as duas denominações.

25 VITALE, Denise. Jürgen Habermas, modernidade e democracia deliberativa. **Caderno CRH**, Salvador, v. 19, n. 48, p. 551-561, Set./Dez. 2006.

26 GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição**: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013. BARREIROS NETO, Jaime. Esfera pública e procedimentalismo: considerações sobre o modelo de democracia de Jürgen Habermas e sua aderência aos princípios norteadores da Constituição de 1988. **Populus**, v. 1, p. 165-183, 2015.

uma situação puramente hipotética caracterizada de modo a conduzir uma certa concepção de justiça. Entre as características essenciais dessa situação está o fato de que ninguém conhece seu lugar na sociedade, a posição de sua classe ou o *status* social e ninguém conhece sua sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência, força, e coisas semelhantes. Eu até presumirei que as partes não conhecem suas concepções do bem ou suas propensões psicológicas particulares. Os princípios da justiça são escolhidos sob um véu de ignorância. Isso garante que ninguém é favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios pelo resultado do acaso natural ou pela contingência de circunstâncias sociais. Uma vez que todos estão numa situação semelhante e ninguém pode designar princípios para favorecer sua condição particular, os princípios da justiça são o resultado de um consenso ou ajuste equitativo. Pois dadas as circunstâncias da posição original, a simetria das relações mútuas, essa situação original é equitativa entre os indivíduos tomados como pessoas éticas, isto é, como seres racionais com objetivos próprios e capazes, na minha hipótese, de um senso de justiça. A posição original é, poderíamos dizer, o *status quo* inicial apropriado, e assim os consensos fundamentais nela alcançados são equitativos. Isso explica a propriedade da frase “justiça como equidade”: ela transmite a ideia de que os princípios de justiça são acordados numa situação inicial que é equitativa. A frase não significa que os conceitos de justiça e equidade sejam a mesma coisa, assim como a frase “poesia como metáfora” não significa que os conceitos de poesia e metáfora sejam a mesma coisa<sup>27</sup>.

Compreendendo a diversidade como uma marca fundamental das sociedades contemporâneas, Rawls se opõe a autores anteriores que defendiam que só seria possível a democracia entre iguais<sup>28</sup> e defende a individualidade e o pluralismo. Partindo dessa premissa, progride no sentido de que a justificativa para que a sociedade se mantenha coesa é a existência de pactos racionais estabelecidos

27 RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 13-14.

28 No que se destaca, como anteriormente asseverado, Carl Schmitt.

entre os membros, uma vez que não se encontrou racionalmente uma forma de organização mais bem-sucedida do que a forma de um consenso sobreposto (ou um consenso por justaposição)<sup>29</sup>.

Rawls destaca que, localizados na *posição original*, os membros da comunidade perceberiam a necessidade de formalização desse consenso sobreposto para estabilidade do pacto do fundador dessa sociedade. Isso se dá, no empreendimento teórico do autor, a partir de uma metáfora: o véu da ignorância.

Esse “véu da ignorância” impede os participantes de conhecer suas características como gênero, idade, classe social, sorte, ou qualquer capacidade como inteligência, força ou outra aptidão. Desse modo, todos seriam levados a se direcionar para alcançar um acordo capaz de considerar imparcialmente os pontos de vista de todos os participantes e poderiam concordar racionalmente com a existência de dois princípios de justiça<sup>30</sup>.

O primeiro princípio básico, hierarquicamente superior aos demais, para que o consenso sobreposto possa ser organizado princípio da liberdade, segundo o qual “cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que sejam compatíveis com o sistema de liberdade para as outras”<sup>31</sup>. O segundo princípio (da igualdade) pressupõe a existência de desigualdades sociais e econômicas, mas prevê que elas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo “consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável (princípio da diferença)”<sup>32</sup> e “vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos (princípio da igualdade de oportunidades)”<sup>33</sup>.

É importante anotar que há muitos acordos teóricos entre John Rawls e Jürgen Habermas. O fato de ambos se contraporem ao realismo jurídico e se postarem firmes na defesa de uma concepção pública da justiça típica das sociedades contemporâneas, definidas como democráticas e pluralistas (mesmo porque o liberalismo político ressalta a necessidade de uma justificação pública da

29 RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

30 GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Ao trabalhar com os princípios de justiça, Rawls afirma que trata-se de um caso especial de uma concepção mais geral de justiça expressa como: “Todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais da autoestima – devem ser distribuídos igualmente a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga vantagens para todos”. (RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 66).

31 RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 64.

32 RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 64.

33 RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 64.



concepção de justiça<sup>34</sup>) pode ser apontado como o principal destes acordos. No entanto, há também um afastamento fundamental: o modo como cada autor compreende o procedimento adequado para a justificação normativa da democracia. Isto porque enquanto Habermas utiliza a condição ideal de fala, Rawls cria a condição hipotética da posição original<sup>35</sup>.

Naquilo que chamou de “um debate familiar”, Habermas critica a ideia de posição original por entender que, mesmo escolhendo princípios equitativos de justiça, as partes que estão nessa posição original decidem de forma racional, mas são limitadas pela própria situação proposta. Opõe que as partes que integram a posição original só compreenderiam o verdadeiro sentido deontológico dos princípios de justiça, se possuíssem capacidades cognitivas que vão muito além da autonomia racional<sup>36</sup>.

Segundo Habermas, para suprir essa limitação, Rawls sobrecarregou a posição original de fortes pressuposições morais. Com isso, o estabelecimento dos princípios de justiça fica muito mais dependente de pressupostos que fundamentam o estabelecimento da posição original do que da efetiva deliberação das partes envolvidas na construção, o que, na visão habermasiana, poderia ser resolvido pela aproximação a uma teoria mais procedimental<sup>37</sup>.

A preocupação fundamental da democracia deliberativa/discursiva de Habermas é o modo como as regras do jogo democrático podem ser racionalmente fundamentadas pelos cidadãos. Habermas entende que a fundamentação do governo pela representação advinda do voto, assumida pela teoria democrática convencional, não é suficiente resolver a questão da legitimidade em sociedades democráticas contemporâneas, de maneira que vê na teoria do discurso a possibilidade propositiva para alcançar um procedimento ideal para a deliberação e tomada de decisão que possa fundamentar e legitimar as regras democráticas<sup>38</sup>.

34 RAWLS, John. **O liberalismo político**. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

35 CÁRCOVA, Carlos Maria. **As teorias jurídicas pós-positivistas**. Belo Horizonte: Letramento, 2016. ORBEN, Douglas João. Jürgen Habermas e John Rawls: um debate sobre o liberalismo político. **Kínesis**, Vol. VIII, nº 19, Ed. Especial, Dezembro 2016, p.1-18

36 HABERMAS, Jurgen; RAWLS, John. **Debate sobre el liberalismo político**. Trad. Gerard Vliar Roca. Barcelona: Paidós, 1998.

37 HABERMAS, Jurgen; RAWLS, John. **Debate sobre el liberalismo político**. Trad. Gerard Vliar Roca. Barcelona: Paidós, 1998.

38 FARIA, Claudia Feres. Democracia deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman. **Lua Nova**, São Paulo, v. 50, p. 47-67, 2000.

Associando considerações pragmáticas, discursos de auto-compreensão e de justiça, esse procedimento democrático “fundamenta o pressuposto de que resultados racionais e justos serão obtidos por meio de um fluxo de informação relevante cujo emprego não deve ser obstruído”<sup>39</sup> e deve ser operacionalizado mediante a institucionalização dos procedimentos e das condições de comunicação, além de depender da relação de processos deliberativos com as opiniões públicas informalmente constituídas.

Portanto, na democracia deliberativa/discursiva habermasiana, os procedimentos e pressupostos comunicativos que viabilizam a formação da vontade e da opinião são as fontes de legitimação do processo democrático. Assim, a vontade e opinião democrática funcionam como canais de racionalização das decisões do governo e monitoram o exercício do poder político<sup>40</sup>.

#### **4 JOSHUA COHEN E A POLIARQUIA DIRETAMENTE DELIBERATIVA**

A concepção de democracia deliberativa assumida por Cohen compartilha de muitas das premissas teóricas assumidas por Habermas, notadamente no ceticismo em relação à capacidade das democracias convencionais – pautadas em um ideal de representação competitiva – de reunir e responder adequadamente às demandas dos cidadãos comuns. Para o autor

As idéias radical-democráticas estão vinculadas a duas linhas do pensamento democrático. Primeiramente, com Rousseau, os democratas radicais estão comprometidos com uma participação mais ampla nas decisões públicas. Os cidadãos devem ter uma atuação direta mais importante nas escolhas públicas ou, ao menos, engajar-se mais profundamente nas questões políticas substantivas, tendo a garantia de que suas preocupações e opiniões serão efetivamente ouvidas e atendidas por parte dos administradores públicos. Em segundo lugar, os democratas radicais enfatizam a deliberação. Ao invés de uma política de poder e interesse, são a favor de uma democracia mais deliberativa, em que os cidadãos abordam os pro-

39 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade, volume II; tradução: Flávio Beno Siebeneichler – Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, p. 19.

40 FARIA, Claudia Feres. *Democracia deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman*. **Lua Nova**, São Paulo, v. 50, p. 47-67, 2000.

blemas públicos por meio de um pensar conjunto sobre a melhor maneira de resolvê-los – e em que, como disse Jürgen Habermas, não há força em ação, “exceto a força do melhor argumento”. O ambicioso objetivo de uma democracia é, em resumo, mover-se de uma estrutura em que impera a barganha, a agregação de interesses e o poder para uma outra, em que a razão comum seja uma força dominante da vida democrática<sup>41</sup>.

Os postulados básicos da concepção de democracia deliberativa de Cohen, no entanto, são formulados por intermédio de um procedimento ideal de deliberação e de tomada de decisão. Para Cohen, o requisito fundamental da associação democrática é a existência de argumentos públicos de cidadãos que compartilham um compromisso para solucionar os problemas por meio de um raciocínio público que deverá ser conduzido no interior de uma moldura estabelecida pelas instituições fundamentais para que essas possam ser consideradas legítimas<sup>42</sup>.

Por outro lado, Cohen também se contrapõe a algumas das ideias habermasianas, sobretudo no que toca à viabilidade de operacionalização da concepção de democracia deliberativa/discursiva defendida por Jürgen Habermas<sup>43</sup>.

Cohen classifica a proposta de Habermas como desencorajadora, na medida em que ela se baseia na capacidade de organização de movimentos sociais que, localizado no exterior da esfera institucionalizada do poder, poderiam detectar temas de interesse popular que estariam fora da agenda pública e propor soluções, influenciando os administradores públicos<sup>44</sup>.

Cohen entende que essa visão é defensiva e insuficiente, de maneira que seria necessário apontar novas formas de participação direta da população no exercício do poder. Segundo o autor,

41 COHEN, Joshua; FUNG, Archon. Democracia Radical. **Política e Sociedade**, v. 6, n. 11, p. 221-237, 2007, p. 222.

42 De uma visão hermenêutica, há que se ressaltar a centralidade do papel exercido pela linguagem nesse processo, uma vez que o laço linguístico é o que assegura a manutenção da coesão dos participantes dessa associação democrática, assim como em qualquer comunidade de comunicação (FARIA, Claudia Feres. Democracia deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman. **Lua Nova**, São Paulo, v. 50, p. 47-67, 2000).

43 AMORIM, Wellington Lima; SILVA, Lilian Lenite. Sobre a democracia deliberativa: Joshua Cohen a Jürgen Habermas. **Ítaca**, v. 26, p. 195-215, 2014; MATA MACHADO, Francisco. O Estado na democracia deliberativa: as raízes de uma antinomia. **Lua Nova**, núm. 95, mayo-agosto, 2015, pp. 225-259 Centro de Estudos de Cultura Contemporânea São Paulo, Brasil

44 COHEN, Joshua. Reflections on Habermas Democracy. **Ratio Juris**, Oxford, v. 12, n. 4, p. 385-416, 1999.

Thus, Habermas interprets popular sovereignty procedurally, as the possible influence on authoritative political decisions of public discourses in an autonomous communicative network, rather than as the direct control of legislation by a determinate and coherent popular will. In this way, the two-track idea identifies a way that authorship of the terms and conditions of political association by free, equal, reasonable citizens can be made compatible with the modern organization of social and political power. Think of the achievement this way: Habermas has shown that the pluralist critique of sovereignty and of a state-centered conception of politics, and associated insights about the importance of social organization in modern democracy (about the social bases of democratic governance), can be freed from the pluralists' own theory of politics as bargaining between and among groups that represent well-defined interests. Those insights can be wedded instead to a conception of politics in which reasoning about the basic terms of association plays a central role. But the marriage requires the idea of the informal, discursive public sphere, in which all can freely participate, and which has the capacity to influence opinion through argument, and thereby shape the agenda of formal politics. This strikes me as a fundamental contribution to democratic thought: a remarkable reconception, with redemptive promise<sup>45</sup>.

45 “Assim, Habermas interpreta a soberania popular procedimentalmente, como a possível influência nas decisões políticas autoritárias dos discursos públicos em uma rede comunicativa autônoma, ao invés do controle direto da legislação por uma vontade popular determinada e coerente. Desse modo, a ideia dupla identifica uma maneira de compatibilizar a autoria dos termos e condições da associação política por cidadãos livres, iguais e razoáveis com a organização moderna do poder social e político. Pense na conquista desta forma: Habermas mostrou que a crítica pluralista da soberania e de uma concepção da política centrada no Estado, e percepções associadas sobre a importância da organização social na democracia moderna (sobre as bases sociais da governança democrática), pode ser libertado da própria teoria da política dos pluralistas como barganha entre grupos que representam interesses bem definidos. Essas percepções podem ser associadas, em vez disso, a uma concepção de política na qual o raciocínio sobre os termos básicos da associação desempenha um papel central. Mas o casamento requer a ideia da esfera pública informal e discursiva, da qual todos podem participar livremente e que tem a capacidade de influenciar a opinião por meio da argumentação e, assim, moldar a agenda da política formal. Isso me parece uma contribuição fundamental para o pensamento democrático: uma reconcepção notável, com promessa redentora. (tradução livre pelo autor) (COHEN, Joshua. Reflections on Habermas Democracy. *Ratio Juris*, Oxford, v. 12, n. 4, p. 385-416, 1999, p. 401-402).

Convencido dessa necessidade, Cohen busca desenhar uma proposta que se preocupe em superar a mera discussão informal com o objetivo de influenciar as decisões tomadas na arena política normal e fornecer um instrumental com o qual seja possível solucionar problemas institucionalmente a partir de ações diretas dos cidadãos. Essa é a ideia fundamental de Poliarquia Diretamente Deliberativa que, idealmente, seria capaz de associar vantagens de aprendizado local e autogoverno com as vantagens de um aprendizado social mais amplo e da maior accountability política proporcionada pela junção dos resultados de experimentos e de diferentes estratégias adotadas<sup>46</sup>.

Nesse sentido, as esperanças não ficam depositadas tão somente na atuação dos administradores ou do Poder Legislativo. Pelo contrário: o Legislativo é visto como uma instituição de limitado poder na resolução de problemas. No entanto, cumpriria a importante função de direcionar as ações poliárquicas diretamente deliberativas.

Assim, caberia ao legislativo dar publicidade às áreas de políticas que estejam abertas à ação da PDD (segurança pública, a educação, a saúde ambiental, a política de descarte e reciclagem, etc.), estabelecer objetivos gerais, organizar as práticas deliberativas e disponibilizar os recursos, mas haveria um espaço de ação direta dos membros da sociedade.

A atividade deliberativa se baseia no diálogo e na decisão conjunta a partir de uma racionalidade compartilhada entre os membros da esfera pública. Trata-se, portanto, de uma atividade cooperativa ocorrida em contexto social específico e que é possível mesmo quando não exista acordo entre os interlocutores, desde que os partícipes estejam dispostos a retornar e cooperar novamente. Nesse sentido, “as razões são públicas quando elas são suficientemente convincentes para motivar cada cidadão, mesmo o desertor, a continuar a cooperar na deliberação independente da decisão política ter sido tomada”<sup>47</sup>.

A ideia de Poliarquia Diretamente Deliberativa se caracteriza, portanto, pela atuação direta dos cidadãos afetados na solução de problemas públicos. Com isso, Cohen se afasta da ideia de deliberação pública restrita a uma possibilidade – por vezes remota

46 COHEN, Joshua. Reflections on Habermas Democracy. **Ratio Juris**, Oxford, v. 12, n. 4, p. 385-416, 1999; FARIA, Claudia Feres. Democracia deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman. **Lua Nova**, São Paulo, v. 50, p. 47-67, 2000.

47 FARIA, Claudia Feres. Democracia deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman. **Lua Nova**, São Paulo, v. 50, p. 47-67, 2000, p. 60.

– de influência na decisão dos representantes eleitos (que, ainda assim, poderiam manter a sua atuação pautada na promoção de vantagens pessoais ou satisfação das demandas postas por grupos de interesse) e insere a deliberação no âmbito concreto das tomadas de decisão.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente a essa breve reconstrução argumentativa de algumas das concepções de democracia de mais relevância desenvolvidas no pensamento contemporâneo, parece seguro concluir que afirmação segundo a qual determinado Estado de Direito é democrático deve transcender a mera repetição da anunciação de que o poder emana do povo.

No contexto democrático, a ideia fundamental da soberania popular é a de que o exercício do poder político necessita de uma legitimação que apenas pode partir do próprio povo. Assim, como já advertia Kelsen, não é suficiente a afirmação de que o poder do Estado se exerce no interesse do povo: a soberania popular se refere à titularidade do poder do Estado.

Assim, a introdução de um modelo de representação democrática necessita de instrumentos que viabilizem a efetiva participação popular na tomada de decisões públicas, de maneira que haja estabilidade política entre os mais diversos grupos que compõem a sociedade. Nesse sentido, os esforços no desenvolvimento de diferentes modelos democráticos se somam com o objetivo crucial de propor um modelo estável de ordenação do poder, garantia de direitos e governabilidade.

Nesse sentido, é possível considerar que o ponto em comum que une definitivamente as propostas deliberativas de Habermas, Rawls, Cohen é a busca por se estabelecer um instrumental capaz de determinar as regras a que o Estado deve se submeter para garantir a inclusão dos indivíduos no debate público. Estariam esses autores, portanto, trabalhando pela construção de uma espécie de compromisso normativo em que a participação dos cidadãos é regida por regras e procedimentos comuns que se desenvolvem por processos comunicativos e normativos que orientam a institucionalização do discurso público. Assim, o poder político faz referência a uma decisão que surge do povo – não no sentido de uma democracia direta – mas na manutenção do controle da instauração e organização do domínio estatal naquele que é o titular do poder constituinte.

## REFERÊNCIAS

AMORIM, Wellington Lima; SILVA, Lilian Lenite. Sobre a democracia deliberativa: Joshua Cohen a Jürgen Habermas. **Ítaca**, v. 26, p. 195-215, 2014.

AVRITZER, Leonardo; COSTA, Sérgio. Teoria crítica, democracia e esfera pública: concepções e usos na América Latina. **Dados** (Rio de Janeiro), Rio de Janeiro, v. 47, p. 703-728, 2004.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. O Direito e as formas de integração social desde a teoria do discurso de Jürgen Habermas. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 4, n. 01, p. 42-62, 13 out. 2017.

BARREIROS NETO, Jaime. **A engenharia institucional e o debate contemporâneo da reforma política no Brasil**: análise crítica das propostas e tendências. 2017. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

BARREIROS NETO, Jaime. Esfera pública e procedimentalismo: considerações sobre o modelo de democracia de Jürgen Habermas e sua aderência aos princípios norteadores da Constituição de 1988. **Populus**, v. 1, p. 165-183, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CÁRCOVA, Carlos Maria. **As teorias jurídicas pós-positivistas**. Belo Horizonte: Letramento, 2016.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

COHEN, Joshua. Reflections on Habermas Democracy. **Ratio Juris**, Oxford, v. 12, n. 4, p. 385-416, 1999.

COHEN, Joshua; FUNG, Archon. Democracia Radical. **Política e Sociedade**, v. 6, n. 11, p. 221-237, 2007.

DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

DOMÍNGUEZ, Hector. Democracia deliberativa en Jürgen Habermas. **Analecta Política**, v. 4, n. 5, p. 301 - 326, 15 dic. 2013.



FARIA, Claudia Feres. Democracia deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman. **Lua Nova**, São Paulo, v. 50, p. 47-67, 2000.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição**: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade, volume II; tradução: Flávio Beno Siebeneichler – Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Faticidade e Validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rurión Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. Trad. Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

HABERMAS, Jürgen; RAWLS, John. **Debate sobre el liberalismo político**. Trad. Gerard Vliar Roca. Barcelona: Paidós, 1998.

HELD, David. **Modelos de Democracia**. Madrid: Alianza Editorial, 2012.

MANIN, Manin. **Los principios del gobierno representativo**. Madrid: Alianza Editorial, 2008.

MATA MACHADO, Francisco. O Estado na democracia deliberativa: as raízes de uma antinomia. **Lua Nova**, núm. 95, mayo-agosto, pp. 225-259 Centro de Estudos de Cultura Contemporânea São Paulo, Brasil, 2015.

NOGUEIRA, M. A. Potências, limites e seduções do poder. São Paulo: UNESP, 2008.

ORBEN, Douglas João. Jürgen Habermas e John Rawls: um debate sobre o liberalismo político. **Kinesis**, Vol. VIII, nº 19, p. 1-18. Ed. Especial, Dezembro 2016.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do Direito Contemporânea**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019.

PITKIN, Hannah Fenichel. Representação: palavras, instituições e idéias. **Lua Nova**: revista de Cultura e Política, São Paulo, n. 67, 2006.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. São Paulo: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, Wanderson Barbosa. Participação coletiva e arenas de deliberação: sobre o conceito de esfera pública em Jürgen Habermas. **Abordagens**, v. 1, p. 84-107, 2020.

VITALE, Denise. Jürgen Habermas, modernidade e democracia deliberativa. **Caderno CRH**, Salvador, v. 19, n. 48, p. 551-561, Set./Dez. 2006.

# **A FRAGILIDADE DA POLÍTICA DE COTAS DE GÊNERO NO BRASIL E O PAPEL DOS PARTIDOS POLÍTICOS**

## **THE FRAGILITY OF GENDER QUOTAS POLICY IN BRAZIL AND THE ROLE OF POLITICAL PARTIES**

Julianna Moreira Reis Garcia Guedes \*

### **RESUMO**

Embora constituam mais de 52% do eleitorado brasileiro, as mulheres ainda são minorias nos espaços políticos de decisão: segundo o TSE, nas eleições de 2018, entre as candidaturas femininas aptas (o que correspondeu a 31,65% do total), mulheres foram eleitas para apenas 16,11% dos cargos. Esse dado precisa ser lido a partir de uma informação importante: desde 1995 o Brasil possui ações afirmativas que estabelecem cotas eleitorais de gênero. O objetivo geral do estudo, então, é verificar de que modo os partidos políticos contribuem para a fragilidade da política de cotas de gênero no Brasil. Como objetivos específicos, apresentam-se: a) demonstrar a importância da fixação de cotas para o equilíbrio de situações de exclusão política; b) apresentar as políticas afirmativas de cotas eleitorais para mulheres no Brasil e seus incrementos ao longo do tempo, com análise de legislação e jurisprudências correlatas; c) identificar, com base no Relatório Atenea da ONU MULHERES, como os partidos políticos contribuem para a fragilidade dessas políticas. Trata-se de pesquisa descritiva de abordagem qualitativa e de procedimento bibliográfico e documental.

Palavras-chave: cotas de gênero; fragilidade; Relatório Atenea; partidos políticos.

---

\* Mestre em Direito Público pela UNISINOS. Especialista em Direito Eleitoral pela UFPI/EJE-PI. Bacharel em Direito pela UESPI. Servidora do Tribunal Superior Eleitoral. Professora de Metodologia Científica de pós-graduação.

## ABSTRACT

Although they constitute more than 52% of the Brazilian electorate, women are still minorities in political decision-making spaces: according to the TSE, in the 2018 elections, among the eligible female candidates (which corresponded to 31.65% of the total), women were elected to only 16.11% of the positions. This data needs to be read based on important information: since 1995, Brazil has had affirmative actions that establish gender electoral quotas. The general objective of the study, then, is to verify how political parties contribute to the fragility of the gender quota policy in Brazil. As specific objectives, the following are presented: a) to demonstrate the importance of setting quotas to balance situations of political exclusion; b) present the affirmative policies of electoral quotas for women in Brazil and their increments over time, with an analysis of legislation and related jurisprudence; c) identify, based on the UN WOMEN's Atenea Report, how political parties contribute to the fragility of these policies. This is a descriptive research with a qualitative approach and a bibliographic and documentary procedure.

Keywords: gender quotas; fragility; Athena Report; political parties.

## 1 INTRODUÇÃO

No Brasil, as mulheres só adquiriram o direito ao voto em 1932 e, no decorrer do século XX, o voto das mulheres foi ganhando cada vez mais peso, até que, nas eleições do ano 2000, o eleitorado feminino brasileiro superou pela primeira vez o masculino em números absolutos. Em 2018, as mulheres corresponderam a 52,5% do eleitorado nacional, segundo as estatísticas do Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

Embora constituam mais de 52% do eleitorado brasileiro, as mulheres ainda são minorias nos espaços políticos de decisão: ainda segundo o TSE, nas eleições de 2018, entre as candidaturas femininas aptas (o que correspondeu a 31,65% do total), mulheres foram eleitas para apenas 16,11% dos

cargos. Esse dado precisa ser lido a partir de uma questão importante: desde 1995 o Brasil possui ações afirmativas que estabelecem cotas eleitorais de gênero.

Nessa perspectiva, não faltam questionamentos sobre a fragilidade dessas políticas e o que pode ser melhorado para que se façam presentes as mulheres no parlamento brasileiro. O presente estudo, de forma singela, pretende contribuir verificando de que modo os partidos políticos contribuem para a fragilidade da política de cotas de gênero no Brasil.

Para isso, faz-se importante demonstrar a importância da representação para a inclusão de grupos, assumindo que uma política de presença é importante para equilibrar situações de exclusão política, pelo que se admite a fixação de cotas. Isso será desenvolvido na primeira seção do trabalho.

Na segunda parte, o objetivo é apresentar as políticas afirmativas de cotas eleitorais para mulheres no Brasil e seus incrementos ao longo do tempo, com análise de legislação e jurisprudências correlatas do TSE e do Supremo Tribunal Federal (STF). No último momento do estudo, com base no Relatório Atenea da ONU MULHERES, o objetivo é identificar como os partidos políticos contribuem para a fragilidade dessas políticas.

Trata-se de pesquisa descritiva de abordagem qualitativa e de procedimento bibliográfico e documental.

## **2 A INCLUSÃO SOCIAL DE GRUPOS PELA VIA DA REPRESENTAÇÃO**

Após a primeira fase de proteção dos direitos humanos, em que se observa a proteção geral, genérica e abstrata do indivíduo como expressão do temor à diferença, percebe-se a necessidade de conferir a certos grupos uma proteção diferenciada, em face de sua vulnerabilidade.

Podem ser entendidos como vulneráveis, vale mencionar, grupos e indivíduos que estejam em situação de invisibilidade social como sujeitos de quaisquer direitos ou em fase de construção de sua identidade ou, ainda, em processo de luta pela conquista da ampliação da garantia ou da realização

de direitos humanos específicos. Tais grupos são minorias no quesito representação política – “condição para fazer os direitos de cada segmento da sociedade”<sup>2</sup>.

Nesse sentido, a identidade é o modo “como os indivíduos percebem-se a si mesmos dentro de um conjunto de representações sociais através das quais se enxergam pertencendo a um grupo social”<sup>3</sup>. Para Woodward, a identidade é construída a partir da diferença, ou seja, uma identidade se constitui como tal ao ser diferente da outra. A identidade, portanto, é relacional, forjada a partir da oposição entre os grupos<sup>4</sup>.

Esse processo de percepção da diferença e identificação com os semelhantes vai construindo o pluralismo identitário. Os espaços a serem ocupados pelos indivíduos dentro da sociedade, portanto, serão definidos a partir de suas identidades, mas organizados e disputados a partir de relações de poder. A tradução dessa equação vai resultar em sistemas classificatórios e hierarquizantes – em que algumas identidades acabarão ocultadas e oprimidas<sup>5</sup>.

A percepção dessa situação de opressão por parte dos grupos gera reivindicações pela eliminação de desigualdades sociais. Não basta estabelecer as diferenças, especificando os sujeitos de direito (e lhes distribuindo<sup>6</sup> bens e direitos, tal como descrito no tópico anterior), sendo necessária também uma política das diferenças, como uma maneira de dar-lhes visibilidade, como estabelece Young<sup>7</sup>. É assim que surge uma nova concepção de inclusão por meio da representação<sup>8</sup>.

2 CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. *Curso de Direitos Humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 191.

3 PINHEIRO, Marina Brito. *Os dilemas da inclusão de minorias no parlamento brasileiro: a atuação das frentes parlamentares e bancadas temáticas no congresso nacional*. 2010. 199 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) -- Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010.

4 WOODWARD, Kathryn. Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual. In: SILVA, Tomas Tadeu da (org.). *Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. Petrópolis: Vozes, 2000.

5 PINHEIRO, op. cit.

6 Aqui, uma referência à crítica de Young à teoria da “justiça como equidade” de Rawls, no sentido de que poder, oportunidades e auto-respeito são bens não materiais que não são mensuráveis quantitativamente e não podem ser apreendidos pela lógica distributiva. YOUNG, Iris Marion. *Justice and the politics of difference*. Princeton, Princeton University Press, 1990.

7 Ibid.

8 Discorrer sobre institutos e transformações históricas que permeiam a representação é inviável nesse estudo, mas indica-se, para aprofundamento no tema, a obra PITKIN, Hannah. *The Concept of Representation*. Berkely, University of California Press, 1967.

Uma das primeiras formas de se lidar com a ausência das categorias sociais vulneráveis nos espaços públicos de decisão política é o conceito de representação descritiva, que remete à noção de que os representantes eleitos em uma comunidade política devem ter as mesmas características de seus constituintes. Assim, mulheres deveriam ser representadas por mulheres, negros por negros, pobres por pobres,<sup>9</sup> pessoas com deficiência por pessoas com deficiência e assim por diante.

Trata-se da lógica da representação como um espelho, da qual se pode extrair que os membros de determinado grupo estão mais aptos a representar uns aos outros, já que partilham visões de mundo<sup>10</sup>. Por meio dessa lógica, “um organismo representativo deve parecer uma cópia do organismo social em que se insere, de modo que deve conter membros dos grupos sociais óbvios na proporção em que eles são encontrados na sociedade em geral”<sup>11</sup>.

Pitkin propõe uma discussão acerca da efetividade da representação descritiva, ponderando que a ênfase dessa abordagem consiste na necessidade de se alcançar uma “composição correta da legislatura”, sem considerar questões relacionados ao que os representantes farão depois de serem escolhidos. A autora acredita num modelo de representação baseada no “agir para”, ou seja, no modo como os representantes se relacionam com os representados e, principalmente, se os primeiros são capazes de colocar as perspectivas e as demandas dos últimos em discussão nos espaços políticos institucionais<sup>12</sup>.

Essa discussão sobre a representação descritiva ser um obstáculo em si mesma é aprofundada por Phillips<sup>13</sup>, quando

9 PINHEIRO, op. cit.

10 PITKIN, Hannah. *The Concept of Representation*. Berkely, University of California Press, 1967.

11 YOUNG, Iris Marion. *Justice and the politics of difference*. Princeton, Princeton University Press, 1990.

12 BARBOSA, Laura Gomes. Representação política feminina: alguns referenciais teóricos. CSOnline – *Revista Eletrônica de Ciências Sociais*, Juiz de Fora, n. 21, 29. set. 2017.

13 PHILLIPS, Anne. De uma política de ideias a uma política de presença? *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 9, n. 1, p. 268, jan. 2001. ISSN 1806-9584. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/SO104-026X2001000100016>. Acesso em: 6 ago. 2020.



enfrenta a política de ideias e a política de presença. Para Phillips, quando os representados optam por políticos que vão ao encontro de suas ideias e crenças, é aceitável que estes não reflitam os atributos daqueles. Contudo, ela assume que uma política de presença é importante para equilibrar situações de exclusão política. Embora um sistema justo de representação seja aquele capaz de relacionar ideias e presença, a autora admite que a fixação de cotas deve ser pensada como medida “provisória”, necessária apenas para corrigir desigualdades históricas.

Na sequência, trataremos sobre os instrumentos de garantia de representatividade feminina no Brasil.

### **3 POLÍTICAS AFIRMATIVAS DE COTAS ELEITORAIS PARA MULHERES NO BRASIL**

Como reflexão da fase de proteção dos direitos humanos, em que se confere a certos grupos uma proteção diferenciada, em face de sua vulnerabilidade, surgem documentos internacionais e nacionais de proteção à mulher.

A Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher de 1953 garantiu o direito das mulheres ao voto, o de serem elegíveis e o de ocuparem cargos públicos, em igualdade de condições com o direito dos homens. Além disso, a ONU aprovou, em 1979, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Especificamente sobre a participação feminina na política, tal convenção dispõe em seu art. 7º que os Estados-Partes tomarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na vida política e pública do país, garantindo, especialmente, em igualdade de condições com os homens, o direito a:

a) Votar em todas as eleições e referenda públicos e ser elegível para todos os órgãos cujos membros sejam objeto de eleições públicas;

b) Participar na formulação de políticas governamentais e na execução destas, e ocupar cargos públicos e exercer todas as funções públicas em todos os planos governamentais;

c) Participar em organizações e associações não-governamentais que se ocupem da vida pública e política do país.

A IV Conferência Mundial sobre a Mulher<sup>14</sup>, ocorrida em Pequim, em 1995 considerou, em sua declaração e plataforma de ação<sup>15</sup>, documento mais conhecido como Plataforma de Beijing, a “desigualdade entre mulheres e homens no exercício do poder e na tomada de decisões em todos os níveis” como uma “área crítica de especial preocupação” a demandar a adoção de medidas estratégicas pelos governos, pela comunidade internacional e pela sociedade civil, incluindo as organizações não governamentais e o setor privado.

Como reflexo, surgiram diversos movimentos e políticas afirmativas com o intuito de promover o incremento da participação das mulheres no processo político.

No Brasil, a Lei nº 9.100, de 29 de setembro de 1995, que estabeleceu normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, trouxe a previsão, em seu art. 11, § 3º, de que 20%, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deveriam ser preenchidas por candidaturas de mulheres.

Em 30 de setembro de 1997, a Lei nº 9.504, mais conhecida como Lei das Eleições, trouxe inovações no sistema de cotas, declarando, no § 3º de seu art. 10, a reserva de, no mínimo, 30% e, no máximo, 70% das vagas para candidaturas de cada sexo nas eleições municipais, estaduais e federais pelo sistema proporcional. Como se percebe, houve um aumento da porcentagem estabelecida como mínima para cada sexo (não sendo mais utilizada a nomenclatura “candidatura de mulheres”).

O dispositivo foi alterado pela Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009, passando a exigir dos partidos e coligações que, em vez de simplesmente “reservarem” vagas, efetivamente preenchessem “o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo”.

14 Em 1975, 198 e 1985, ocorreram, respectivamente, a I, a II e a III Conferências Mundiais das Mulheres.

15 ONU MULHERES. *Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher*. Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao\\_pequim.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf). Acesso em: 7 abr. 2020.

Em 1º de março de 2018, o TSE, em julgado histórico, respondendo à Consulta nº 0604054-58.2017.6.00.0000, formulada pela Senadora Maria de Fátima Bezerra, assentou o entendimento de que a expressão “cada sexo” mencionada no art. 10, § 3º, da Lei 9.504/97 “deve se referir ao gênero, e não ao sexo biológico, de forma que tanto os homens como as mulheres transexuais podem ser contabilizados nas respectivas cotas de candidaturas masculina ou feminina, porquanto a apuração do sexo, para fins eleitorais, constitui, entre outros aspectos, evidente violação da intimidade”. O voto, de Relatoria do Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, foi acompanhado à unanimidade pelos demais membros da Corte.

No exercício de seu poder regulamentar, o TSE editou, em 18 de dezembro de 2019, a Resolução nº 23.609, que dispõe sobre a escolha e o registro de candidatos para as eleições. Como reflexo daquela consulta, o § 2º do art. 17 da resolução estabeleceu que “Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido político preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada gênero”. Utilizou-se aqui, portanto, a expressão “cada gênero” e não “cada sexo” como consta no art. 10, § 3º, da Lei 9.504/97. A Resolução nº 23.675, de 16 de dezembro de 2021, manteve a redação.

Em 29 de setembro de 2015, a Lei nº 13.165, em seu art. 9º, estabeleceu que, nas três eleições seguintes à sua publicação, os partidos reservarão, em contas bancárias específicas para este fim, no mínimo 5% (cinco por cento) e no máximo 15% (quinze por cento) do montante do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais para aplicação nas campanhas de suas candidatas, incluídos nesse valor os recursos a que se refere o inciso V do art. 44 da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995<sup>16</sup>.

16 A Lei nº 13.877, de 27 de setembro de 2019 alterou a redação do dispositivo: “Art. 44. Os recursos oriundos do Fundo Partidário serão aplicados: [...]V - na criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, criados e executados pela Secretaria da Mulher ou, a critério da agremiação, por instituto com personalidade jurídica própria presidido pela Secretária da Mulher, em nível nacional, conforme percentual que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 5% (cinco por cento) do total; [...]”.

No entanto, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.617, em 15.03.2018, o Supremo Tribunal Federal (STF) deu interpretação conforme ao dispositivo, retirando a limitação temporal de aplicação da norma e entendendo que o partido político deve destinar montante do fundo partidário de forma proporcional às candidaturas femininas lançadas, ou seja, no mínimo de 30% dos recursos recebidos do Fundo Partidário. Um dos principais argumentos utilizado foi o princípio da igualdade.

Por sua vez, em resposta à Consulta nº 0600252-18.2018.6.00.0000, em 22.05.2018, de Relatoria da Ministra Rosa Weber, o Tribunal Superior Eleitoral declarou que a decisão proferida pelo STF, no julgamento mencionado, estende-se aos recursos recebidos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC).

Desse modo, hoje o entendimento jurisprudencial é de que as agremiações devem reservar no mínimo 30% do montante de recursos recebidos tanto do Fundo Partidário quanto do FEFC<sup>17</sup>, para o financiamento das campanhas eleitorais da minoria de gênero.

Também em resposta à Consulta nº 0600252-18.2018.6.00.0000, o TSE declarou que a decisão proferida

---

17 Como desdobramento desse entendimento, para as eleições de 2020, o TSE regulamenta: Resolução TSE nº 23.607/2019: Art. 17. O Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) será disponibilizado pelo Tesouro Nacional ao TSE e distribuído aos diretórios nacionais dos partidos políticos na forma disciplinada pelo TSE (Lei nº 9.504/1997, art. 16-C, § 20). [...] § 4º Os partidos políticos devem destinar no mínimo 30% (trinta por cento) do montante do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) para aplicação nas campanhas de suas candidatas. § 5º Havendo percentual mais elevado de candidaturas femininas, o mínimo de recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) deve ser aplicado no financiamento das campanhas de candidatas na mesma proporção. § 6º A verba oriunda da reserva de recursos do Fundo Especial de Financiamento das Campanhas (FEFC) destinada ao custeio das candidaturas femininas deve ser aplicada pela candidata no interesse de sua campanha ou de outras campanhas femininas, sendo ilícito o seu emprego, no todo ou em parte, exclusivamente para financiar candidaturas masculinas. Resolução TSE nº 23.605/2019: Art. 6 Os recursos do FEFC ficarão à disposição do partido político somente após a definição dos critérios para a sua distribuição, os quais devem ser aprovados pela maioria absoluta dos membros do órgão de direção executiva nacional do partido (Lei nº 9.504/1997, art. 16-C, § 70). § 1º Os critérios a serem fixados pela direção executiva nacional do partido devem prever a obrigação de aplicação do total recebido do FEFC de modo proporcional ao número de candidatas do partido ou da coligação, observado, em todo caso, o mínimo de 30% (trinta por cento) (STF: ADI nº 5.617/DF, j. em 15.03.2018, e TSE: Consulta nº 0600252-18, j. em 22.05.2018).

pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 5.617 deve ser considerada também em relação ao tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão.

Em resumo: embora não haja disposição legal expressa nesse sentido, devem ser observados os patamares mínimos de candidatura por gênero (30%), nos termos do art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97, no que se refere à distribuição do tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão.

Em 11 de dezembro de 2013, a Lei nº 12.891 incluiu o art. 93-A à Lei nº 9.504/1997, dispondo que o Tribunal Superior Eleitoral, no período compreendido entre 1º de março e 30 de junho dos anos eleitorais, em tempo igual ao disposto no art. 93 da mencionada lei, poderá promover propaganda institucional, em rádio e televisão, destinada a incentivar a igualdade de gênero e a participação feminina na política.

Já a Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015, alterou aquele artigo, prevendo que, no período compreendido entre 1º de abril a 30 de julho dos anos eleitorais, o TSE promoverá, em até cinco minutos diários, contínuos ou não, propaganda institucional, em rádio e televisão, destinada a incentivar a participação feminina na política, bem como a esclarecer os cidadãos sobre as regras e o funcionamento do sistema eleitoral brasileiro.

Hoje, encontra-se vigente a redação estabelecida pela Lei nº 13.488, de 6 de outubro de 2017, que alterou a parte final do art. 93-A, ampliando a destinação da propaganda institucional a ser implementada. A propaganda passa a ser “destinada a incentivar a participação feminina, dos jovens e da comunidade negra na política, bem como a esclarecer os cidadãos sobre as regras e o funcionamento do sistema eleitoral brasileiro”.

De todas as ações afirmativas aqui tratadas, essa é única cuja execução é dirigida de forma direta ao Estado, sendo as demais dirigidas às agremiações partidárias.

## 4 A FRAGILIDADE DA POLÍTICA DE COTAS DE CANDIDATURAS FEMININAS NO BRASIL: O PAPEL DOS PARTIDOS POLÍTICOS

O histórico posto no Relatório Atenea<sup>18</sup> demonstra que as cotas de candidatura estão longe de garantir a representatividade feminina. Ao contrário do que se esperava, apesar do implemento da Lei nº 9.100, de 29 de setembro de 1995, que, como visto, foi pioneira no estabelecimento do mínimo das vagas de cada partido ou coligação a serem preenchidas por candidaturas de mulheres, houve um decréscimo de 6,2% de eleitas para a Câmara de Deputados em 1994, em uma eleição sem cotas, para 5,7% nas eleições de 1998, com cotas.

Conforme o mesmo relatório, o percentual de candidaturas de mulheres para a Câmara dos Deputados só ultrapassou os 20% em 2010 (22,7%), após a alteração da Lei 9.504/97, determinando que os partidos políticos teriam que preencher, em vez de somente reservar, um mínimo de 30% das candidaturas nas listas eleitorais. Nas eleições gerais seguintes, de 2014, e após a interpretação do TSE de que a cota incide sobre as candidaturas efetivamente apresentadas e não sobre o universo das candidaturas possíveis, e posterior consolidação de jurisprudência, o percentual de candidaturas femininas aproximou-se do mínimo legal, ficando em 29,1%.

Apenas nas eleições de 2018 os efeitos seriam sentidos, não apenas no percentual de candidaturas, mas no resultado das eleições. De um pleito para o outro, o número de deputadas federais eleitas saltou de 10% para 15% das cadeiras da Casa, algo inédito nos mais de vinte anos desde a adoção das cotas de candidatura. Em resumo, os principais efeitos do incremento na legislação foram um aumento de 51% no número de deputadas federais eleitas em 2018, que foi de 77 parlamentares (em 2014, foram eleitas 51), e um aumento de 37,8% no número de deputadas estaduais eleitas no mesmo ano, que foi de 164 (em 2014, foram eleitas 119)<sup>19</sup>.

Nas eleições municipais, no entanto, esse aumento ainda não é percebido. Consoante o Relatório Atenea, o pleito de

18 ONU MULHERES. *ATENEA- mecanismo para acelerar a participação política das mulheres na América Latina e no Caribe*. [2019?]. [pdf]

19 Segundo o relatório “Mulheres no Parlamento” da ONU, o Brasil, num ranking de 179 países, ocupa o 142º lugar com 15,2% de mulheres no Congresso e 12,4% no Senado.



2016, antes, portanto, da decisão que determina que 30% dos recursos partidários para as campanhas sejam destinados às candidaturas de mulheres, o número de vereadoras eleitas manteve-se em torno de 13%, uma repetição do que se verificou no pleito de 2012. Em 2020, o número de vereadoras eleitas (898) correspondeu a 16,51% dos assentos, sendo que 900 municípios não elegeram uma única vereadora<sup>20</sup>, a despeito da existência da lei de cotas e dos incrementos realizados até aquele momento.

Nos indicadores ATENEA que medem o desenho adequado das políticas de cotas vigentes, algumas constatações permitiram caracterizar a legislação brasileira como frágil:

A legislação reserva vagas nas listas eleitorais de partidos ou coligações partidárias, mas o sistema eleitoral proporcional brasileiro é de listas abertas e sem ordenamento de posições.

a. A Lei 9.504, de 1997, que instituiu as cotas, definiu que o número de candidaturas registradas por cada partido ou coligação poderia chegar a 150% do número de lugares a preencher, podendo atingir 200% em alguns estados e nos municípios com até 100 mil eleitores – a própria lei, portanto, estabelecia as cotas, enquanto limitava seus efeitos.

b. Com a aprovação da lei de cotas, os partidos políticos restringiram seus efeitos e operaram com o entendimento de que não seria necessário preencher o mínimo de 30% de candidaturas de um dos sexos, mas sim “reservá-las”, o que só se modificou doze anos depois, com a aprovação da mencionada Lei 12.034/2009.

c. A legislação determinava reserva de vagas de candidatura sem atribuição de recursos financeiros e tempo de propaganda eleitoral para as mulheres (segundo a legislação em vigor, é reservado aos partidos e coligações, na televisão e no rádio, espaço de propaganda eleitoral obrigatória). Isto só se modificou 21 anos depois de aprovada a lei de cotas, com a Resolução TSE 23.568/2018 (revogada pela Resolução TSE 23.605/2019).

d. Não há legislação específica que determine a punição dos partidos que não cumpram a legislação de cotas e a atri-

<sup>20</sup> Informações coletadas em pesquisa do Instituto Marielle Franco.



buição de recursos correspondentes para as candidaturas de mulheres.

e. Os líderes partidários têm desenvolvido estratégias bem-sucedidas para burlar a legislação.

O Relatório Atenea também trouxe dados que corroboram a hipótese de que partidos com uma estrutura organizativa altamente centralizada nas lideranças políticas praticam baixa democracia interna, o que significa serem fechados aos grupos com baixo acesso às instâncias de tomada de decisão. “O cenário dos partidos brasileiros surpreende pela sua capacidade de refratar a mobilização das mulheres”.

O documento verifica ainda que quase todas as agremiações possuem formalmente instâncias setoriais de mulheres e que quase metade delas apresenta compromissos com princípios de igualdade de gênero nos seus estatutos, embora tal adesão seja muito mais retórica do que efetiva. É que quando se observam os principais espaços de disputa política dos partidos – os cargos nas instâncias executivas nacionais e garantias de influência no processo de seleção de candidaturas – “as mulheres continuam tendo dificuldades em adentrar esses âmbitos decisórios”. Assim, “a presença das mulheres nas posições de decisão dos partidos é baixa, e sua influência formal, como grupo político organizado, nas decisões de seleção de candidaturas, inexistente”.

Há de se chamar a atenção para a conclusão do Relatório Atenea de que não há como tratar dessa questão sem responder à necessidade de maior controle público dos partidos políticos. Os partidos políticos, então, possuem papel essencial na efetividade da política de cotas de candidatura feminina no Brasil.

## 5 CONCLUSÃO

Como visto, o presente estudo pretendeu verificar de que modo os partidos políticos contribuem para a fragilidade da política de cotas de gênero no Brasil.

Num primeiro momento, demonstrou-se, com base nas lições de Phillips, que a fixação de cotas se justifica quando

se pretende equilibrar situações de exclusão política. Embora um sistema justo de representação seja aquele capaz de relacionar ideias e presença, a autora admite que a fixação de cotas deve ser pensada como medida “provisória”, necessária apenas para corrigir desigualdades históricas.

Na seção seguinte, foram apresentadas as políticas afirmativas de cotas eleitorais para mulheres no Brasil e seus incrementos ao longo do tempo, com análise de legislação e jurisprudências correlatas do TSE e do Supremo Tribunal Federal (STF).

Como reflexo da Plataforma de Beijing, surgiram diversos movimentos e políticas afirmativas com o intuito de promover o incremento da participação das mulheres no processo político. No Brasil, a lei pioneira sobre o assunto foi a de nº 9.100, de 29 de setembro de 1995, que estabeleceu normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, prevendo, em seu art. 11, § 3º, que 20%, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deveriam ser preenchidas por candidaturas de mulheres.

Foi em 30 de setembro de 1997 que a Lei nº 9.504, mais conhecida como Lei das Eleições, trouxe inovações no sistema de cotas, declarando, no § 3º de seu art. 10, a reserva de, no mínimo, 30% e, no máximo, 70% das vagas para candidaturas de cada sexo nas eleições municipais, estaduais e federais pelo sistema proporcional. Tal dispositivo foi alterado pela Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009, passando a exigir dos partidos e coligações que, em vez de simplesmente “reservarem” vagas, efetivamente preenchessem “o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo”.

No exercício de seu poder regulamentar, o TSE editou, em 18 de dezembro de 2019, a Resolução nº 23.609, que dispõe sobre a escolha e o registro de candidatos para as eleições. Como reflexo de um julgamento histórico, o § 2º do art. 17 da resolução utilizou a expressão “cada gênero” e não “cada sexo” como consta no art. 10, § 3º, da Lei 9.504/97. A Resolução nº 23.675, de 16 de dezembro de 2021, manteve a redação.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.617, em 15.03.2018, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que o partido político deve destinar montante do fundo partidário de forma proporcional às candidaturas femininas lançadas, ou seja, no mínimo de 30% dos recursos recebidos do Fundo Partidário. O TSE declarou (por meio de consulta) que a decisão proferida pelo STF, no julgamento mencionado, estende-se aos recursos recebidos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) e ao tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão.

Em resumo: embora não haja disposição legal expressa nesse sentido, devem ser observados os patamares mínimos de candidatura por gênero (30%), nos termos do art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97, no que se refere à distribuição do tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão.

Verificou-se, então, a importância dos partidos políticos na execução da legislação e jurisprudência analisadas, para, no último capítulo do trabalho, com base no Relatório Atenea da ONU MULHERES, identificou-se como os partidos políticos contribuem para a fragilidade dessas políticas.

O documento aponta que quase todas as agremiações possuem formalmente instâncias setoriais de mulheres e que quase metade delas apresenta compromissos com princípios de igualdade de gênero nos seus estatutos, embora tal adesão seja muito mais retórica do que efetiva. É que quando se observam os principais espaços de disputa política dos partidos – os cargos nas instâncias executivas nacionais e garantias de influência no processo de seleção de candidaturas – “as mulheres continuam tendo dificuldades em adentrar esses âmbitos decisórios”. Assim, “a presença das mulheres nas posições de decisão dos partidos é baixa, e sua influência formal, como grupo político organizado, nas decisões de seleção de candidaturas, inexistente”.

É preciso, portanto, que se desenvolvam mecanismos de controle público dos partidos políticos para a efetividade da política de cotas de candidatura feminina no Brasil, o que pode ser objeto de estudos futuros.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Laura Gomes. Representação política feminina: alguns referenciais teóricos. CSONline – Revista Eletrônica de Ciências Sociais, Juiz de Fora, n. 21, 29. set. 2017.

CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. Curso de Direitos Humanos. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

ONU MULHERES. ATENEA- mecanismo para acelerar a participação política das mulheres na América Latina e no Caribe. [2019?]. [pdf].

ONU MULHERES. Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher. Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao\\_pequim.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf). Acesso em: 7 abr. 2020.

PHILLIPS, Anne. De uma política de ideias a uma política de presença? Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 9, n. 1, p. 268, jan. 2001. ISSN 1806-9584. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2001000100016>. Acesso em: 6 ago. 2020.

PINHEIRO, Marina Brito. Os dilemas da inclusão de minorias no parlamento brasileiro: a atuação das frentes parlamentares e bancadas temáticas no congresso nacional. 2010. 199 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) -- Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010.

PITKIN, Hannah. The Concept of Representation. Berkely, University of California Press, 1967.

WOODWARD, Kathryn. Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual. In: SILVA, Tomas Tadeu da (org.). Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais. Petrópolis: Vozes, 2000.

YOUNG, Iris Marion. Justice and the politics of difference. Princeton, Princeton University Press, 1990.

**DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO À LUZ DO DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL:  
A POSSIBILIDADE JURÍDICA E A NECESSIDADE POLÍTICA DE COTAS ELEITORAIS PARA PESSOAS LGBTI+ NO BRASIL**

**SEXUAL AND GENDER DIVERSITY IN THE LIGHT OF CONSTITUTIONAL AND ELECTORAL LAW:  
THE LEGAL POSSIBILITY AND THE POLITICAL NECESSITY OF ELECTORAL QUOTAS FOR LGBTI+ PEOPLE IN BRAZIL**

Lucas Bittencourt Silva<sup>1</sup>

*“Direitos são conquistados apenas por aqueles que fazem suas vozes serem ouvidas.”<sup>2</sup>*  
(Harvey Milk)

**RESUMO**

A diversidade sexual e de gênero é uma pauta que tem se inserido cada vez mais no debate político contemporâneo, seja para apoiá-la ou criticá-la. Diante disso, é preciso questionar sobre os motivos que levam à sub-representação política das pessoas LGBTI+ no Brasil, a qual é explicada por fatores históricos e demonstrada por dados estatísticos, bem como pensar em respostas jurídicas a esse problema. Este artigo aborda as cotas eleitorais como uma possível solução à questão. Para tratar do tema, adota-se a pesquisa básica e exploratória, o método dedutivo e a metodologia de pesquisa bibliográfica e documental de jurisprudência. Assim, discute-se sobre: a história do conceito de igualdade; as ações afirmativas como medida que visa a concretizar a igualdade material; a representação política de pessoas LGBTI+ no Brasil; as cotas eleitorais como uma resposta para o problema. Os resul-

1 Graduando em Direito pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito e Sexualidade (UFBA/CNPq). E-mail: lucasbittsilva123@hotmail.com

2 Redação original: *rights are won only by those who make their voices heard*. Tradução livre. O autor da frase, Harvey Milk, foi o primeiro homem abertamente gay a ocupar um cargo público de destaque na Califórnia (EUA), em 1977, tendo sido assassinado em 1978. Cf. “Rights Are Won Only by Those Who Make Their Voices Heard”. **Exchange Alumni**, 03 jun. 2014. Disponível em: <<https://alumni.state.gov/alumni-story/rights-are-won-only-those-who-make-their-voices-heard>>. Acesso em: 17 fev. 2022.

tados obtidos são: o significado contemporâneo de igualdade é o material, sendo este adotado pela Constituição Federal de 1988; as ações afirmativas são medidas legítimas para efetivar a igualdade material; as pessoas LGBTI+ são sub-representadas na política brasileira; as cotas eleitorais são uma possibilidade jurídica e uma necessidade política no estudo do presente tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ações afirmativas; Cotas eleitorais; Igualdade formal e material; Sub-representação política LGBTI+.

## ABSTRACT

Sexual and gender diversity is an agenda that has been increasingly inserted in contemporary political debate, whether to support or criticize it. That said, it is necessary to question the reasons that lead to the political under-representation of LGBTI+ people in Brazil, which is explained by historical factors and demonstrated by statistical data, as well as thinking about legal responses to this problem. This article debates the electoral quotas as a possible solution to the issue. To treat the theme, are adopted the basic and exploratory research, the deductive method and the methodology of bibliographic and documentary research of jurisprudence. Thus, are discussed: the history of the concept of equality; affirmative actions as a measure aimed at achieving material equality; the political representation of LGBTI+ people in Brazil; electoral quotas as an answer to the problem. The results obtained are: the contemporary meaning of equality is the material, which is adopted by the Federal Constitution of 1988; affirmative actions are legitimate measures to realize material equality; LGBTI+ people are under-represented in Brazilian politics; electoral quotas are a legal possibility and a political necessity in the study of this theme.

**KEYWORDS:** Affirmative Actions; Electoral quotas; Formal and material equality; LGBTI+ political underrepresentation.

## 1 - INTRODUÇÃO

A política é um campo da vida social em constante transformação, afinal uma infinidade de fatores atua em seu funcionamento, a exemplo de questões econômicas, históricas, culturais,

sociais, estruturais e institucionais. Novos grupos sociais estão sempre surgindo, se extinguindo, se fundindo e se transformando.

Não poderia ser diferente com as minorias sexuais e de gênero. Embora tenham passado por várias dificuldades ao longo da história, tal grupo social, atualmente reconhecido pela sigla LGBTI+<sup>3</sup>, tem se organizado politicamente no Brasil desde a década de 1970<sup>4</sup>. Apesar de inegáveis avanços nos últimos anos, as pessoas LGBTI+ carecem de uma representatividade política adequada e de uma resposta jurídica a essa questão.

O problema estudado por este artigo é a sub-representação política das pessoas LGBTI+ no Brasil, considerando os aspectos políticos, jurídicos, históricos e estatísticos que envolvem o tema. A hipótese é de que adoção de cotas eleitorais para as minorias sexuais e de gênero é uma medida que auxiliará a solucionar, do ponto de vista jurídico e político, o impasse da dificuldade de inserção das pessoas LGBTI+ na política brasileira, à semelhança do que já ocorre com a cota eleitoral feminina.

A justificativa reside no esclarecimento do tema para contribuir com a conquista da igualdade política material entre pessoas LGBTI+ e pessoas heterossexuais cisgêneros<sup>5</sup>. A relevância con-

- 3 Conforme os ensinamentos de Maria Berenice Dias, as letras L, G e B dizem respeito às orientações sexuais mais conhecidas: lésbicas (mulheres que se atraem por mulheres), gays (homens que se atraem por homens) e bissexuais (pessoas que se atraem por homens e mulheres). A letra T é um termo guarda-chuva que abarca as pessoas transexuais, transgêneros e travestis. A letra I retrata as pessoas intersexo, indivíduos que nascem com uma genitália que apresenta características de pênis e vagina simultaneamente. O símbolo “+” abrange todas as outras minorias sexuais e de gênero, podendo ser citadas, em rol exemplificativo, as pessoas não-binárias (que não se identificam nem como homens, nem como mulheres), os pansexuais (pessoas que se atraem por homens, mulheres e pessoas não-binárias), os assexuais (pessoas que sentem pouca ou nenhuma atração sexual) e as pessoas agênero (pessoas que não pertencem a gênero algum). Cf. DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 42-45.
- 4 SANTOS, Gustavo Gomes da Costa. Diversidade sexual e política eleitoral: Analisando as candidaturas de travestis e transexuais no Brasil contemporâneo. **Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana**, n. 23, ago. 2016, p. 65.
- 5 Maria Berenice Dias pontua que heterossexual é a pessoa que sente atração afetiva/sexual por indivíduos do gênero oposto (ou seja, homens que se atraem por mulheres e mulheres que se atraem por homens), não se enquadrando, pois, nos demais orientações sexuais (homossexual, bissexual, pansexual, assexual, etc.). Cf. DIAS, op. cit., p. 42. Ademais, Jesus pontua que cisgênero é o indivíduo que se identifica com o gênero que lhe foi atribuído no nascimento, de forma que não se encaixa em identidades tais como transgênero, transexual, travesti, intersexo ou pessoa não-binária. Cf. JESUS apud LIMA, Leize Ruama Sena Cunha; OLIVEIRA, Jenny; MOREIRA, Isadora Cavalcanti. Mulher transexual no discurso cisgênero: direito à igualdade e acesso à prática de não discriminação. **Missões: Revista de Ciências Humanas e Sociais**, v. 6, n. 4, ago-dez, 2020, p. 204. Note-se, pois, que somente a pessoa que for simultaneamente heterossexual e cisgênero não integrará a população LGBTI+, dado que uma pessoa L, G ou B pode ser cisgênero, assim como é possível uma pessoa T, I ou + ser heterossexual, pois orien-



siste na confirmação ou negação da hipótese, o que irá auxiliar os profissionais e estudiosos jurídicos e políticos do Brasil na criação, interpretação e aplicação de normas de Direito Eleitoral, considerando as especificidades da diversidade sexual e de gênero.

Adota-se a pesquisa básica e exploratória, bem como o método dedutivo e a metodologia de pesquisa bibliográfica e documental de jurisprudência, para abordar os aspectos jurídicos e políticos relacionados ao tema em estudo.

Este artigo se desenvolve em quatro pontos centrais. O primeiro trata dos sentidos atribuídos ao princípio da igualdade ao longo da história e discute qual desses significados foi adotado pela Constituição brasileira de 1988. O segundo traz as ações afirmativas como mecanismo de efetivação da igualdade material. O terceiro expõe a orientação sexual e a identidade de gênero como fatores que diferenciam politicamente os candidatos a cargos eletivos, levando à sub-representação política de pessoas LGBTI+ no Brasil. Por fim, o quarto ponto debate as cotas eleitorais como possível solução jurídico-política que diminuiria a falta de representatividade política das minorias sexuais e de gênero.

## **2 - UMA BREVE HISTÓRIA DA IGUALDADE: DA IGUALDADE FORMAL À IGUALDADE MATERIAL**

A igualdade, embora seja filosoficamente pensada da perspectiva europeia desde os tempos de Sólon<sup>6</sup>, que viveu na Grécia entre os séculos VII e VI antes de Cristo, ganhou bastante relevância no mundo jurídico ao final do século XVIII, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), tendo ainda, no século XX, adquirido um novo significado com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

Ao longo desse período, o conteúdo e a interpretação desse tão importante princípio foram sendo construídos e reconstruídos conforme as necessidades históricas<sup>7</sup>, afinal, como afirmado por Norberto Bobbio<sup>8</sup>, os direitos humanos “são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.”.

---

tação sexual e identidade de gênero são dois conceitos distintos, ambos integrando, juntamente com o sexo e o gênero, a sexualidade humana.

6 HELVESLEY, José. Isonomia constitucional. Igualdade formal versus igualdade material. **Revista ESMAFE**, Recife/PE, v. 07, p. 143-164, 2004, p. 143.

7 PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cadernos de Pesquisa**, v. 35, n. 124, jan./abr. 2005, p. 44.

8 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 09.

Deveras, consoante ensina Cruz<sup>9</sup>, durante a Idade Média viveu um Direito Consuetudinário que excluía a igualdade, logo era inconcebível a ascensão social, dado que “os direitos e obrigações que regiam a vida dos indivíduos eram determinados por sua condição social e esta última [era] fixada pelo nascimento”. Obviamente, o monarca se posicionava no topo da pirâmide social, pois era considerado um representante de Deus na terra, devido à adoção da teoria do direito divino dos reis, exponenciada por Bossuet, de forma que “qualquer ato de rebeldia contra o príncipe cristão – ainda que apenas em pensamento – era atitude sacrílega”<sup>10</sup>.

Todavia, uma série de acontecimentos históricos fortaleceu a burguesia e enfraqueceu os poderes monárquico e religioso, a exemplo da Reforma Protestante, Renascimento Humanista, Iluminismo e invenção da imprensa<sup>11</sup>. Tudo isso culminou na Revolução Francesa (1789-1799), que tirou o poder político das mãos da monarquia e o concedeu à burguesia, o que deu origem a um dos documentos jurídicos mais importantes da história: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

A importância de tal documento reside notadamente em seu art. 1º, que consagrou a igualdade como um “legado do pensamento clássico”<sup>12</sup>. Tal concepção da igualdade foi positivada em várias Constituições posteriores do mundo ocidental, inclusive a primeira Constituição brasileira, de 1824.

Contudo, a igualdade prevista na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão era meramente formal. Ou seja, preconizava que o Estado deveria tratar todas as pessoas de forma igual, tendo uma postura neutra diante das diferenças que os cidadãos apresentassem no plano fático, dado que o ser humano era considerado de forma abstrata. Nesse sentido lecionava Pimenta Bueno, jurista brasileiro contemporâneo da Constituição Imperial de 1824, a qual também adotou a concepção formal de igualdade: “qualquer que seja a desigualdade natural ou casual dos indivíduos a todos os outros respeito, há uma igualdade que jamais deve ser violada, e é a da lei, quer ela proteja, quer castigue”<sup>13</sup>.

9 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**. As ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 3ª Edição. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2009, p. 03.

10 LOPES, Marcos Antônio. De Deus ao rei: O direito sagrado do mando (implicações teológico-religiosas na teoria política moderna). **Síntese**, Belo Horizonte, v. 37, n. 118, 2010, p. 216.

11 CRUZ, op. cit., p. 06.

12 SILVA, Sérgio Gomes da. Direitos humanos: entre o princípio de igualdade e a tolerância. **Revista Praia Vermelha**, Rio de Janeiro, v. 19, nº 1, Jan-Jun 2010, p. 83.

13 BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e C, 1857, p. 422.

Destarte, como todas as pessoas são, em tese, iguais, era-lhes concedido o mesmo tratamento. Isso possibilitou que outros direitos, como os de propriedade privada e segurança pública, alcançassem maior desenvolvimento teórico e prático, dado que eram fundamentais para garantir os interesses políticos burgueses<sup>14</sup>. Dessa maneira, a burguesia em ascensão pôde alcançar seus objetivos econômicos e políticos, expandindo a economia e impulsionando a globalização, o que foi ainda mais fomentado pela Segunda Revolução Industrial<sup>15</sup>.

Portanto, do ponto de vista histórico, a acepção meramente formal da igualdade se revelou um instrumento teórico da burguesia para atingir seus objetivos classistas, ainda que em detrimento dos direitos e da dignidade de outras classes sociais, conforme leciona Paulo Bonavides:

A burguesia, classe dominada, a princípio e, em seguida, classe dominante, formulou os princípios filosóficos de sua revolta social. E, tanto antes como depois, nada mais fez do que generalizá-los doutrinariamente como ideais comuns a todos os componentes do corpo social. Mas, no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já se não interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe.<sup>16</sup>

Sendo assim, em nome do dito progresso e com fundamento na igualdade formal, foram realizadas inúmeras violações aos direitos humanos entre o século XVIII até meados do século XX, a exemplo de exploração do trabalho infantil, proibição do voto feminino, criminalização da homossexualidade e escravidão, tendo culminado com o maior absurdo histórico da humanidade: o assassinato em série de seres humanos integrantes de minorias sociais nos campos de concentração da Alemanha nazista.

14 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n. 131, jul./set. 1996, p. 285.

15 CRUZ, op. cit., p. 07.

16 BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 42.

Infelizmente, a humanidade precisou chegar a tal nível de decadência moral para se dar conta de que a igualdade formal não é capaz de efetivar os direitos humanos a todos os seres humanos. Afinal, como disse Cármen Lúcia Antunes Rocha<sup>17</sup>, “os direitos humanos foram, primeiro, crimes dito políticos pelos quais muitas cabeças rolaram. Só depois vem o Direito. Muito depois vêm os direitos.”.

Por conseguinte, tal período, em que os direitos humanos tinham pouca ou nenhuma aplicação prática, aprofundou ainda mais as desigualdades sociais entre os grupos detentores do poder e aqueles que não o detinham, fazendo surgir o que hoje se denomina de minorias sociais, ou seja, “grupos contemplados ou aceitos com um cabedal menor de direitos, efetivamente assegurados, que outros, que detêm o poder”<sup>18</sup>. As minorias sociais não necessariamente são minoritárias em termos quantitativos, mas o são antropologicamente em termos qualitativos<sup>19</sup>. A título exemplificativo, podemos citar como minorias sociais as mulheres, as pessoas LGBTI+, os negros, as pessoas com deficiência, os indígenas, as pessoas de baixa renda, etc.

Assim, todo esse período em que predominou a concepção meramente formal da igualdade, de aproximadamente 150 anos, deixou cicatrizes sociais e econômicas muito profundas na história, as quais não ficaram apenas no passado, fazendo-se sentir ainda nos dias atuais.

Por exemplo, segundo dados da Organização Não Governamental Oxfam<sup>20</sup>, o 1% de pessoas mais ricas do mundo possui mais do dobro da riqueza de 6,9 bilhões de pessoas, sendo que, a nível mundial, os homens detêm 50% mais riqueza que as mulheres. Ademais, ao pesquisar a vida pessoal dos 10 indivíduos mais ricos do planeta, que acumulam, juntos, mais de um trilhão de dólares<sup>21</sup>, nota-se que todos são homens, heterossexuais e cisgêneros, sendo que apenas um deles, o último colocado da lista, não é branco.

Por conta disso, o próprio conceito de igualdade precisou passar por uma revolução teórica, a qual teve como pontos históricos

17 ROCHA apud CRUZ, op. cit., p. 09.

18 ROCHA, op. cit., p. 285.

19 ALMEIDA, Hélio Santos de; TEIXEIRA, Maria Cristina. Ações afirmativas como medida de proteção das minorias. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*, v. 8, n. 8, 2011, p. 115.

20 1% mais ricos do mundo detêm mais do dobro de 6,9 bilhões de pessoas, aponta ONG. **G1**. 19 de janeiro de 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/01/19/1percent-mais-ricos-do-mundo-detem-mais-do-dobro-de-69-bilhoes-de-pessoas-aponta-ong.ghtml>>. Acesso em: 04 set. 2021.

21 OS HOMENS mais ricos do mundo: Conheça os donos das maiores fortunas!. **Mobills**. 23 de maio de 2021. Disponível em: <<https://www.mobills.com.br/blog/os-homens-mais-ricos-do-mundo/>>. Acesso em: 04 set. 2021.

marcantes o fim da Segunda Guerra Mundial (1945) e a assinatura da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Após esses acontecimentos, reconheceu-se que, apesar de, na teoria, todas as pessoas serem iguais, na prática elas não são iguais, pois existem uma série de fatores sociais e econômicos (classe social, origem étnica, idade, sexo, gênero, orientação sexual, identidade de gênero, cor da pele, religião, deficiência física ou mental, etc.) que, por motivos históricos, influenciam nas oportunidades, ou na falta destas, que as pessoas terão ao longo da vida<sup>22</sup>.

Dessa maneira, concebeu-se um novo sentido para a igualdade. Deixou-se de lado o tratar todos de forma igual, independentemente de suas diferenças fáticas, para, conforme a máxima aristotélica, tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual na medida de suas desigualdades<sup>23</sup>. Evoluiu-se da mera proibição da discriminação, em que o Estado assumia uma posição neutra, para o fomento à igualdade, em que o Estado atua de forma positiva para efetivar a isonomia<sup>24</sup>. Abandonou-se o ser humano abstrato, alheio a suas características peculiares que o distinguem dos demais, para focar no ser humano concreto, situado em determinado contexto histórico, social e econômico, com todas as características que lhe são próprias<sup>25</sup>. Enfim, passou-se da igualdade formal para a igualdade material.

Nas palavras de Cármen Lúcia Antunes Rocha<sup>26</sup>, a igualdade material é considerada “não apenas como regra, ou mesmo como princípio, mas como valor supremo definidor da essência do sistema [constitucional] estabelecido”.

Ademais, segundo Nancy Fraser<sup>27</sup>, a igualdade material deve buscar uma concepção tridimensional de justiça, ou seja, deve ser orientada por critérios econômicos, para assegurar uma justa distribuição de renda, por critérios socioculturais, para garantir as mesmas oportunidades a todos os grupos sociais, inclusive às minorias sociais, e por critérios políticos, para que todos os grupos sociais sejam igualmente representados na vida pública.

22 ROCHA, op. cit., p. 284.

23 MELLO apud CUNHA, Olívia Evaristo. **Ações afirmativas: o princípio constitucional da igualdade e as cotas raciais**. 2017. 52 f. Trabalho de Conclusão de Curso. Graduação em Direito, Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia. 2017, p. 10.

24 ROCHA, op. cit., p. 286.

25 PIOVESAN apud GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. In: AJUFE (Org.). **Seminário Internacional as minorias e o direito**. 1ed., 2003, p. 89.

26 ROCHA, op. cit., p. 289.

27 FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. **Revista Lua Nova**, São Paulo, nº 77, 2009, p. 26.

Nesse contexto, um dos principais mecanismos de efetivação da igualdade material são as ações afirmativas, conforme se verá adiante.

### **3 AÇÕES AFIRMATIVAS COMO MEDIDA CONCRETIZADORA DA IGUALDADE MATERIAL**

Como visto no tópico anterior, a adoção por 150 anos de uma interpretação meramente formal da igualdade levou ao aprofundamento da desigualdade em relação às minorias sociais.

Ainda segundo Cruz<sup>28</sup>, a discriminação contra minorias pode ser de duas espécies: direta ou de fato. A primeira é a discriminação intencional, praticada com dolo de discriminar, ofendendo a integridade física ou moral de alguém pertencente a uma minoria. A discriminação direta costuma ser reprimida pela proibição da discriminação, ou seja, através de normas sancionatórias, geralmente com sanções penais<sup>29</sup>.

Nesse sentido, há, no Brasil, a Lei nº 7.716/1989, cujo art. 20 criminaliza as condutas homotransfóbicas, conforme entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>30</sup>. Há também leis estaduais e municipais que preveem sanções administrativas para atitudes discriminatórias em razão de orientação sexual ou identidade de gênero<sup>31</sup>.

Para além disso, a discriminação de fato é a discriminação velada, que igualmente ofende o integrante da minoria social, mas sem que a pessoa que a consumou tenha consciência de estar discriminando, em razão de o preconceito estar tão profundamente enraizado na psique social<sup>32</sup>. A discriminação de fato tem peculiaridades próprias, pois se encontra institucionalizada nos campos privado e público, sendo neste manifestada por uma “política de neutralidade e de indiferença do aparato estatal para com as vítimas da discriminação”<sup>33</sup>.

As discriminações de fato são coibidas pelo fomento à isonomia, quer dizer, por atuações estatais (seja por políticas públicas,

28 CRUZ, op. cit., p. 30.

29 Ibid., p. 30.

30 ADO nº 26/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 13/06/2019, publicado em 06/10/2020.

31 A título exemplificativo, há a Lei nº 7.041/2015, do Estado do Rio de Janeiro, e a Lei nº 9.498/2019, do Município de Salvador.

32 Podemos citar como exemplo de discriminação direta quando alguém chama um homossexual de “bi-cha”, palavra com significado pejorativo. Ademais, seria o caso de discriminação de fato proferir a frase “Fulano é homossexual, mas é um bom profissional”, dado que a conjunção “mas” exprime ideia de oposição, como se houvesse alguma contradição entre ter um bom desempenho profissional (algo positivo) e ser homossexual (algo supostamente negativo, no pensamento das massas).

33 CRUZ, op. cit., p. 31.



seja por imposições ao setor privado) que conferem, em alguma medida, igualdade de oportunidades às minorias sociais<sup>34</sup>. Tais atuações estatais se efetivam mediante ações afirmativas, que são “medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos vulneráveis”<sup>35</sup>. Sendo assim, “as ações afirmativas se legitimam com base nos princípios do pluralismo e na dignidade humana”<sup>36</sup>.

As ações afirmativas surgiram por influência das decisões proferidas pela Suprema Corte estadunidense no pós-Segunda Guerra Mundial<sup>37</sup>, tendo posteriormente se incorporado nas legislações e até mesmo nas Constituições de diversos Estados. Nesse sentido, um exemplo de ação afirmativa está expressamente previsto no art. 37, VIII, da Constituição Brasileira<sup>38</sup>.

Aliás, as ações afirmativas encontram fundamento constitucional nos próprios objetivos do Estado brasileiro, elencados no art. 3º da Carta Magna<sup>39</sup>. Nesse sentido, Cármen Lúcia Antunes Rocha<sup>40</sup> destaca que todos os verbos utilizados pelo artigo em questão (construir, garantir, erradicar, reduzir, promover) são verbos de ação, exigindo, pois, condutas afirmativas do Estado em prol dos objetivos fundamentais.

Ainda segundo a autora, a Constituição declara que “não se tem a democracia social, a justiça social, mas que o Direito foi ali elaborado para que se chegue a tê-los”<sup>41</sup>. Até porque se o Brasil fosse livre, justo e solidário, “teria sido suficiente, mais ainda, teria sido necessário, tecnicamente, que apenas se estabelecesse ser objetivo manter a igualdade sem preconceitos”<sup>42</sup>. Portanto, as ações afirmativas são exatamente medidas de concretização dos objetivos fundamentais da República, dentre os quais se insere a igualdade material (CF, art. 3º, IV).

34 GOMES, op. cit., p. 94.

35 PIOVESAN, op. cit., p. 49.

36 CRUZ, op. cit., p. 158.

37 ROCHA, op. cit., p. 286.

38 CF, art. 37, VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

39 CF, art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

40 ROCHA, op. cit., p. 289.

41 Ibid., p. 288.

42 Ibid., p. 290.



Existem várias formas de implementar ações afirmativas, como, por exemplo, “o método do estabelecimento de preferências, o sistema de bônus e os incentivos fiscais”<sup>43</sup>, porém o mais conhecido é, sem dúvidas, o sistema de cotas. A título exemplificativo, há a cota eleitoral feminina, prevista no art. 10, § 3º, da Lei nº 9504/1997, que impõe a reserva de, pelo menos, 30% das candidaturas de cada partido político para candidatas mulheres nas eleições proporcionais.

Segundo Joaquim Benedito Barbosa Gomes<sup>44</sup>, as cotas, para serem legítimas, devem guardar “um nexos causal entre a prioridade legal concedida e a igualdade socioeconômica pretendida”. Sendo assim, pretende-se, a seguir, abordar a sub-representação política das pessoas LGBTI+ no Brasil como o nexos causal que justifica a possibilidade jurídica e a necessidade política de se instituir cotas eleitorais em benefício dessa população, à semelhança do que já ocorre com as mulheres.

#### **4 A SUB-REPRESENTAÇÃO POLÍTICA DAS PESSOAS LGBTI+ NO BRASIL**

Ao estudar a diversidade sexual e de gênero sob uma perspectiva histórica, nota-se que nem sempre existiu o preconceito contra as pessoas LGBTI+ tal como verificado atualmente. Deveras, na Antiguidade a homossexualidade e a bissexualidade eram práticas comuns e até mesmo estimuladas em locais como Grécia, Roma, Babilônia e China<sup>45</sup>. Ademais, até o final do século XVIII, “o ser trans era qualificado como algo positivo, pertencia ao campo do divino”<sup>46</sup>. De forma semelhante, a intersexualidade era o sexo da divindade grega Hermaphroditus, fruto da união dos deuses Hermes e Afrodite<sup>47</sup>.

Todavia, esse cenário começou a mudar com a consolidação das religiões monoteístas no mundo, notadamente o cristianismo<sup>48</sup>. A partir de então, as pessoas LGBTI+ passaram a ser rotuladas como doentes ou desviadas dos padrões ditos ideais conforme uma

43 GOMES, op. cit., p. 113.

44 Ibid., p. 112.

45 DIAS, op. cit., p. 47-49.

46 SILVA, Felipe Cazeiro da; SOUZA, Emilly Mel Fernandes de; BEZERRA, Marlos Alves. (Trans)tornando a norma cisgênera e seus derivados. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 27, n. 2, e54397, 2019, p. 05.

47 SPINOLA-CASTRO, Angela Maria. A importância dos aspectos éticos e psicológicos na abordagem do intersexo. **Arq Bras Endocrinol Metab**, São Paulo, v. 49, n. 1, Fev. 2005, p. 48.

48 DIAS, op. cit., p. 50.

visão cristã de mundo<sup>49</sup>. Dessa forma, surgiu aquilo que Vecchiatti<sup>50</sup> denomina de “banalidade do mal homotransfóbico”, ou seja, o preconceito sedimentado na sociedade, real ou presumido, contra a população LGBTI+, tendo tal termo sido inspirado na expressão “banalidade do mal”, de Hannah Arendt e sua ideia de “direito a ter direitos”.

A banalidade do mal homotransfóbico pode ser visualizada em vários dados estatísticos relacionados à situação social e política das pessoas LGBTI+ no Brasil e no mundo. Vale ressaltar que, segundo a teoria do impacto desproporcional, surgida na jurisprudência estadunidense, “se os dados estatísticos demonstrarem haver um visível prejuízo para as minorias, tornar-se-ão elementos probatórios da ilegitimidade da discriminação”<sup>51</sup>. Essa teoria foi “reconhecida pelo STF quando normas hipoteticamente neutras e, desde a sua origem harmoniosas com a igualdade formal, produzem efeitos que na vida prática são prejudiciais a determinados grupos sociais que já se encontram em estado de marginalização”<sup>52</sup>.

Nesse contexto, a homossexualidade ainda é criminalizada em 69 dos 195 países do mundo, sendo aplicada a pena de morte em 6 Estados<sup>53</sup>. Ademais, aproximadamente 77% das violências homotransfóbicas ocorridas na América Latina entre 2013 e 2014 foram assassinatos, conforme informações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos<sup>54</sup>.

No cenário brasileiro, a situação é ainda mais preocupante, pois nosso país é “campeão mundial de crimes contra as minorias sexuais”<sup>55</sup>. Em média, ocorre uma morte a cada 26 horas, seja por homicídio ou suicídio<sup>56</sup>, bem como, segundo dados do SUS - Siste-

49 CRUZ, op. cit., p. 82.

50 VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **O STF, a homotransfobia e o seu reconhecimento como crime de racismo**: análise e defesa da decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a homotransfobia como crime de racismo. 1ª Edição. Bauru: Spessotto, 2020, p. 20-21.

51 CRUZ, op. cit., p. 35.

52 SANTOS, Douglas Vinícius de Oliveira; VIANA, Sander Prates. Por uma nova Demos. A inserção da comunidade LGBTQIA+ na gênese legislativa brasileira. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, São Paulo, v.7, n.1, jan. 2021, p. 262.

53 DIA do Orgulho Gay: os países onde é ilegal ser homossexual. **BBC News Brasil**. 28 de junho de 2021. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-57641679>>. Acesso em: 03 set. 2021.

54 WILLS, Lina Cuellar. Violência contra pessoas LGBT. **Goethe-Institut**. Setembro de 2016. Disponível em: <<https://www.goethe.de/ins/br/pt/m/kul/fok/vio/20824652.html>>. Acesso em: 05 set. 2021.

55 OLIVEIRA, José Marcelo Domingos de; MOTT, Luiz. **Mortes violentas de LGBT+ no BRASIL – 2019**: Relatório do Grupo Gay da Bahia. 1ª Edição. Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 2020, p. 13.

56 *Ibid.*, p. 13.

ma Único de Saúde<sup>57</sup>, uma agressão física a cada hora, motivadas por preconceito contra orientação sexual ou identidade de gênero. Entre 2000 e 2019, foram contabilizadas 4.809 mortes<sup>58</sup>.

As violações à dignidade das pessoas LGBTI+ são tão recorrentes na sociedade brasileira que as condutas homotransfóbicas foram criminalizadas pelo art. 20 da Lei nº 7.716/1989. Embora no referido dispositivo legal não se encontrem expressamente as expressões “orientação sexual” e “identidade de gênero”, é possível lê-las dentro da palavra “raça”, esta, sim, explícita no artigo, conforme decidiu o STF na ADO nº 26/DF, em junho de 2019, em julgado com efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*<sup>59, 60</sup>.

Como não poderia deixar de ser, a banalidade do mal homotransfóbico se revela com especificidades próprias no campo da política, o que também pode ser demonstrado através de uma análise histórica e estatística.

Em razão de, como visto, os direitos das pessoas LGBTI+ terem sido negados desde a consolidação do cristianismo como religião predominante no mundo ocidental, somente a partir da década de 1960 as minorias sexuais e de gênero começaram a se organizar politicamente para a garantia de seus direitos. Nesse sentido, a Revolta de Stonewall, ocorrida em 28 de junho de 1968 em Nova York, se tornou “o grande marco internacional do movimento homossexual”<sup>61</sup>.

57 PUTTI, Alexandre. Um LGBT é agredido no Brasil a cada hora, revelam dados do SUS. **Carta Capital**. 16 de julho de 2020. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/diversidade/um-lgbt-e-agredido-no-brasil-a-cada-hora-revelam-dados-do-sus/>>. Acesso em: 05 set. 2021.

58 OLIVEIRA; MOTT, op. cit., p. 33.

59 ADO nº 26/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 13/06/2019, publicado em 06/10/2020.

60 Ao contrário do que possa parecer em uma análise menos atenta, o STF, ao proferir tal decisão, não legislou e nem aplicou analogia *in malam partem*, mas apenas subsumiu, mediante adequação típica, a homotransfobia ao crime de racismo, conforme leciona Paulo Roberto Iotti Vecchiatti em obra específica sobre o tema (2020). Isso porque, de acordo com o julgado do STF, o Direito Penal não adota o conceito de racismo do senso comum, pelo qual racismo é somente o preconceito por cor de pele, mas sim o conceito sociológico, abraçado pela própria literatura negra antirracista (VECCHIATTI, 2020, p. 36-37), segundo o qual racismo é toda relação de poder “entre grupo [social] dominante e grupo(s) [sociais] dominado(s), hierarquizando aquele sobre este(s)”, por uma motivação “estrutural, sistemática, institucional e histórica” (VECCHIATTI, 2020, p. 39-40), definição na qual claramente se insere o preconceito por orientação sexual ou identidade de gênero. Portanto, houve subsunção da homotransfobia ao crime de racismo, sem analogia ou interpretação extensiva, o que, inclusive, restou expressamente consignado na ementa do julgado. Cf. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **O STF, a homotransfobia e o seu reconhecimento como crime de racismo**: análise e defesa da decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a homotransfobia como crime de racismo. 1ª Edição. Bauru: Spessotto, 2020.

61 UEDA; Carolyne Mayury; SANTANO, Ana Claudia. Transexuais e a busca do direito

A partir de então, as pessoas LGBTI+ foram, aos poucos, se inserindo no contexto político mundial. Em 1972, a Holanda se tornou o primeiro país do mundo a eleger um parlamentar homossexual, o historiador Coos Huijsen, o qual, porém, só foi revelar publicamente sua orientação sexual em 1977<sup>62</sup>. Atualmente, dos cerca de 46 mil parlamentares do mundo, apenas 0,002% é abertamente LGBTI+, segundo estudo publicado por Reynolds em 2019<sup>63</sup>.

No Brasil, a organização do Movimento LGBTI+ se iniciou em 1978, através do grupo Somos, em São Paulo<sup>64</sup>. Em 1986, João Batista Breda e Herbet Daniel se tornaram os primeiros candidatos abertamente homossexuais, porém a primeira eleição de uma pessoa LGBTI+ só veio uma década depois, em 1996, quando a travesti Kátia Tapety foi eleita vereadora pelo Município de Colônia do Piauí/PI<sup>65</sup>.

Desde a década de 1970 até os dias atuais, muita coisa mudou na participação política de pessoas LGBTI+ no Brasil. Santos<sup>66</sup> aponta que, nas eleições municipais de 2004, houve apenas 10 candidatos abertamente LGBTI+, número que saltou para 173 nas eleições municipais de 2012, o que representa um aumento de 1.730%. Segundo dados da Aliança Nacional LGBTI+, nas eleições municipais de 2020 foram registradas 585 pré-candidaturas que apoiam a pauta da diversidade sexual e de gênero, número considerado um “aumento recorde”<sup>67</sup>.

Não apenas o número de candidaturas LGBTI+ tem aumentado, como também a opinião pública referente a tais candidaturas se alterou. Em 2007, somente 32% dos brasileiros votariam em um homossexual para Presidente da República<sup>68</sup>, número que aumentou para 60% em 2021<sup>69</sup>.

---

de representatividade política no ordenamento jurídico brasileiro. **Anais do EVINCI – UniBrasil**, Curitiba, v.4, n.2, out. 2018, 45.

62 REYNOLDS, Andrew. Representation and Rights: The Impact of LGBT Legislators in Comparative Perspective. **American Political Science Review**, Vol. 107, Nº 2, maio/2013, p. 261.

63 REYNOLDS apud MARQUES, Danusa; CARVALHO, Arthur Henrique Santana. Eleições e carreiras políticas LGBTI+s: um campo político de estudos em formação. **Anais do 12º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política**, evento *online*, out. 2020, p. 17-18.

64 SANTOS, op. cit., p. 65.

65 *Ibid.*, p. 66-67.

66 *Ibid.*, p. 68.

67 SANTOS; VIANA, op. cit., p. 254-255.

68 PRECONCEITO, agressividade e desconfiança: como é ser ateu no Brasil. **BBC News Brasil**. 06 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-37640191>>. Acesso em: 06 set. 2021.

69 ALESSI, Gil. 60% dos eleitores brasileiros votariam em um candidato gay à presidência, mostra pesquisa. **El País**. 11 de agosto de 2021. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2021-08-11/60-dos-eleitores-brasileiros-votariam-em-um-candidato-gay-a-presidencia-mostra-pesquisa.html>>. Acesso em: 06 set. 2021.

Apesar de tais avanços, o Brasil ainda está muito distante de atingir a igualdade política das minorias sexuais e de gênero. Isso porque “Em um nível estrutural, as instituições do Estado e dos regimes concorrenciais liberais são fundadas em um pretenso universalismo, mas servem à cis-heteronormatividade branca, burguesa e masculina”<sup>70</sup>. Isso pode ser visualizado pelo perfil do Congresso Nacional brasileiro, que, na legislatura 2019-2022, registrou

15% de deputadas federais mesmo tendo 25 anos de lei de cotas de gênero; ou 75% de deputados/as federais autodeclarados/as brancos/as em um país de maioria preta e parda; ou metade dos/as eleitos/as de 2018 para o Congresso Nacional ser composta de milionários/as.<sup>71</sup>

A mesma conclusão pode ser retirada a partir de uma análise da composição do Congresso Nacional de acordo com o perfil da diversidade sexual e de gênero. Nos quase 200 anos de história do Legislativo Federal brasileiro, apenas 6 pessoas abertamente LGBTI+ ocuparam o cargo de parlamentar, a saber, Clodovil Hernandes, Jean Wyllys, David Miranda, Marcelo Calero, Fabiano Contarato<sup>72</sup>, além de Vivi Reis. Dos 6, quatro (Jean Wyllys, David Miranda, Fabiano Contarato e Vivi Reis) se posicionam favoravelmente aos direitos das minorias sexuais e de gênero, um (Clodovil Hernandes) se posicionava contrariamente e um (Marcelo Calero) demonstra neutralidade sobre o tema. Ademais, com exceção de Vivi Reis (que é mulher bissexual cisgênero), todos são homens homossexuais cisgêneros, de forma que o Congresso ainda carece de representatividade lésbica, transgênero e intersexo.

Considerando as eleições em todos os entes federativos do Brasil, o cenário também não é muito animador. Segundo dados da ABGLT - Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais<sup>73</sup>, entre 2002 e 2012 houve 293 candidaturas de pessoas LGBTI+ que apoiam a causa da diversidade sexual e de gênero, porém apenas 22 conseguiram se eleger. Portanto, o grau de sucesso das referidas candidaturas foi de apenas 7,5%.

Outrossim, ainda conforme exposto por Santos<sup>74</sup>, dos 22 indivíduos LGBTI+ eleitos entre 2002 e 2012, vinte (91%) se elegeram

70 MARQUES; CARVALHO, op. cit., p. 10.

71 Ibid., p. 09-10.

72 Ibid., p. 03.

73 SANTOS, op. cit., p. 68 e 75.

74 Ibid., p. 75.

para o cargo de Vereador, sendo que, desses 20, catorze (63,6%) foram eleitos fora dos grandes centros urbanos. Para Marques e Carvalho, isso demonstra como a orientação sexual e a identidade de gênero influenciam na dificuldade enfrentada pelas pessoas LGBTI+ para ascender na carreira política. São as palavras dos autores:

esse cenário também mostra a gravidade dos obstáculos que [os candidatos LGBTI+] enfrentam: pouquíssimos pulam etapas na carreira, se seguirem a hierarquia da estrutura de carreira eleitoral no Brasil (Miguel, 2003), precisarão passar por reeleição nos cargos locais conquistados e muitos mandatos para passar à Assembleia Legislativa e, talvez, chegar no degrau médio-superior que representa o cargo de deputado/a federal, além do fato de que enfrentarão com muito mais dificuldade uma eleição majoritária (mesmo no nível local).<sup>75</sup>

O baixo grau de sucesso das candidaturas LGBTI+ pode ser explicado por uma série de fatores. Em primeiro lugar, Pierre Bourdieu<sup>76</sup> ensina que o campo político não pode se autonomizar de outros campos sociais, pois depende do voto dos eleitores, de forma que o sucesso político exige um bom nível de capital político, assim compreendido o conjunto de recursos ligados à reputação, notoriedade, conhecimento técnico e marketing político. Como o acesso a tais fatores é influenciado por questões sociais, as pessoas LGBTI+ acabam tendo menos capital político.

Dessa forma, tendo em vista que ainda predomina na sociedade uma cultura homotransfóbica, obviamente os partidos políticos preferem alocar recursos em candidaturas de pessoas heterossexuais cisgêneros, pois estas terão mais chance de sucesso com os eleitores<sup>77</sup>.

Noutras palavras, as candidaturas LGBTI+ sofrem com o “dilema infinito da candidatura receber menos investimentos por ser menos competitiva, e ser menos competitiva por receber menos investimentos”<sup>78</sup>. Em razão disso, o Movimento LGBTI+ abraçou

75 MARQUES; CARVALHO, op. cit., p. 07.

76 BOURDIEU, Pierre Félix. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 169-170.

77 PEREIRA, Cleyton Feitosa. Barreiras à ambição e à representação política da população LGBT no Brasil. **Revista Ártemis**, João Pessoa, Vol. XXIV, nº 1; jul-dez. 2017, p. 127.

78 MARQUES; CARVALHO, op. cit., p. 11.



o grupo dos aliados, ou seja, pessoas heterossexuais cisgêneros que apoiam a causa da diversidade sexual e de gênero e que, por não serem LGBTI+, têm mais chance de ganhar o pleito eleitoral<sup>79</sup>.

Ademais, conforme anotam Marques e Carvalho<sup>80</sup>, as pessoas LGBTI+ não costumam integrar o público profissional que tradicionalmente se candidata a cargos eletivos (profissionais jurídicos, servidores públicos, empresários, latifundiários, etc.), pois a média profissional e educacional das pessoas LGBTI+ é menor que a das pessoas heterossexuais cisgêneros.

Somado a isso, a regulação moral e a perda da privacidade individual e familiar são apontadas como fatores que inibem a ambição política das pessoas LGBTI+ duas vezes mais que quando comparado aos candidatos heterossexuais cisgêneros, conforme resultados obtidos em entrevistas realizadas por Wagner<sup>81</sup>.

Diante disso, as pessoas LGBTI+ inegavelmente enfrentam uma sub-representação política, pois embora, na teoria, tenham o direito de ser eleitas nas mesmas condições que as pessoas heterossexuais cisgêneros, na prática não o são, visto que a homotransfobia atua como um fator de diferenciação. Noutras palavras: apesar de haver uma igualdade política formal, não há uma igualdade política material. Portanto, é preciso refletir acerca de ações afirmativas que visem a solucionar esse problema, o que será feito a seguir.

## 5 COTAS ELEITORAIS PARA PESSOAS LGBTI+

A sub-representação política também é um problema enfrentado pelas mulheres, pois “a gênese da cidadania contemporânea tem retirado das mulheres, por intermédio de mecanismos jurídicos institucionalizados, colocando-as à marginalização de seus direitos políticos, e, conseqüentemente, de participar ativamente da direção da máquina pública”<sup>82</sup>. Isso igualmente pode ser visualizado através de dados estatísticos: segundo informações da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua), 51,8% da população brasileira é formada por mulheres<sup>83</sup>, porém

79 PEREIRA, op. cit., p. 125.

80 MARQUES; CARVALHO, op. cit., p. 11.

81 WAGNER apud MARQUES; CARVALHO, op. cit., p. 12.

82 SANTOS; VIANA, op. cit., p. 251.

83 QUANTIDADE de homens e mulheres. **IBGE Educa**, 2019. Disponível em: <<https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18320-quantidade-de-homens-e-mulheres.html>>. Acesso em: 06 set. 2021.



atualmente apenas 15% da Câmara dos Deputados é composta por deputadas<sup>84</sup>.

Na tentativa de minimizar o problema da sub-representação política feminina, a Lei nº 9.504/1997, conhecida como Lei das Eleições, prevê, no art. 10, §3º, com redação dada pela Lei nº 12.034/2009, que, nas eleições proporcionais, os partidos políticos devem reservar, no mínimo, 30% das candidaturas para mulheres.

Ora, uma cota semelhante deve existir para as pessoas LGBTI+, pois, como visto acima, as minorias sexuais e de gênero também são sub-representadas na política brasileira: segundo Ueda e Santano<sup>85</sup> a baixa participação política das pessoas LGBTI+ é semelhante à das mulheres.

Nesse sentido, Cleyton Feitosa Pereira<sup>86</sup>, ao analisar a questão da sub-representação política no Brasil, alerta que “quando pensamos na população LGBT, problemas mais ou menos semelhantes aos das mulheres se insurgem: a discriminação, [...] as questões que diriam respeito à esfera íntima (portanto, privada) e não pública, o descrédito, a desqualificação, a incapacidade”. Portanto, conforme Santos e Viana<sup>87</sup>, a “realidade jurídica eleitoral [das mulheres] abre precedentes para que a ideia central seja analogicamente estendida por à comunidade LGBTQIA+”.

Eventuais alegações de que a cota eleitoral para pessoas LGBTI+ violaria o princípio da igualdade carecem de fundamentação constitucionalmente adequada, pois, conforme explanado anteriormente, o sentido de igualdade adotado pela Constituição de 1988 é o material. Ou seja, identificado um fator que impõe distintas oportunidades de vida a pessoas formalmente iguais, impõe-se um tratamento diferenciado na medida da desigualdade fática.

Assim, no caso das pessoas LGBTI+, “a identidade ou orientação sexual podem ser utilizadas como critérios para melhorar a situação das minorias, na forma de ação afirmativa”<sup>88</sup>, pois, como demonstrado acima, a orientação sexual e a identidade de gênero são fatores de diferenciação que interferem no igual acesso a cargos eletivos.

É possível ilustrar vários efeitos positivos da criação de cotas eleitorais para as pessoas LGBTI+, sendo o primeiro e mais

84 MARQUES; CARVALHO, op. cit., p. 09.

85 UEDA; SANTANO, op. cit., p. 47.

86 PEREIRA, 2017, p. 125.

87 SANTOS; VIANA, op. cit., p. 258.

88 DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Direito à livre orientação sexual e tutela da diversidade sexual pela Constituição Federal de 1988. In: FERRAZ, Carolina Valença [et al.] [Coord.]. **Manual do direito homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 85.

importante, por óbvio, efetivar a igualdade política material. Nesse sentido, Marques e Carvalho<sup>89</sup>, após explanarem sobre o padrão de dificuldades que se impõem à ascensão política de candidatos e candidatas LGBTI+, aduzem que “na prática, se não houver mudanças nesse padrão, levará muitas décadas até que essas mesmas pessoas [LGBTI+] cheguem, paulatinamente, a posições mais centrais no campo político”. Ora, a mudança do referido padrão pode e deve ser provocada exatamente por ações afirmativas.

Ademais, segundo Joaquim Benedito Barbosa Gomes<sup>90</sup>, as ações afirmativas visam ainda a “induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica”, eliminando a “discriminação estrutural”, fruto de uma herança histórica excludente. Ou seja, a inserção de pessoas LGBTI+ na política através da cota eleitoral contribuirá para minimizar a banalidade do mal homotransfóbico existente na sociedade.

Ainda conforme Gomes<sup>91</sup>, outro objetivo das ações afirmativas é trazer representatividade às minorias sociais, “fazendo com que a ocupação das posições do Estado e do mercado de trabalho se faça, na medida do possível, em maior harmonia com o caráter plúrimo da sociedade”, o que, por sua vez, vai criar “personalidades emblemáticas”, as quais “serviriam de exemplo às gerações mais jovens, que veriam em suas carreiras e realizações pessoais a sinalização de que não haveria, chegada a sua vez, obstáculos intransponíveis à realização de seus sonhos e à concretização de seus projetos de vida.”. Há, portanto, um importante “efeito simbólico” de inspiração para as novas gerações LGBTI+ que se interessem pela vida política<sup>92</sup>.

Para além disso, há o efeito referente ao aumento de leis protetoras das minorias sexuais e de gênero. Deveras, não se ignora o problema da representação descritiva sem a correspondente representação substantiva<sup>93</sup>, pelo qual são eleitas pessoas LGBTI+ que não se comprometem publicamente com a causa LGBTI+ (fenômeno este que, em parte, pode ser explicado pelo fato de o apoio ao tema da diversidade sexual e de gênero não ser considerado um capital político, conforme visto acima).

Contudo, a eleição de pessoas LGBTI+ tende a aumentar os direitos dessa minoria social, afinal, como constatado por Andrew

89 MARQUES; CARVALHO op. cit., p. 07.

90 GOMES, op. cit., p. 96-97.

91 Ibid., p. 97-98.

92 MARQUES; CARVALHO op. cit., p. 17-18.

93 FEITOSA apud SANTOS; VIANA, op. cit., p. 259.

Reynolds em estudo sobre a relação entre a representatividade política LGBTI+ no mundo e o avanço global dos direitos da diversidade sexual e de gênero, “há razões para acreditar que a mera presença de um legislador que acontece de ser LGBT muda o discurso sobre o direito dos homossexuais”<sup>94</sup>.

Nesse contexto, as cotas eleitorais para pessoas LGBTI+ devem se pautar pelo critério da autoidentificação, ou seja, cabe ao próprio candidato se identificar enquanto LGBTI+ para se enquadrar na cota. Isso porque a orientação sexual e a identidade de gênero se inserem no âmbito da vida privada, de forma que as pessoas LGBTI+ têm o direito de “não revelar sua orientação sexual [e sua identidade de gênero], bem como o direito de, querendo revelá-la, escolher como, quando, onde e para quem fazê-lo”<sup>95</sup>. Obviamente, se a pessoa LGBTI+ optar por não expor sua orientação sexual ou identidade de gênero, não poderá concorrer dentro da cota<sup>96</sup>.

Apesar de atualmente não haver previsão legal de cotas eleitorais para pessoas LGBTI+, já há, conforme visto, as cotas eleitorais femininas, estabelecidas no art. 10, § 3º, da Lei das Eleições. Essa cota, evidentemente, se aplica a todas as mulheres, inclusive às lésbicas, bissexuais e transgênero.

Nesse sentido, em 2018 o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) decidiu que as mulheres trans podem se utilizar da cota eleitoral feminina<sup>97</sup>. Conforme ressaltado no voto do relator, Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto:

A expressão “cada sexo” mencionada no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97 refere-se ao gênero, e não ao sexo biológico, de forma que tanto os homens como as mulheres transexuais e travestis podem ser contabilizados nas respectivas cotas de candidaturas masculina ou feminina.

94 Redação original: *there is reason to believe that merely by their presence a legislator who happens to be LGBT changes the discourse around gay rights*. Tradução livre. Cf. REYNOLDS, Andrew. Representation and Rights: The Impact of LGBT Legislators in Comparative Perspective. **American Political Science Review**, Vol. 107, Nº 2, maio/2013, p. 272.

95 SILVA, Lucas Bittencourt; FREITAS, Victória Costa. O direito à privacidade das pessoas não heterossexuais: a relativização do requisito da publicidade nas uniões estáveis homoafetivas na ordem jurídica brasileira. **Revista Direito e Sexualidade**, Salvador, v. 1, n. 2, jun./dez. 2020, p. 133.

96 É o caso, por exemplo, de Eduardo Leite, eleito governador do Rio Grande do Sul em 2018, somente tendo revelado publicamente sua homossexualidade em 2021. Cf. CORBARI, Marcos Antonio. Governador do RS assume homossexualidade: “Sou gay, não tenho nada a esconder”. **Brasil de Fato**. 02 de julho de 2021. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2021/07/02/governador-do-rs-assume-homossexualidade-sou-gay-nao-tenho-nada-a-esconder>>. Acesso em: 07 set. 2021.

97 TSE, Consulta nº 0604054-58.2017.6.00.0000/DF, Rel. Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, j. 01/03/2018.

A decisão do TSE é um avanço, pois reconhece que as diferenças juridicamente relevantes entre homens e mulheres decorrem do gênero, e não do sexo<sup>98</sup>, de forma que as mulheres trans, que também são mulheres, podem ser abarcadas pelo art. 10, § 3º, da Lei das Eleições.

Todavia, o dispositivo legal em questão protege as mulheres trans em razão de seu gênero, e não em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero, que possuem especificidades próprias. Isso sem falar que os homens gays, bissexuais e transgênero, além das pessoas não-binárias (que não se identificam como homens ou mulheres), não encontram proteção alguma para ter mais representatividade política. Daí porque urge a aprovação de cotas eleitorais que alcancem todas as pessoas LGBTI+.

Nesse diapasão, o Projeto de Lei (PL) nº 4.795/2020 tem como objetivo alterar a Lei das Eleições para assegurar a quota mínima de 30% para a candidatura de pessoas LGBTI+, além de garantir que 30% do valor do Fundo Especial de Financiamento de Campanha seja destinado a candidaturas LGBTI+, bem como reservar 30% do tempo de propaganda eleitoral no rádio e televisão para candidaturas LGBTI+. Em sua Exposição de Motivos, o referido Projeto de Lei (BRASIL, 2020, p. 2) assevera expressamente que “entre os mais prejudicados pela falta de representatividade na política [no Brasil], certamente estão as lésbicas, gays, bissexuais e transexuais (LGBTQIA+).”.

Em idêntico norte, os Princípios de Yogyakarta, que tratam da aplicação da legislação internacional de direitos humanos referente à orientação sexual e identidade de gênero, estabelecem, no Princípio 25, que “Todo cidadão ou cidadã tem o direito de participar da direção dos assuntos públicos, inclusive o direito de concorrer a cargos eletivos [...], sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.”<sup>99</sup>. O referido documento internacional não tem força vinculante, mas vem sendo aplicado por diversos países, inclusive o Brasil, como direcionamento, promoção e aplicação dos direitos humanos para as pessoas LGBTI+<sup>100</sup>.

98 Conforme ressaltado por Maria Berenice Dias, o sexo é o conjunto de manifestações biológicas, a exemplo dos órgãos genitais ou do cariótipo, ao passo que o gênero são construções culturais sobre o sexo, como usar roupas azuis ou rosas. Cf. DIAS, op. cit., p. 42.

99 **PRINCÍPIOS de Yogyakarta.** Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Julho de 2007. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf)>. Acesso em: 07 set. 2021.

100 ALAMINO, Felipe Nicolau Pimentel; DEL VECCHIO, Victor Antonio. Os Princípios de Yogyakarta e a proteção de direitos fundamentais das minorias de orientação sexual e

Sabe-se que a cota eleitoral, sozinha, não vai sanar integralmente o problema da sub-representação política LGBTI+ no Brasil. Deveras, tal medida, prioritariamente destinada ao curto e médio prazo, deve ser adotada conjuntamente com outras que visem a enfrentar a questão no longo prazo, tais como o diálogo entre a militância LGBTI+ e os partidos políticos<sup>101</sup>, bem como providências públicas e privadas de cunho educacional e conscientizador para diminuir a homofobia e a transfobia na sociedade. Todavia, a utilização da cota eleitoral já será, ao menos, um importante primeiro passo na solução do dilema.

Assim como Santos e Viana<sup>102</sup>, entende-se que a criação de cotas eleitorais para as pessoas LGBTI+ deve ser feita através de lei, e não por decisão judicial, pois compete privativamente à União legislar sobre Direito Eleitoral (CF, art. 22, I). Ao Poder Judiciário, se for provocado para se manifestar sobre o tema (e provavelmente o será, caso a cota eleitoral seja criada por lei), cabe tão somente declarar a constitucionalidade da referida ação afirmativa, com base na igualdade material preconizada pela Constituição e na banalidade do mal homotransfóbico que atua como fator diferenciador no acesso a cargos eletivos por pessoas LGBTI+ no Brasil.

Não se ignora a posição histórica e sistematicamente homofóbica e transfóbica do Congresso Nacional, dada a intensa atuação de forças conservadoras e fundamentalistas religiosas no Parlamento brasileiro<sup>103</sup>, notadamente nos tempos de extremismo político em que se vive. Aliás, a não aprovação da cota eleitoral para pessoas LGBTI+ nada mais é que uma manifestação da discriminação de fato institucionalizada no Estado e pelo Estado<sup>104</sup>. Todavia, há esperança de que épocas melhores virão e, um dia, será aprovada a cota eleitoral em prol das pessoas LGBTI+ para, assim, atingir a tão sonhada igualdade política material.

## 6 CONCLUSÕES

Este artigo estudou a possibilidade de adotar cotas eleitorais para as pessoas LGBTI+, considerando a igualdade material, as ações afirmativas e a sub-representação política de pessoas LGBTI+ no Brasil.

---

de identidade de gênero. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 113, jan/dez 2018, p. 662.

101 SANTOS, op. cit., p. 92.

102 SANTOS; VIANA, op. cit., p. 262-263.

103 DIAS, op. cit., p. 95.

104 CRUZ, op. cit., p. 31.

Inicialmente, tratou-se do princípio da igualdade ao longo da história. Dessa forma, durante a Idade Média a igualdade não encontrava proteção jurídica, dado que a posição social era determinada pelo nascimento e não poderia ser alterada ao longo da vida. Com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), fruto da Revolução Francesa, a igualdade adquiriu mais importância no mundo jurídico, porém apenas em sua concepção formal, tratando todos de forma igual independentemente de suas diferenças fáticas, o que possibilitou a efetivação dos interesses político-econômicos da classe burguesa. Por sua vez, com a assinatura da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), no pós-Segunda Guerra Mundial, ganhou força o sentido material de igualdade, pelo qual as pessoas devem ser tratadas de forma igual quando forem iguais e de forma desigual quando forem desiguais, sendo este o sentido de igualdade acolhido pela Constituição brasileira de 1988.

Em seguida, abordou-se as ações afirmativas como medida de concretização da igualdade material. Nesse sentido, diferenciou-se a discriminação direta, consumada com dolo de discriminar, sendo reprimida por normas sancionatórias, da discriminação de fato, praticada sem dolo de discriminar, podendo se expressar inclusive através da neutralidade estatal em situações de desigualdade fática. Destacou-se as ações afirmativas como medida de combate à discriminação de fato, conceituando-as como um meio de acelerar a conquista da igualdade material pelas minorias sociais, sendo o seu principal exemplo as cotas. Ademais, ressaltou-se que as ações afirmativas encontram fundamento no art. 3º da Constituição Federal, que elenca os objetivos fundamentais da República.

Ato contínuo, expôs-se a questão da sub-representação política LGBTI+ no Brasil e no mundo, o que foi explicado em seu contexto histórico e demonstrado por dados estatísticos. Assim, por exemplo, o Congresso Nacional só teve seis parlamentares abertamente LGBTI+ em todos os seus quase 200 anos de história. Tais fatos são fruto da banalidade do mal homotransfóbico na política brasileira, que, dentre outros fatores: na maioria dos casos, relega aos poucos candidatos LGBTI+ que conseguem se eleger o cargo de Vereador, geralmente em cidades pequenas; não considera a diversidade sexual e de gênero como um capital político; retira recursos das candidaturas LGBTI+; afasta as pessoas LGBTI+ dos círculos sociais onde se costumam recrutar candidatos a cargos eletivos e; invade a vida privada dos candidatos LGBTI+ com uma intensidade maior do que ocorre com os candidatos heterossexuais cisgêneros.



Outrossim, discutiu-se acerca das cotas eleitorais como uma possível solução para o problema da sub-representação política das pessoas LGBTI+ no Brasil. Nesse contexto, enfatizou-se que a cota eleitoral já é uma medida prevista para as mulheres no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997. Evidenciou-se as semelhanças existentes na situação política das pessoas LGBTI+ e das mulheres, o que justifica a adoção da mesma medida legal para a proteção das minorias sexuais e de gênero.

Destacou-se, como efeitos positivos da criação de cotas eleitorais para pessoas LGBTI+: a conquista da igualdade política material; a transformação cultural da sociedade mediante redução da discriminação estrutural; o efeito simbólico decorrente do surgimento de personalidades emblemáticas e sua inspiração para as novas gerações e; o aumento de leis protetivas das minorias sexuais e de gênero.

Ademais, ponderou-se o critério da autoidentificação como adequado para aplicação das cotas eleitorais, tendo em vista o direito à privacidade da orientação sexual e da identidade de gênero. Destacou-se a decisão do TSE que reconheceu que mulheres trans são mulheres para fins de aplicação da cota eleitoral feminina. Invoçou-se o Projeto de Lei nº 4.795/2020 e os Princípios de Yogyakarta como instrumentos que contribuem para a tese defendida neste artigo. Ressaltou-se outras medidas que, ao lado da cota eleitoral, podem contribuir com a representatividade política LGBTI+ no Brasil. Ao final, afirmou-se que, apesar de toda a homotransfobia existente no Congresso Nacional, a cota eleitoral para pessoas LGBTI+ deve ser criada por lei, e não por decisão judicial.

Ante o exposto, conclui-se que a hipótese foi confirmada. A cota eleitoral para as minorias sexuais e de gênero é uma possibilidade jurídica, pois se trata de ação afirmativa que visa a concretizar a igualdade material preconizada pela Constituição Federal como objetivo fundamental da República. Representa também uma necessidade política, dada a banalidade do mal homotransfóbico e a sub-representação política de pessoas LGBTI+ no Brasil.

## BIBLIOGRAFIA

1% mais ricos do mundo detêm mais do dobro de 6,9 bilhões de pessoas, aponta ONG. **G1**. 19 de janeiro de 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/01/19/1percent-mais-ricos-do-mundo-detem-mais-do-dobro-de-69-bilhoes-de-pessoas-aponta-ong.ghtml>>. Acesso em: 04 set. 2021.



ALAMINO, Felipe Nicolau Pimentel; DEL VECCHIO, Victor Antonio. Os Princípios de Yogyakarta e a proteção de direitos fundamentais das minorias de orientação sexual e de identidade de gênero. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 113, p. 645-668, jan/dez 2018. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/156674>>. Acesso em: 04 dez. 2021.

ALESSI, Gil. 60% dos eleitores brasileiros votariam em um candidato gay à presidência, mostra pesquisa. **El País**. 11 de agosto de 2021. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2021-08-11/60-dos-eleitores-brasileiros-votariam-em-um-candidato-gay-a-presidencia-mostra-pesquisa.html>>. Acesso em: 06 set. 2021.

ALMEIDA, Hélio Santos de; TEIXEIRA, Maria Cristina. Ações afirmativas como medida de proteção das minorias. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, v. 8, n. 8, p. 103-136, 2011. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/229057003.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2021.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOURDIEU, Pierre Félix. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.795/2020**. Altera a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições) e dá outras providências. Brasil: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2263685>>. Acesso em: 04 dez. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasil: Assembleia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/coFnstituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/coFnstituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 05 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasil: Congresso Nacional, 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm)>. Acesso em: 05 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Brasil: Congresso Nacional, 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm)>. Acesso em: 05 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 13 de junho de 2019, publicado em 06 de outubro de 2020 Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em: 04 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (Plenário). **Consulta nº 0604054-58.2017.6.00.0000/DF**. Relator: Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, julgado em 01 de março de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-tarcisio-transgeneros.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2021.

BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e C, 1857. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/185600>>. Acesso em: 03 dez. 2021.

CORBARI, Marcos Antonio. Governador do RS assume homossexualidade: “Sou gay, não tenho nada a esconder”. **Brasil de Fato**. 02 de julho de 2021. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2021/07/02/governador-do-rs-assume-homossexualidade-sou-gay-nao-tenho-nada-a-esconder>>. Acesso em: 07 set. 2021.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**. As ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 3ª Edição. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2009.

CUNHA, Olívia Evaristo. **Ações afirmativas: o princípio constitucional da igualdade e as cotas raciais**. 2017. 52 f. Trabalho de Conclusão de Curso. Graduação em Direito, Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia. 2017. Disponível em: <<http://repositorio.ufu.br/handle/123456789/20204>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

DIA do Orgulho Gay: os países onde é ilegal ser homossexual. **BBC News Brasil**. 28 de junho de 2021. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-57641679>>. Acesso em: 03 set. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Direito à livre orientação sexual e tutela da diversidade sexual pela Constituição Federal de 1988. In: FERRAZ, Carolina Valença [et al.] [Coord.]. **Manual do direito homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 75-87.

FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. **Revista Lua Nova**, São Paulo, n° 77, p. 11-39, 2009. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ln/a/BJJzVbgHXyxwYKHY-JbTYCnn/?lang=pt&stop=previous&format=html>>. Acesso em: 20 mar. 2022.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. In: AJUFE (Org.). **Seminário Internacional as minorias e o direito**. 1ed., 2003, p. 86-115. Disponível em: <[https://bradonegro.com/content/arquivo/11122018\\_205135.pdf](https://bradonegro.com/content/arquivo/11122018_205135.pdf)>. Acesso em: 31 ago. 2021.

HELVESLEY, José. Isonomia constitucional. Igualdade formal versus igualdade material. **Revista ESMAFE**, Recife/PE, v. 07, p. 143-164, 2004. Disponível em: <<https://revista.trf5.jus.br/index.php/esmafe/article/view/260>>. Acesso em: 01 set. 2021.

LIMA, Leize Ruama Sena Cunha; OLIVEIRA, Jenny; MOREIRA, Isadora Cavalcanti. Mulher transexual no discurso cisgênero: direito à igualdade e acesso à prática de não discriminação. **Missões: Revista de Ciências Humanas e Sociais**, v. 6, n. 4, p. 204-223, ago-dez, 2020. Disponível em: <<https://periodicos.unipampa.edu.br/index.php/Missoes/article/view/106912>>. Acesso em: 04 dez. 2021.

LOPES, Marcos Antônio. De Deus ao rei: O direito sagrado do mando (implicações teológico-religiosas na teoria política moderna). **Síntese**, Belo Horizonte, v. 37, n. 118, p. 215-226, 2010. Disponível em: <<http://www.faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/view/848>>. Acesso em: 01 set. 2021.

MARQUES, Danusa; CARVALHO, Arthur Henrique Santana. Eleições e carreiras políticas LGBTI+s: um campo político de estudos em formação. **Anais do 12º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política**, evento online, out. 2020, p. 01-22. Disponível em: <<https://cienciapolitica.org.br/web/system/files/documentos/eventos/2021/01/carreiras-politicas-lgbts-brasil-contemporaneo-caso-distrito.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2021.

OLIVEIRA, José Marcelo Domingos de; MOTT, Luiz. **Mortes violentas de LGBT+ no BRASIL – 2019**: Relatório do Grupo Gay da Bahia. 1ª Edição. Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 2020. Disponível em: <<https://grupogaydabahia.com.br/relatorios-anuais-de-morte-de-lgbti/>>. Acesso em: 06 set. 2021.

OS HOMENS mais ricos do mundo: Conheça os donos das maiores fortunas!. **Mobills**. 23 de maio de 2021. Disponível em: <<https://www.mobills.com.br/blog/os-homens-mais-ricos-do-mundo/>>. Acesso em: 04 set. 2021.

PEREIRA, Cleyton Feitosa. Barreiras à ambição e à representação política da população LGBT no Brasil. **Revista Ártemis**, João Pessoa, Vol. XXIV, nº 1; jul-dez. 2017. pp. 120-131. Disponível em: <<https://www.proquest.com/openview/cf1263ad7d0b7841e-65482aab8b806c7/1?pq-origsite=gscholar&cbl=4708196>>. Acesso em: 06 set. 2021.

PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cadernos de Pesquisa**, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/cp/a/3bz9Dd-q8YpxP87fXnhMZcJS/abstract/?lang=pt&format=html>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

PRECONCEITO, agressividade e desconfiança: como é ser ateu no Brasil. **BBC News Brasil**. 06 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-37640191>>. Acesso em: 06 set. 2021.

**PRINCÍPIOS de Yogyakarta**. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Julho de 2007. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf)>. Acesso em: 07 set. 2021.

PUTTI, Alexandre. Um LGBT é agredido no Brasil a cada hora, revelam dados do SUS. **Carta Capital**. 16 de julho de 2020. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/diversidade/um-lgbt-e-agredido-no-brasil-a-cada-hora-revelam-dados-do-sus/>>. Acesso em: 05 set. 2021.

QUANTIDADE de homens e mulheres. **IBGE Educa**, 2019. Disponível em: <<https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18320-quantidade-de-homens-e-mulheres.html>>. Acesso em: 06 set. 2021.

REYNOLDS, Andrew. Representation and Rights: The Impact of LGBT Legislators in Comparative Perspective. **American Political Science Review**, Vol. 107, Nº 2, p. 259-274, maio/2013. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/american-political-science-review/article/representation-and-rights-the-impact-of-lgbt-legislators-in-comparative-perspective/E24FDB19C4F65129822660667C8442D2>>. Acesso em: 07 set. 2021.

“Rights Are Won Only by Those Who Make Their Voices Heard”. **Exchange Alumni**, 03 jun. 2014. Disponível em: <<https://alumni.state.gov/alumni-story/rights-are-won-only-those-who-make-their-voices-heard>>. Acesso em: 17 fev. 2022.

RIO DE JANEIRO. **Lei nº 7041, de 15 de julho de 2015**. Estabelece penalidades administrativas aos estabelecimentos e agentes públicos que discriminem as pessoas por preconceito de sexo e orientação sexual e dá outras providências. Rio de Janeiro: Assembleia Legislativa, 2015. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/b24a2da5a077847c032564f4005d4bf2/0e48c858ff67abf883257e89006b504b?OpenDocument>>. Acesso em: 04 set. 2021.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176462>>. Acesso em: 02 set. 2021.

SALVADOR. **Lei nº 9.498, de 28 de novembro de 2019**. Altera a Lei nº 5.275, de 9 de setembro de 1997. Salvador: Câmara Municipal, 2019. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/ba/s/salvador/lei-ordinaria/2019/949/9498/lei-ordinaria-n-9498-2019-altera-a-lei-n-5275-de-9-de-setembro-de-1997>>. Acesso em: 04 set. 2021.

SANTOS, Douglas Vinícius de Oliveira; VIANA, Sander Prates. Por uma nova Demos. A inserção da comunidade LGBTQIA+ na gênese legislativa brasileira. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, São Paulo, v.7, n.1, p. 247-268, jan.2021. Disponível em: <<https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/447>>. Acesso em: 06 set. 2021.

SANTOS, Gustavo Gomes da Costa. Diversidade sexual e política eleitoral: Analisando as candidaturas de travestis e transexuais no Brasil contemporâneo. **Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista**

**Latinoamericana**, n. 23, ago. 2016. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/sess/a/bb84mwdz8Dc8VphrwpHXvD/abstract/?lang=pt&format=html>>. Acesso em: 06 set. 2021.

SILVA, Felipe Cazeiro da; SOUZA, Emilly Mel Fernandes de; BEZERRA, Marlos Alves. (Trans)tornando a norma cisgênera e seus derivados. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 27, n. 2, e54397, p. 01-12, 2019. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ref/a/dJXnfdnYrpSLPCxSZQHvfNv/?format=html&lang=pt>>. Acesso em: 05 set. 2021.

SILVA, Lucas Bittencourt; FREITAS, Victória Costa. O direito à privacidade das pessoas não heterossexuais: a relativização do requisito da publicidade nas uniões estáveis homoafetivas na ordem jurídica brasileira. **Revista Direito e Sexualidade**, Salvador, v. 1, n. 2, p. 118-144, jun./dez. 2020. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/revdirsex/article/view/42553>>. Acesso em: 05 set. 2021.

SILVA, Sérgio Gomes da. Direitos humanos: entre o princípio de igualdade e a tolerância. **Revista Praia Vermelha**, Rio de Janeiro, v. 19, nº 1, p. 79-94, Jan-Jun 2010. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/profile/Sergio-Gomes-7/publication/271135305\\_DIREITOS\\_HUMANOS\\_ENTRE\\_O\\_PRINCIPIO\\_DA\\_IGUALDADE\\_E\\_A\\_TOLERANCIA\\_Human\\_rights\\_between\\_the\\_principle\\_of\\_equality\\_and\\_tolerance/links/54be88d40cf28ce312326b81/DIREITOS-HUMANOS-ENTRE-O-PRINCIPIO-DA-IGUALDADE-E-A-TOLERANCIA-Human-rights-between-the-principle-of-equality-and-tolerance.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Sergio-Gomes-7/publication/271135305_DIREITOS_HUMANOS_ENTRE_O_PRINCIPIO_DA_IGUALDADE_E_A_TOLERANCIA_Human_rights_between_the_principle_of_equality_and_tolerance/links/54be88d40cf28ce312326b81/DIREITOS-HUMANOS-ENTRE-O-PRINCIPIO-DA-IGUALDADE-E-A-TOLERANCIA-Human-rights-between-the-principle-of-equality-and-tolerance.pdf)>. Acesso em: 31 ago. 2021.

SPINOLA-CASTRO, Angela Maria. A importância dos aspectos éticos e psicológicos na abordagem do intersexo. **Arq Bras Endocrinol Metab**, São Paulo, v. 49, n. 1, p. 46-59, Fev. 2005. P. 48. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0004-27302005000100007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0004-27302005000100007&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 04 dez. 2021.

UEDA; Carolyne Mayury; SANTANO, Ana Claudia. Transexuais e a busca do direito de representatividade política no ordenamento jurídico brasileiro. **Anais do EVINCI – UniBrasil**, Curitiba, v.4, n.2, p. 42-52, out. 2018. Disponível em: <<https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/anaisvinci/article/view/4145>>. Acesso em: 06 set. 2021.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **O STF, a homotransfobia e o seu reconhecimento como crime de racismo**: análise e defesa da decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a homotransfobia como crime de racismo. 1ª Edição. Bauru: Spessotto, 2020.

WILLS, Lina Cuellar. Violência contra pessoas LGBT. **Goethe-Institut**. Setembro de 2016. Disponível em: <<https://www.goethe.de/ins/br/pt/m/kul/fok/vio/20824652.html>>. Acesso em: 05 set. 2021.





# **DA IMPORTÂNCIA DO SISTEMA DE COMPLIANCE NOS PARTIDOS POLÍTICOS E NAS CAMPANHAS ELEITORAIS**

## **THE IMPORTANCE OF THE COMPLIANCE SYSTEM IN POLITICAL PARTIES AND ELECTORAL CAMPAIGNS**

Ricelle Brandão Barros<sup>1</sup>

### **RESUMO**

É fato notório que o processo de financiamento de campanhas eleitorais, na história do Brasil, é regado com muitos casos de escândalos e de corrupção e, com o objetivo de combater tais atos, já ocorreu, na história eleitoral, limitação de investimentos em campanhas com a proibição de financiamento empresarial. Ainda assim, não há mudanças significativas no Índice de Percepção da Corrupção, considerando a última pesquisa em 2020. Nesse viés, a presente pesquisa apresenta o programa de *compliance* como um sistema capaz de, com base em normas legais, no Direito Eleitoral, implementar uma gestão de controle dos investimentos e gastos das campanhas, com transparência e ética, por meio de mecanismo de prevenção, investigação, controle, treinamentos e responsabilização. E com isso, demonstrando a importância da implementação do sistema na execução de procedimentos, com o fim de verificar a origem das doações políticas e a destinação desses valores. A metodologia utilizada no desenvolvimento da pesquisa foi o procedimento bibliográfico, utilizando para tanto o método dedutivo dentro de um viés técnico crítico-exploratório, com o fim de abordar a força e a importância do programa de *compliance* como uma possível solução presente e real em ações práticas nas

---

1 Advogada. Mestre em Direito pela UniFG. Aluna especial da disciplina Estado Regulador e Serviços Públicos, oferecida pelo Programa de Doutorado em Direito - UFBA semestre de 2021.2. Aluna especial da disciplina Teoria do Direito e da Justiça e Tópicos Especiais do Direito do estado, oferecidas pelo PPGD - UFBA semestre de 2021.1. Pós-Graduada em Práticas Trabalhistas, Tributárias e Previdenciárias. Especialização em Direito Empresarial e Compliance. Coordenadora Adjunta do Curso de Direito FAINOR (2016 -2019). Professora de graduação e pós-graduação. Professora de cursos preparatórios para OAB (CEJAS e Êxito OAB). Vice-Presidente da Comissão de Compliance - OAB/BA. Professora pesquisadora dos grupos de pesquisa: CAJA – Centro de Análise Jurídica Ambiental (FAINOR) e Estudos em Compliance e Combate à Corrupção (OAB Subseção de Vitória da Conquista – BA).

campanhas eleitorais, com o fim de trazer condutas transparentes e em combate a corrupção nas prestações de contas.

**Palavras-chave:** Sistema de compliance; Financiamento eleitoral; Combate a corrupção; Campanhas eleitorais; Integridade.

## ABSTRACT

It is a well-known fact that the process of financing electoral campaigns, in Brazilian history, has been fraught with many cases of scandals and corruption, and in order to combat such acts, it has already occurred in electoral history, limitation of investments in campaigns, prohibition of business financing. But even so, there are no significant changes in the Corruption Perception Index, considering the last survey in 2020. In this perspective, this survey presents the Compliance program as a system capable of implementing, based on legal norms, in Electoral Law, a transparent and ethical management of control of investments and expenses of the campaigns, through a mechanism of prevention, investigation, control, training and accountability. And with that, demonstrating the importance of implementing the system in the execution of procedures, in order to verify the origin of political donations and the destination of these amounts. The methodology used in the development of the research was bibliographic, using the deductive method within a critical-exploratory technical bias, in order to address the strength and importance of the Compliance program as a possible present and real solution in practical actions in electoral campaigns, in order to bring about transparent conduct and in the fight against corruption, in accountability.

**Keywords:** compliance system; electoral funding; fight against corruption; electoral campaigns; integrity.

## 1 - INTRODUÇÃO

É fundamental entender que o programa de *compliance* visa à implementação de uma cultura de boas ações, com atos voltados à transparência, ética, integridade, conformidade e responsabilidade social das empresas privadas e do setor público, zelando pela reputação da sociedade e por práticas de boa governança, protegendo, dessa forma, os valores institucionais corporativos econômicos e sociais.

Para isso, faz-se necessário analisar os riscos operacionais, o fortalecimento dos controles internos das empresas e do setor

público, o estabelecimento de um código de conduta para administradores e colaboradores, a abertura de canal para denúncias, e apuração delas, quando ocorrerem; e a interpretação e o cumprimento das leis e normas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

É por essa razão que o programa de *compliance* vai além da mera conformidade com as normas legais e envolve a disseminação de uma gestão ética e transparente, por meio de mecanismo de prevenção, controle, treinamento e responsabilização em caso de má condutas ou corrupção.

Assim, a adoção de programas de integridade na campanha política representa uma mudança nos objetivos políticos, na estrutura interna, na organização e no funcionamento, bem como demonstram seus valores amparados por atos e ações éticas com o fortalecimento e a possibilidade de fiscalização de doações recebidas em benefício da campanha eleitoral.

Nesse sentido, é de suma importância analisar as razões de ser aplicado um programa de integridade dentro das campanhas eleitorais exatamente porque os partidos políticos exercem um papel muito relevante na consolidação da democracia brasileira, considerando que é por meio dos partidos que surgem os representantes políticos do Brasil.

Por isso, é necessário levantar o seguinte questionamento: considerando que os partidos políticos precisam de recursos públicos e privados e a obrigação de transparência deve ser ainda maior, frente a tanta corrupção que assola o país, a obrigação da implementação do sistema de *compliance* partidário é realmente eficaz e trará maior transparência na gestão desses recursos com o fim de realmente impedir corrupção e desvios?

Com o fim de responder ao problema levantado o presente trabalho se divide entre tecer uma análise sobre o sistema de *compliance*, sua inserção no Brasil, as bases fundamentais do programa e seus pontos positivos no Direito Eleitoral e a necessidade de implementação do *compliance* nas campanhas eleitorais visando ao combate à corrupção.

Para tanto a metodologia de pesquisa escolhida para o trabalho é pelo procedimento bibliográfico, utilizando para tanto o método de abordagem dedutivo, através de procedimento histórico/comparativo com técnica de pesquisa documental/bibliográfica.

A técnica utilizada, bibliográfica/documental pelo método dedutivo, foca em estabelecer uma premissa maior que são os

impactos e os pontos positivos que o sistema de *compliance* vem trazendo, garantindo transparência, integridade, ética e combate à corrupção no setor privado e público, e como essa premissa maior poderá trazer bons resultados ao Direito Eleitoral, em específico na prestação de contas das campanhas eleitorais que aqui seria uma premissa menor. E assim, trazer argumentos fundamentados, na problemática levantada, buscando trazer soluções ao questionamento feito.

Além disso, o procedimento necessário para a pesquisa é o crítico-exploratório para abordar as teorias desenvolvidas acerca do tema em análise, explorando dados divulgados em livros, revistas e legislação. Na utilização desse tipo de pesquisa será fundamental discorrer acerca dos dados analisados, para ao final buscar emitir opinião mais adequada à construção e ao entendimento da problemática posta.

## 2 - A CULTURA DO PROGRAMA DE COMPLIANCE E SUA INSERÇÃO NO BRASIL

É de extrema importância entender o que é o sistema de *compliance* e sua aplicabilidade, assim como de onde vem sua origem até chegarmos à necessidade de que o sistema se torne uma ferramenta obrigatória nos partidos políticos, com o fim de dar mais integridade e transparência nas campanhas eleitorais, em específico, na prestação de contas do dinheiro que financia as campanhas, e se ele é destinado de forma adequada sem desvios ou para os famosos “caixa dois”<sup>2</sup>.

Dessa forma, para se compreender a inserção do *compliance* no Brasil, antes de tudo, é fundamental abordar que o país vive uma crise moral, desde a chegada da família real em 1808. A família real tinha como costume uma vida regada por grandes luxos e privilégios e, além de seu estilo de vida, sustentava o poder da nobreza e dos altos funcionários que estavam a serviço da corte brasileira. Essa prática se transformou em um ciclo vicioso que

2 [...] o chamado “Caixa Dois”, expressão popularmente conhecida para designar a existência de recursos não contabilizados nas campanhas eleitorais, o abuso do poder econômico nas eleições, aliado à descoberta de sucessivos escândalos de corrupção vinculados ao financiamento eleitoral, têm motivado a apresentação de inúmeros projetos de lei com propostas de mudança da legislação eleitoral referente à arrecadação de recursos por partidos políticos e candidatos e à prestação de contas nas campanhas eleitorais. NETO, Jaime Barreiros. **Temas controversos da reforma política no Brasil**. Série Democracia e Reforma Política. Faculdade Baiana de Direito. Salvador: 2018. p. 89.

evidenciou atos de cultura de deslealdade e barganha política e barganha para cargos políticos<sup>3</sup>.

A forma como os cargos políticos eram “dados”, cedidos, nem sempre ocorria a pessoas capazes de gerir de forma adequada suas funções e, inevitavelmente, recaía no formato da má gestão da atividade pública, que ainda é sentido nos dias atuais<sup>4</sup>.

Isso traz um combo de fatores e práticas que a sociedade ao longo do tempo vem condenando e buscando cada vez mais lutar pelo combate à corrupção do país. A corrupção, principalmente na política, se tornou uma prática costumeira, fazendo com que a sociedade há muitos anos vivencie o que se pode chamar de crise moral e, infelizmente, sem generalizar, acaba vivendo por meio de comportamentos passados, com reflexos em atos políticos de deslealdade, improbidade, má-fé, favorecimentos, burocratização de atos públicos, pagamentos de propina, alimentando cada vez mais esse ciclo vicioso e corrupto<sup>5</sup>.

É dentro desse fluxo de ações ímprobas, sem moralidade, com envolvimento em escândalos e corrupção, tendo a corrupção no Brasil um elevado aumento, como pode ser verificado pela Transparência Internacional (Índice de Percepção da Corrupção 2020), estando na 94<sup>a</sup> posição, entre 180 países<sup>6</sup>, que assuntos

3 SARMENTO, George. **Improbidade administrativa**. Porto Alegre: Síntese, 2002. p. 26.

4 A elite do funcionalismo público brasileiro nasceu do tráfico de influência, do nepotismo, do parasitismo, do clientelismo e, sobretudo, do absoluto despreparo para a gestão do patrimônio público. Com a proclamação da República, em 1889, o sistema monárquico foi substituído pelo mandonismo dos chefes políticos e dos patriarcas rurais. Os cargos públicos foram loteados e distribuídos entre apadrinhamentos políticos e cabos eleitorais. Os primeiros anos da República foram marcados pelas barganhas partidárias e pela impunidade dos governantes. *Ibid.*, p. 26.

5 Entre 1928 e 1930, GRACILIANO RAMOS foi prefeito de Palmeira dos Índios. Ainda não tinha despontado como escritor. Era um político honesto, zeloso pelos cofres públicos. Demitiu funcionários relapsos, limpou a cidade, cobrou impostos, combateu o coronelismo. Embora tenha dado grandes demonstrações de sua integridade pessoal, não conseguiu convencer os seus conterrâneos de que o ato administrativo era isento de lucro pessoal, de que as verbas não podiam ser desviadas para os bolsos de parentes e aliados políticos. Suas medidas moralizadoras não foram entendidas. Saiu pobre e com muitos inimigos. Em seu famoso *Relatório ao Governador do Estado de Alagoas*, demonstrou que a probidade na gestão da coisa pública começa a ser construída a partir da decisão política de romper com o clientelismo provinciano e com o favorecimento a grupos econômicos comprometidos com a fraude eleitoral, com a sonegação de impostos e com o tráfico de influência [...]. Até meados do século passado, políticos e funcionários graduados tinham certeza da impunidade dos seus deslizes funcionais. **No Brasil, imperava a lei do “rouba, mas faz”, que refletia o conformismo do povo ante a corrupção [...]**. (grifo nosso). *Ibid.*, p. 53 a 55.

6 TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. **Índice de Percepção da Corrupção 2020**. Disponível em: [https://transparenciainternacional.org.br/ipc/?utm\\_source=Ads&utm\\_medium=Google&utm\\_campaign=%C3%A7%20de%20Percep%C3%A7%C3%A3o%20da%20Corrup%C3%A7%C3%A3o&utm\\_term=Ranking%20da%20Corrup%C3%A7%C3%A3o&gclid=Cj0KQCQjwh\\_eFBhDZARIsALHjIKF-y4D-](https://transparenciainternacional.org.br/ipc/?utm_source=Ads&utm_medium=Google&utm_campaign=%C3%A7%20de%20Percep%C3%A7%C3%A3o%20da%20Corrup%C3%A7%C3%A3o&utm_term=Ranking%20da%20Corrup%C3%A7%C3%A3o&gclid=Cj0KQCQjwh_eFBhDZARIsALHjIKF-y4D-)

como o do presente trabalho vêm sendo abordados cada vez mais, assim como a necessidade de se analisar e trazer como pauta os direcionamentos da política brasileira. E aqui abordando o sistema de *compliance* como um instituto capaz de trazer integridade e transparência nas campanhas políticas.

O *Compliance* iniciou nos Estados Unidos da América e não se deve fazer a tradução literal da palavra para a língua portuguesa (*compliance* = conformidade), pois o instituto *compliance* não é apenas direcionado ao agir em conformidade a algo, mas sim compreender que o sistema visa à boa conduta, transparência, ética e agir de acordo com um padrão, legislação ou estatuto, cumprindo com probidade, lealdade, boa-fê, direcionado às ações de empresas, corporações e indústrias<sup>7</sup>.

Em um breve relato histórico, os norte-americanos criaram o programa de *compliance* para ser aplicado em seu sistema financeiro pelo Banco Central Americano, nas relações comerciais portuárias, na indústria petroleira, entre outras atividades, com a necessidade de investigar o comportamento ímprobo de pessoas vinculadas ao sistema empresarial e econômico, e com isso buscar uma relação comercial mais transparente e segura, visando benefícios para qualquer negócio<sup>8</sup>.

Fala-se e se aplica o sistema de *compliance* em outros países entre eles, Alemanha, Itália, Espanha e Inglaterra com o foco mais voltado para questões privadas<sup>9</sup>. Como o foco do presente trabalho está no sistema de *compliance* brasileiro e sua repercussão no Direito Eleitoral, não será este o momento de revolver esse chão linguístico, com relação à evolução histórica do sistema de *compliance* no mundo, mas sim, focar no seu desenvolvimento no Brasil.

O *compliance* no Brasil inicia no Direito Empresarial, e o sistema é instituído e aplicado inicialmente em empresas estrangeiras que executavam suas atividades no território brasileiro. De forma legal, o programa de *compliance* é disciplinado na Lei nº 12.846/2013, na Lei Anticorrupção e na Lei da Empresa Limpa,

---

M13u4khHXD96Xd5-LBxsLwOpREcgYRHTvOPu0UV6mVKXjvx8aAmfFEALw\_wcB. Acesso em: 07 de jun. 2021.

7 TOMAZETI, Rafael Sgoda, et. al., **A importância do compliance de acordo com a Lei Anticorrupção**. Anais do XI EVINCI – Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, 2016. ISSN: 2525-5126.

8 CARNEIRO, Claudio. **Compliance e boa governança**: pública e privada. Curitiba: Juruá, 2018.

9 CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Funções e finalidades dos programas de *compliance*. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.) **Compliance**: perspectivas e desafios dos programas de conformidade. Belo Horizonte: Fórum, 2018. P. 53-69. ISBN 978-85-450-0564-3.



que ainda de forma prematura, tem o cunho de responsabilização nas searas administrativas e cíveis das empresas que pratiquem atos lesivos contra a administração pública, sendo, nesse momento, necessário para combater os atos de corrupção e escândalos que empresas e políticos participam no país<sup>10</sup>.

Assim, no que se refere a questões políticas, o *compliance* está dentro de uma base de boa governança pública e visa estabelecer padrões de comportamento dentro do que se espera dos partidos políticos, tendo como objetivo principal evitar ações antiéticas, imorais e corruptas por parte de seus membros, colaboradores e integrantes<sup>11</sup>.

Vê-se aqui que vai além da mera conformidade com as normas legais, envolvendo, assim, a disseminação de uma gestão ética e transparente, por meio de mecanismo de prevenção, controle, treinamentos e responsabilização. Nesse sentido, ressalta-se que, nos últimos anos, diversos fatores contribuíram para a implementação de programas normativos (*compliance programs*) como ferramentas essenciais dentro da estrutura societária, dentre eles a escalada do crime de corrupção e a lavagem de dinheiro no cenário nacional e internacional.

## **2.1 - BASES FUNDAMENTAIS DO PROGRAMA DE COMPLIANCE E A IMPORTÂNCIA DE SUA APLICAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

“Coisa pública” ou “coisa do povo” é terminologia que se refere a uma coisa que é de todos - não é propriedade privada - e deve ser mantida em conjunto por várias pessoas, pela sociedade, e por ser algo do povo e para o povo precisa de gestão pautada em pilares com previsibilidade legal, e em atos administrativos com condutas probas, pelo menos é assim que a sociedade deseja e espera da gestão pública. Por isso é fundamental apontar que o princípio da moralidade administrativa compreende atos de probidade, bom comportamento e integridade nas ações públicas, que são gerenciadas e desenvolvidas por agentes públicos. A Constituição Federal de 1988, no art. 37, traz de forma expressa os princípios

10 TOMAZETI, Rafael Sgoda, et. al., **A importância do compliance de acordo com a Lei Anticorrupção**. Anais do XI EVINCI – Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, 2016. ISSN: 2525-5126.

11 JÚNIOR RIBEIRO, Antônio. **Direito Eleitoral e Compliance: o due diligence como parâmetro para aferir a responsabilidade do partido político criado a partir de fusão**. Revista Estudos Eleitorais, Recife. Disponível em: [http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5369/2018\\_ribeiro\\_direito\\_eleitoral\\_compliance.pdf?sequence=1](http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5369/2018_ribeiro_direito_eleitoral_compliance.pdf?sequence=1) Acesso em: 06 jun. 2021.

da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, dentre esses, o princípio da moralidade é o que exige do gestor público comportamento pautado na boa-fé e na lealdade, devendo praticar atos administrativos de forma proba, honesta, pois, sua atuação se dá em nome de toda a sociedade, com as devidas responsabilizações, se assim não for sua atuação<sup>12</sup>.

Ainda dentro dessa perspectiva, a Lei nº 12.527/2011, que regula o acesso a informações, em seu art. 3º, retrata que os procedimentos nela disciplinados asseguram “o direito fundamental de acesso à informação” e têm suas diretrizes pautadas e executadas tendo em vista o princípio da transparência<sup>13</sup>.

À vista do exposto, nota-se que a transparência na administração pública está ligada ao princípio da publicidade, como já foi exposto, e é a forma da administração dar visão à sociedade dos atos administrativos que ela pratica. É mostrar, expor sua atuação, ser transparente nos seus atos públicos.

Nesse sentido, falando sobre transparência do Poder Público, fundamental abordar as lições do autor Claudio Carneiro, segundo o qual “o Sistema de Gestão de Compliance também é chamado de Programa de Integridade”, e nele, além de estarem vinculados os princípios previstos no art. 37 da CF/88, também é possível verificar os princípios da ética, transparência e integridade, pois “[...] é um sistema realmente capaz de garantir a legalidade e transparência na função pública, principalmente no que concerne à contratação por parte da Administração”<sup>14</sup>. E continua:

12 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompiled.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompiled.htm). Acesso em: 06 jun. 2021.

13 Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes [...] IV fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública. BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm). Acesso em: 07 jun. 2021

14 CARNEIRO, Claudio. **Compliance na Administração pública**: uma necessidade para o Brasil. Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadereito/article/view/103/21>. Acesso em: 18 abr. 2019.p. 3-6.

Inicialmente, pode causar estranheza associar o *Compliance* com a Administração Pública enquanto destinatária de tais normas, pois, teoricamente, este instituto teria nascido para adequar as sociedades (empresas) privadas à conformidade legislativa vigente. Ocorre que essa visão é equivocada, pois o Poder Público não só deve se submeter à legislação em comento, como deve dar o exemplo de boa-fé, legalidade e boa governança<sup>15</sup> (grifo do autor).

O sistema de *compliance* e sua aplicação no Brasil ainda são muito novos, principalmente no setor público, mas sua força se amolda muito bem aos aspectos da boa governança, com o fim de trazer base para a redução dos altos índices de corrupção no país, “[...] diante dos diversos conceitos que a Governança pode assumir, deixamos consignado que adotamos nesse texto a concepção de Governança, como observância das normas de boa conduta para a Administração Pública” e também para demonstrar “[...] o respeito às medidas adotadas pelas leis para governar o país em questão dentro de uma política ética e de combate à corrupção, ao suborno e às irregularidades administrativas [...]”<sup>16</sup>.

## **2.2 - INTEGRIDADE E TRANSPARÊNCIA: O SISTEMA DE COMPLIANCE COMO CONTROLE DE BOAS PRÁTICAS NO DIREITO ELEITORAL**

A exigência de integridade e transparência vem se tornando cada vez mais crescente na sociedade brasileira, principalmente, quando, no ano de 2014, os noticiários e a mídia nacional revelaram inúmeros escândalos de corrupção envolvendo políticos e grandes empresas bem-sucedidas nos mais diversos setores. Parte dessas práticas compreendeu ações corruptas, antiéticas e ilegais de pessoas envolvidas em atividades de corporações políticas, e aqui se engloba todos os graus de atuação da empresa, desde o seu principal líder ao seu colaborador de produção, principalmente com participação em financiamento a partidos políticos<sup>17</sup>.

Apesar de o *compliance* ser um tema novo, o sistema começou a ser implementado no setor privado. Como os resultados

15 Idem. **Compliance e boa governança**: pública e privada. Curitiba: Juruá, 2018. p. 148.

16 Ibid., p. 145-148

17 SOUZA, Claudio André de. **Para onde vai a política brasileira? Breve ensaio sobre a crise de representação e o pós-impeachment**. 1. ed. Curitiba: Aprpris, 2018.

foram positivos, mesmo que de forma recente, já foi percebida a sua força e os impactos positivos também no setor público, por ter uma estrutura que se aplica perfeitamente aos aspectos da “Boa Governança”, com a finalidade de reduzir os altos índices de corrupção no país<sup>18</sup>.

Ter uma cultura dentro de padrões éticos e em conformidade e responsabilidade social corporativa, com bases legais, buscando zelar pela reputação de uma sociedade e pelas práticas de boa governança, protegendo, dessa forma, os valores institucionais corporativos, são pilares fundamentais do sistema de *compliance*.

São diversos fatores, nos últimos anos, que contribuíram para a implementação de programas normativos (*compliance programs*) como uma ferramenta essencial na administração pública, visando a uma estrutura societária em combate ao crime de corrupção e à lavagem de dinheiro.

Nesse sentido, com o advento das Leis nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), Lei nº 12.683/2012 (Lei de Lavagem de Dinheiro) e Lei nº 12.850/2013 (Lei de Organizações Criminosas), vê-se que, cada vez mais, despontam, para o cenário da Administração Pública e, no caso em tela, questões que estejam vinculadas ao ramo do Direito Eleitoral, e, com isso, a necessidade de buscar minimizar riscos no exercício das atividades eleitorais.

É o ponto que se analisa, como já abordado, a “crise moral” que o país enfrenta, e enfrenta há muitos anos. Dentro de um crescimento da crise política com as manifestações ocorridas em 2013, através de uma busca social pela redemocratização, num sentimento geral da sociedade de que a política e os políticos são corruptos e abraçando a ideia de pautas vinculadas a anticorrupção visando uma luz de que “o Estado brasileiro deveria ser mais eficiente na oferta de serviços públicos”<sup>19</sup>.

É necessário entender que o regime democrático não comporta mais escândalo moral, ridicularização da política, fraudes financeiras e fraudes morais. A sociedade vem exigindo, cada vez mais, políticos respeitados que prezem pela qualidade econômica, educacional e social da democracia, buscando, com isso, uma verdadeira fonte de civilização, desenvolvimento humano e prosperidade<sup>20</sup>.

18 CARNEIRO, Claudio. Op. Cit., p. 145.

19 SOUZA, Claudio André de. Op. Cit., p. 19.

20 Ibid.

Nessa vertente, a implementação de um programa de *compliance* como ferramenta fundamental na amenização de riscos nos gastos e nas arrecadações de recursos financeiros nas eleições é o “pontapé” inicial capaz de possibilitar a ampliação de prevenção e controle de comportamentos inadequados e atos lesivos no processo de campanhas eleitorais através dos partidos políticos.

É de suma importância diferenciar o *compliance* partidário do *compliance* eleitoral. O *compliance* partidário é a implementação do programa de integridade na estrutura partidária com vistas a organizá-la de uma forma íntegra e conforme todas as temáticas que envolvem a organização de um partido enquanto uma instituição. Já o *compliance* eleitoral é a aplicação de todos os mecanismos do *compliance* durante a campanha política, desenvolvido por cada candidato ou partido, em colaboração pela integridade.

### **3 - DA NECESSIDADE DO PROGRAMA DE COMPLIANCE NAS CAMPANHAS ELEITORAIS**

O programa de *compliance*, em sua estrutura, possui mecanismos que asseguram a ocorrência de investigações internas corporativas, que, no âmbito dos partidos políticos, poderá ajudar e muito na manutenção de uma cultura ética, digna e moral, principalmente na base da sociedade brasileira, para poder presenciar períodos eleitorais com menos irregularidades e ilicitudes cometidas, tendo em vista que é um sistema de integridade capaz de identificar atividades conflitantes com ações vinculadas a corrupção e desvios nas eleições.

O processo de financiamento eleitoral no Brasil sempre foi regado de muita corrupção e pauta de muitos comentários, com maior repercussão na “Operação Lava-Jato”, principalmente no que se refere a maior investigação de corrupção da história do país. Foram muitas investigações e delações premiadas, visando acabar com um esquema bilionário de desvio de dinheiro<sup>21</sup>.

O que se combate na “Operação Lava-Jato” são crimes de corrupção ativa e passiva, gestão fraudulenta, lavagem de dinheiro, organização criminosa, obstrução da justiça, operação fraudulenta de câmbio e recebimento de vantagem indevida, com desdobramentos muito importantes e pessoas de nomes relevantes que foram presas. O autor Jaime Barreiros Neto ressalta:

[...] Relações espúrias entre financiadores clandestinos de campanhas eleitorais e políticos

21 Ibid., p. 86 e 87.

suspeitos de prática de atos de corrupção, constantemente têm vindo à baila do conhecimento da sociedade, como produto de investigação e de “delações premiadas” de acusados, demonstrando o quanto a má influência do poder econômico tem causado danos à democracia brasileira e à estabilidade das instituições políticas nacionais. Dispõe a Constituição Federal, no seu artigo 14, §9º, sobre a necessidade de a legislação eleitoral proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato, de forma a preservar a “normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”. Tal disposição normativa, ao tratar da necessidade de proteção da normalidade e da legitimidade dos pleitos contra a influência do poder econômico, oferece, a princípio, a possibilidade de uma interpretação equivocada e excessivamente restritiva a respeito do uso do dinheiro nas eleições, ao prever a necessidade de contenção da “influência do poder econômico”<sup>22</sup>.

Com esses apontamentos, é possível identificar, no programa de *compliance*, pilares que oferecem parâmetros para o combate de atos ilícitos. Um desses pilares e bem importante é o *due diligence*. Surgiu como um meio de verificar com quem as empresas transacionam, medindo elementos que podem trazer-lhes riscos operacionais e de reputação. É capaz de mensurar também as empresas que já possuem o sistema de *compliance* e quais delas tem realmente um sistema eficiente, com o fim de mostrar um histórico de cumprimento de normas, prevenção de riscos, e se já tiveram casos de práticas de atos ilícitos e com isso estabelecer uma “vigilância” ou estar aberta para ser analisada/investigada, o que abre campo para a implementação de uma cultura ética<sup>23</sup>.

O *due diligence* é um pilar que trata basicamente de diligências que venham evitar prejuízos e responsabilidades decorrentes de acordos firmados e que possam envolver atos ímprobos e corruptos. Assim, nesse cenário, já com análise no Direito Eleitoral, o *due diligence* funciona no padrão de requerer um maior cuidado nas doações eleitorais. E, com isso, o sistema de *compliance* visa ser uma medida preventiva a fim de evitar comportamentos antiéticos e ter controles internos com normas de avaliação<sup>24</sup>.

22 NETO, Jaime Barreiros. **Temas controversos da reforma política no Brasil**. Série Democracia e Reforma Política. Faculdade Baiana de Direito. Salvador: 2018. p. 69.

23 JÚNIOR RIBEIRO, Antônio. Op. Cit.

24 Ibid.



Considerando as notícias de corrupção que assolam o país, partindo de práticas realizadas cada vez mais por meios sutis, é preciso compreender que a corrupção se dá pela decorrência lógica da troca de valores, princípios éticos e morais, por vantagens pecuniárias. O processo eleitoral não deveria, mas não está distante dessa precificação de valores sociais por transações econômicas. É por isso que os financiamentos políticos precisam ter limites de gastos para todos os candidatos, é uma maneira de evitar o agravamento da corrupção, e buscar que o processo eleitoral não seja corrompido e em consequência acabe comprometendo a gestão pública<sup>25</sup>. A implementação do sistema de *Compliance* nos partidos políticos traz gestão de riscos e ajuda no processo de prestação de contas.

A Lei das Eleições nº 9.504/1997 prevê o Fundo Especial de Financiamento de Campanha – FEFC, em seus artigos 16-C e 16-D, assim como a arrecadação e aplicação de recursos nas campanhas eleitorais por meio de pessoas físicas, como leciona o art. 23. A Resolução nº 23.607/2019 do TSE, por sua vez, dispõe sobre arrecadações de recursos financeiros, gastos e prestações de contas, com as devidas alterações trazidas pela Resolução nº 23.624/2020 e 23.665/2021.

A Resolução TSE nº 23.704/2022 traz previsão legal para o limite de gastos de campanha para os cargos em disputa nas eleições de 2022<sup>26</sup>, assim como a Resolução nº 23.703/2022 altera a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos e candidatos sobre a prestação de contas nas eleições no que se refere a possibilidade de que “partidos políticos que não tenham utilizado os recursos destinados aos programas de promoção e difusão da participação política das mulheres ou cujos valores destinados a essa finalidade não tenham sido reconhecidos pela Justiça Eleitoral é assegurada a utilização desses valores nas eleições subsequentes”<sup>27</sup>.

Na Resolução nº 23.607/2019 do TSE encontra-se, no artigo 27, a previsão de limite de doações eleitorais para as pessoas físicas

25 MANZANO, Marcelo. **A corrupção e o financiamento das campanhas eleitorais.**

Disponível em: <https://www.cesit.net.br/a-corrupcao-e-o-financiamento-das-campanhas-eleitorais/>. Acesso em: 24 nov. 2022.

26 BRASIL. Resolução nº 23.704, de 30 de junho de 2022. Dispõe sobre os limites de gastos para os cargos eletivos em disputa nas eleições gerais de 2022. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2022/resolucao-no-23-704-de-30-de-junho-de-2022> Acesso em: 24 nov. 2022.

27 BRASIL. **Resolução nº 23.703, de 3 de maio de 2022.** Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2022/resolucao-no-23-703-de-3-de-maio-de-2022>. Acesso em: 24 nov. 2022



sendo de 10% da renda bruta anual declarada à Receita Federal, desde que o valor não ultrapasse R\$40 mil reais, e aqui, o limite não se aplica aos bens móveis e imóveis que seja do doador<sup>28</sup>. O artigo 35 inclui a confecção de material impresso de qualquer natureza, propaganda e publicidade direta ou indireta, por qualquer meio de divulgação; despesas com transportes e deslocamento de candidato e de pessoas a serviço da candidatura; aluguéis de locais para a promoção de atos de campanha eleitoral; instalação, organização e funcionamento de comitês de campanha; realização de comícios e eventos, entre outros<sup>29</sup>.

É importante ressaltar que as despesas de campanha são realizadas sob a responsabilidade dos partidos e candidatos e o somatório das despesas não pode ultrapassar o limite de gastos estabelecidos na Resolução n° 23.607/2019, sob pena de multa no valor de 100% da quantia que exceder o limite determinado, sem contar que o infrator pode responder também por abuso de poder econômico, conforme o art. 22, da Lei Complementar n° 64/1990<sup>30</sup>.

Isso tudo para dizer que, além da obrigatoriedade da prestação de contas como um processo fundamental no processo eleitoral, esse é o momento de demonstrar transparência, integridade, ética na arrecadação de recursos e nos gastos durante a campanha. O programa de *compliance*, sendo uma ferramenta obrigatória, trará uma prestação de contas segura, transparente, íntegra e não ficará restrito aos gastos e arrecadações nas campanhas políticas.

Por isso que a inserção da cultura de transparência, promovida pelos mecanismos do *compliance*, fornece resultados benéficos, já que promove transparência com segurança jurídica, numa prestação de contas segura, em um sistema capaz de trazer organização às eleições e evitando assim atos de abusos de poder econômico, corrupção e fraudes. Por tudo, será possível verificar uma cultura ética, capaz de prevenir doações que favoreçam interesses privados e que reduzam gastos desnecessários e até mesmo “caixa dois” durante as campanhas eleitorais.

28 BRASIL. **Resolução n° 23.607, de 17 de dezembro de 2019**. Dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos e candidatos e sobre a prestação de contas nas eleições. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-607-de-17-de-dezembro-de-2019>. Acesso em: 06 jun. 2021.

29 BRASIL. Op. Cit.

30 CASTRO. Op. Cit.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo exposto, é possível verificar que o programa de *compliance* tem ferramentas necessárias, dando total condição de atuar, de forma eficaz, nas questões do Direito Eleitoral, principalmente no que se refere à transparência, integridade, ética e combate a corrupção, no processo de financiamento e prestação de contas nas campanhas eleitorais.

Tal cenário, conjugado com um dos pilares do sistema de gestão de *compliance*, o *due diligence*, busca investigar a confirmação de dados, boa conduta e ética, nesse caso de candidatos eleitorais, revelando sua força na execução de procedimentos, visando verificar a origem de doações políticas, feitas por terceiros doadores. Assim como, sendo transparente e coerente em relatórios que demonstram os gastos e arrecadações das campanhas políticas, como uma gestão bem estruturada, com o fim de garantir uma melhor administração e contas em conformidade com a legislação e com o estatuto partidário, livre de desvios, “caixa dois”, corrupção, tendo em vista que os candidatos estarão submetidos a um sistema íntegro.

Por essa razão, pode-se dizer que o sistema de *compliance* tem a capacidade de averiguar o cumprimento dos limites de gastos nas campanhas políticas, somado com a prática de um dos seus principais passos, o *due diligence*, com parâmetro capaz de se aferir os riscos de doações de valores altos, até mesmo independente de limite de investimentos nas campanhas, sendo totalmente capaz de combater a grande corrupção existente no país.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 06 jun. 2021

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm). Acesso em: 07 jun. 2021.

BRASIL. **Resolução nº 23.607, de 17 de dezembro de 2019.** Dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos e candidatos e sobre a prestação de contas nas eleições. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-607-de-17-de-dezembro-de-2019>. Acesso em: 06 jun. 2021.

BRASIL. **Resolução nº 23.704, de 30 de junho de 2022.** Dispõe sobre os limites de gastos para os cargos eletivos em disputa nas eleições gerais de 2022. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2022/resolucao-no-23-704-de-30-de-junho-de-2022>. Acesso em: 24 nov. 2022.

BRASIL. **Resolução nº 23.703, de 3 de maio de 2022.** Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2022/resolucao-no-23-703-de-3-de-maio-de-2022>. Acesso em: 24 nov. 2022.

CARNEIRO, Claudio. **Compliance e boa governança:** pública e privada. Curitiba: Juruá, 2018. p. 148.

CARNEIRO, Claudio. **Compliance na Administração pública:** uma necessidade para o Brasil. Disponível em: <http://revistas.faculadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/103/21>. Acesso em: 18 abr. 2019. p. 3-6.

CASTRO, Tiago. **Arrecadações e gastos de campanha- ELEIÇÕES 2020.** Jusbrasil, abr 2020. Disponível em :<https://tiagoycastro.jusbrasil.com.br/artigos/838731049/arrecadacao-e-gastos-de-campanha-eleicoes-2020?ref=feed> Acesso em: 06 jun. 2021.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Funções e finalidades dos programas de *compliance*. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.) **Compliance:** perspectivas e desafios dos programas de conformidade. Belo Horizonte: Fórum, 2018. P. 53-69. ISBN 978-85-450-0564-3.

JÚNIOR RIBEIRO, Antônio. **Direito Eleitoral e Compliance:** o *due diligence* como parâmetro para aferir a responsabilidade do partido político criado a partir de fusão. Revista Estudos Eleitorais, Recife. Disponível em: [http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5369/2018\\_ribeiro\\_direito\\_eleitoral\\_compliance.pdf?sequence=1](http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5369/2018_ribeiro_direito_eleitoral_compliance.pdf?sequence=1) Acesso em: 06 jun. 2021.

MANZANO, Marcelo. **A corrupção e o financiamento das campanhas eleitorais**. Disponível em: <https://www.cesit.net.br/a-corrupcao-e-o-financiamento-das-campanhas-eleitorais/>. Acesso em: 24 nov. 2022.

NETO, Jaime Barreiros. **Temas controversos da reforma política no Brasil**. Série Democracia e Reforma Política. Faculdade Baiana de Direito. Salvador: 2018.

SARMENTO, George. **Improbidade administrativa**. Porto Alegre: Síntese, 2002.

SOUZA, Claudio André de. **Para onde vai a política brasileira? Breve ensaio sobre a crise de representação e o pós-impeachment**. 1. ed. Curitiba: Aprpris, 2018.

TOMAZETI, Rafael Sgoda, et. al., **A importância do compliance de acordo com a Lei Anticorrupção**. Anais do XI EVINCI – Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, 2016. ISSN: 2525-5126.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. Índice de Percepção da Corrupção 2020. Disponível em: [https://transparenciainternacional.org.br/ipc/?utm\\_source=Ads&utm\\_medium=-Google&utm\\_campaign=%C3%8Dndice%20de%20Percep%C3%A7%C3%A3o%20da%20Corrup%C3%A7%C3%A3o&utm\\_term=Ranking%20da%20Corrup%C3%A7%C3%A3o&gclid=Cj0KCQ-jwh\\_eFBhDZARIsALHjIKf-y4DM13u4khHXD96Xd5-LBxsLwOpRE-cgyRHTvOPu0UV6mVKXjvx8aAmfFEALw\\_wcB](https://transparenciainternacional.org.br/ipc/?utm_source=Ads&utm_medium=-Google&utm_campaign=%C3%8Dndice%20de%20Percep%C3%A7%C3%A3o%20da%20Corrup%C3%A7%C3%A3o&utm_term=Ranking%20da%20Corrup%C3%A7%C3%A3o&gclid=Cj0KCQ-jwh_eFBhDZARIsALHjIKf-y4DM13u4khHXD96Xd5-LBxsLwOpRE-cgyRHTvOPu0UV6mVKXjvx8aAmfFEALw_wcB). Acesso em: 07 de jun. 2021.



# ÓBICE ÀS LIMITAÇÕES: UMA ANÁLISE DO AUTOFINANCIAMENTO ELEITORAL

## OBJECTION TO LIMITATIONS: AN ANALYSIS OF THE ELECTORAL SELF-FINANCING

Victor Chaves Quilici<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente trabalho busca analisar o instituto do auto-financiamento, estabelecido pela Lei 13.878/19, que incluiu na Lei 9.504/97 (Lei das Eleições) o art. 23 §2º-A. A cada dois anos, os debates sobre as reformas políticas se intensificam nas discussões doutrinárias e no Congresso Nacional e assim, acertadamente, o legislador impôs limitações à utilização abusiva do dinheiro nas eleições, buscando limitar os seus efeitos nefastos para preservar a legitimidade e a normalidade das eleições. Entretanto, entendemos que houve um excesso de limitação ao instituir de forma radical o autofinanciamento em 10% das campanhas eleitorais, forçando o candidato a buscar no fundo eleitoral ou, até mesmo, de formas ilícitas ou indiretas, maneiras de custear as suas campanhas. Este artigo visa então discutir qual é o impacto dessa limitação no pleito eleitoral e compreender qual objetivo do legislador na aplicação deste dispositivo, para assim, entender os seus riscos e consequências e apresentar uma proposta de alteração no aparelho legal da Lei das Eleições.

**Palavras-chave:** Autofinanciamento. Conduta vedada. Limitações às doações eleitorais. Recursos nas campanhas eleitorais. Limite de gastos.

### ABSTRACT

This work seeks to analyze the institute of self-financing, established by Law 13.878 / 19 which included in Law 9.504

---

1 Advogado, sócio-proprietário do Quilici & de Brito Advocacia. Assessor Legislativo na Câmara Municipal de Salvador. Pós-graduando em Direito Eleitoral pela PUC MINAS e Aluno Especial do Mestrado pelo Programa de Pós-Graduação de Direito da UFBA

/ 97 (Law of Elections) art. 23 §2-A. Every two years, debates on political reforms intensify in doctrinal discussions and in the National Congress, and so, rightly, the legislator imposed limitations on the misuse of money in elections, seeking to limit its harmful effects to preserve the legitimacy and normality of elections. However, we understand that there was an excess of limitation when radically instituting self-financing in 10% of electoral campaigns, forcing the candidate to search the electoral fund or, even, illicitly or indirectly, for ways to fund his campaigns. This article then aims to discuss what the impact of this limitation is on the electoral election and understand what the legislator's objective is in the application of this provision, in order to understand its risks and consequences and present a proposal to change the legal provision of the Elections Law.

Keywords: Self funding. Fenced duct. Limitations on electoral donations. Election campaign resources. Spending limit.

## 1. INTRODUÇÃO

A aplicação dos recursos nas campanhas eleitorais, assim como as sucessivas reformas, ou melhor, “minirreformas” políticas, tem sido objeto de alterações legislativas a cada biênio, sempre apontando para a próxima eleição. Foi em 2019, visando o pleito de 2020, através da Lei 13.878 de 2019, que houve importantes, indispensáveis e questionáveis alterações às eleições municipais, outrossim, a reforma eleitoral supriu uma lacuna, mas novamente de forma muito deficiente<sup>2</sup>. Destarte, cumpre destacar que o presente artigo não se propõe a discutir os modelos de financiamentos eleitorais no Brasil, mas, apenas uma reflexão acerca das recentes limitações, sobretudo, o instituto do autofinanciamento, disposto no § 2º-A do art. 23 da Lei 9.504/97 (Lei das Eleições). Para melhor compreensão e para efeitos didáticos, este artigo trará somente as alterações eleitorais do íterim das eleições de 2012 a 2020. Vejamos:

---

SCHLICKMANN, Denise Goulart. *Financiamento de Campanhas eleitorais*. 10ª Edição. Juruá. 2020.



Até as eleições municipais de 2012 o tema do limite de gastos por partidos políticos e candidatos ainda era pouco explorado. A resolução nº 23.376 de 2012, em seu art. 3º, dispôs sobre o art. 17-A da Lei 9.504/97, também conhecida como a Lei das Eleições que mantinha a carga dos partidos políticos a definição de tais limites:

Art. 17-A. Caberá a lei fixar, até 10 de junho de 2012, o limite máximo dos gastos de campanha para os cargos em disputa (Lei 9.504/1997, art. 17-A). § 1º Na hipótese de não ser editada lei até a data estabelecida no caput, os partidos políticos, por ocasião do registro de candidatura, informarão os valores máximos de gastos na campanha, por cargo eletivo. (Lei 9.504/1997, art. 17-A)

No arcabouço legislativo, não havia nenhuma limitação ao gasto eleitoral, exceto se fosse iniciativa do próprio partido político, esta mesma norma era também utilizada no que concerne ao autofinanciamento, ou seja, a possibilidade de determinado candidato financiar sozinho a sua campanha. Por consequência aqueles partidos ou candidatos com maior poderio econômico utilizavam de tais recursos para angariar votos nas eleições. Afinal, é indubitável que o poder econômico torna mais fácil a conquista do eleitorado, seja através de meios lícitos, como a promoção e produção de propagandas partidárias com maior alcance e qualidade, como também dos meios ilícitos de captação de sufrágio, prática ainda muito presente nos processos eleitorais brasileiros.

Em linhas gerais e com mudanças pouco significativas, até as eleições de 2014 era necessária a edição de lei específica para fixar o valor de gastos nas candidaturas, ou em caso de omissão, estaria a cargo dos partidos políticos tal decisão e sua devida publicidade à justiça eleitoral. Foi somente com a promulgação da Lei 13.165 de 2015, uma das minirreformas que estão nos anais das alterações legislativas eleitorais que começou a se desenhar o limite de gastos nas campanhas como conhecemos hoje, de maneira especial ao que tange a extinção do financiamento privado de

campanha<sup>3</sup>, alvo de longos debates legislativos, acadêmicos e jurídicos, seguindo o juízo do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 4.650. Para Daniel Hidalgo<sup>4</sup>, essa mudança no financiamento trouxe um equilíbrio muito importante para a democracia, uma vez que, no sistema anterior, boa parte dos recursos se concentrava nas mãos de poucos atores. Seus principais defensores utilizam como argumentos favoráveis, o combate ao fisiologismo político e ao abuso do poder econômico<sup>5</sup>. Insta salientar que o atual modelo de financiamento de campanhas adotado pelo Brasil é o misto, nos quais, recursos públicos e privados são permitidos. Os descumprimentos de tais dispositivos normativos poderão acarretar, além da responsabilidade judicial por abuso de poder econômico, a perda pelos partidos políticos das quotas do fundo partidário do ano seguinte<sup>6</sup>

Uma nova redação dada ao art. 20 da Lei 9.504/97<sup>7</sup> mudou substancialmente as regras do jogo, limitando em regra o financiamento de campanhas a cotas do fundo partidário, doações de pessoas físicas e o autofinanciamento (recursos próprios). Atualmente existe também o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), promulgado pela Lei 13.487/17, o qual se trata de um fundo financeiro integralmente constituído por recursos públicos, oriundos de emendas parlamentares do Congresso Federal e é distribuído aos partidos políticos de acordo com o número de cadeiras obtidas por cada um nas eleições gerais anteriores. Nas eleições gerais de 2018, quase 1.8 bilhões de reais foram destinados para o FEFC, e pasmem, quase 630 milhões estiveram concentrados nas mãos dos três maiores partidos do País (MDB, PT e PSDB)<sup>8</sup>. Tais números nos trazem a refletir:

3 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113165.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113165.htm) Acesso em 15 de abril de 2021.

4 <https://www.fecomercio.com.br/noticia/fim-do-financiamento-privado-de-campanhas-muda-perfil-de-candidatos-eleitos>> Acesso em 15 de abril de 2021.

5 BARREIROS Neto; BARRETO Rafael. *Direito Eleitoral para os concursos de técnico e analista dos TREs e TSE*. 5ª Ed. Salvador. JusPodivm: 2017.

6 *Ibidem*.

7 “O candidato a cargo eletivo fará, diretamente ou por intermédio de pessoa por ele designada, a administração financeira de sua campanha usando recursos repassados pelo partido, inclusive os relativos à cota do Fundo Partidário, recursos próprios ou doações de pessoas físicas, na forma estabelecida nesta Lei”.

8 LAURITZEN, Felipe (2020). *Who finances Brazilian democracy? A empirical analysis*

A exclusividade do financiamento público de campanha, de fato, trouxe representatividade financeira para as minorias políticas, argumento trazido à baila deste debate pelos seus principais defensores, ou apenas dá maior concentração dos recursos destinados para campanha aos partidos tradicionais, promovendo, portanto, a manutenção de poder concentrado? Robert A. Dahl, em sua célebre obra “Sobre a Democracia”, traz a analogia de Janus, uma divindade Romana bifronte, com dois rostos apontando para direções diferentes<sup>9</sup>. Janus é o Deus da mediação das preces humanas, mas certamente, incapaz de mediar o limiar ainda tênue do financiamento de campanha das eleições brasileiras.

Para as pessoas físicas existe mais uma limitante, as doações e contribuições de que trata o art. 20 ficam limitadas a 10% (dez por cento) dos rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano anterior à eleição<sup>10</sup>. Neste ponto, há uma adequação às alterações, afinal, não faria sentido extinguir o financiamento privado de campanha e não limitar as doações de pessoas físicas a fim de evitar possíveis abusos do poderio financeiro das empresas de forma indireta.

É necessário, todavia, trazermos à baila desse debate breves comentários acerca do instituto do abuso do poder econômico, “Nesse sentido é o que surge o cuidado da legislação para com a questão da influência monetária nas competições eleitorais”<sup>11</sup> já combatido na forma legal no § 9º do art. 14 da CF/88<sup>12</sup> e a Lei Complementar 64/90 em seu art. 22<sup>13</sup>. Tratamos então de limites necessários a evitar, ou

---

*of the 2015 2017 election finance reforms.* Disponível em <[https://www.researchgate.net/publication/344259711\\_Who\\_finance\\_Brazilian\\_democracy\\_An\\_empirical\\_analysis\\_of\\_the\\_2015\\_and\\_2017\\_election\\_finance\\_reforms](https://www.researchgate.net/publication/344259711_Who_finance_Brazilian_democracy_An_empirical_analysis_of_the_2015_and_2017_election_finance_reforms)> Acesso em 15 de abril de 2020.

9 DAHL, Robert A. *Sobre a Democracia*. 1. Ed. Brasília: UNB, 2001.

10 Art. 23. § 1º da Lei 9.504/97 (Lei das Eleições).

11 ALVIM, Frederico. *Abuso de poder nas competições eleitorais*. Curitiba: Juruá, 2019.

12 “Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.”

13 “Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em

ao menos conter, o abuso do poderio financeiro nas eleições, haja vista que “a expressão abuso de poder econômico deve ser compreendida como a concretização de ações que denotem mau uso de situações jurídicas ou direitos e, pois, de recursos patrimoniais”<sup>14</sup>

A minirreforma eleitoral também inovou ao promover alterações na redação da Lei das Eleições em que “os limites de gastos de campanha, em cada eleição, são definidos pelo Tribunal Superior Eleitoral com base nos parâmetros definidos em lei”, - com a edição da Lei 13.488/17 foi suprimida a expressão “em cada eleição” - e trouxe dispositivos autônomos em seus artigos 5º, 6º, 7º e 8º para tal regulamentação. Deste modo, foram utilizados como parâmetro os gastos ocorridos nas eleições municipais de 2012 e gerais de 2014 para definir o quantum financeiro seria possível utilizar nas eleições posteriores.

Para os cargos majoritários, havia uma proporcionalidade de 70% do valor gasto na última eleição da respectiva circunscrição quando a disputa ocorresse somente em primeiro turno e 50% quando em dois turnos. O segundo turno, todavia, tinha a limitação em 30% do valor previsto. A norma trazia também uma limitação para pequenos municípios com até dez mil eleitores, onde o limite para Prefeito seria de R \$100.000,00 (cem mil reais) e para Vereador de R\$10.000,00 (dez mil reais). Nas eleições proporcionais e para senadores da República, o limite foi fixado em 70% do maior gasto contratado na circunscrição para o respectivo cargo na eleição anterior. Por exemplo, se em 2012 o maior gasto na campanha para prefeito de um determinado município com menos de 200 mil eleitores, portanto, sem a possibilidade de segundo turno, foi R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), estaria fixado então para as eleições de 2016 o teto máximo de R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais) em gastos de campanha para o mesmo cargo.

Deu-se início então a uma correta, porém desenfreada e ainda descarrilhada engenharia legislativa para limitar a

---

benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito: [...]

14 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

utilização do poder financeiro nas eleições. Nessa quadra temporal o autofinanciamento permaneceu inalterado a 50% do patrimônio do candidato, mas se tornava objeto de latentes debates no Congresso Nacional e na doutrina eleitoral como uma forma de conter o abuso financeiro das eleições.

Em 2019, às vésperas de mais uma eleição municipal, deu-se início novamente aos movimentos legislativos que antecedem ao princípio da anualidade eleitoral disposto no art. 16 da Constituição Federal, o qual impõe ao legislador a impossibilidade de qualquer alteração nas regras das eleições há menos de um ano da data do pleito, que em tempos e condições normais, ocorre sempre ao primeiro domingo do mês de outubro dos anos pares. Neste diapasão, editou-se então a Lei 13.878 de 2019 que trouxe dois novos artigos à Lei das Eleições, o art. 18-C e o art. 23 § 2º-A, este último, nosso principal objeto de análise acadêmica: O autofinanciamento das eleições.

## **1. ÓBICE ÀS LIMITAÇÕES: O AUTOFINANCIAMENTO E SEUS ASPECTOS HISTÓRICOS**

Vimos que, durante as últimas minirreformas eleitorais, um dos principais objetivos das mudanças foram as formas de financiamento de campanha a fim de evitar a força do dinheiro no resultado final do processo eleitoral. O abuso de poder econômico como uma conduta vedada, sob pena de cassação de mandato e expedição de diploma, os já debatidos limitadores dos gastos eleitorais nas eleições e, por fim, a extinção do financiamento privado de campanha e a limitação das doações de pessoas físicas para evitar as doações cruzadas, medidas, a nosso ver, assertivas.

Entretanto o legislador não se deu por satisfeito e trouxe à baila para a legislação eleitoral aquela que entendemos ser um limite às limitações, o descomedido instituto do novo autofinanciamento, editado pela Lei 13.878/19 em seu art. 23 § 2º-A<sup>15</sup>. O autofinanciamento não se trata propriamente

15 “O candidato poderá usar recursos próprios em sua campanha até o total de 10% (dez por cento) dos limites previstos para gastos de campanha no cargo em que concorrer”.

de doação, mas de investimento do candidato na própria campanha<sup>16</sup>. Ora, se um terceiro qualquer pode doar 10% do seu rendimento bruto do ano anterior, parece desrazoável, portanto, que o próprio candidato não possa seguir a mesma regra. Estamos diante de um confronto normativo que por ora beneficia e por ora prejudica uma campanha eleitoral de um partido ou candidato.

Se em 2006 parecia, e era, incoerente permitir que o candidato pudesse utilizar 50% da sua fortuna para os gastos eleitorais, também nos parece irrazoável tão quanto o atual modelo financiar sua própria campanha. Um exemplo hipotético, onde o teto de gastos para eleição de prefeito para determinado município seja R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), o próprio candidato só pode doar o valor de R\$100.000,00 (cem mil reais), correspondente a 10%. Os demais 90%, portanto, devem ser oriundos do Fundo Especial para o Financiamento Público de Campanha, do Fundo Partidário ou da doação de outras pessoas físicas, o que acaba gerando um alto índice das conhecidas doações cruzadas, quando o candidato recebe o dinheiro por doação de pessoa física e devolve o valor ao doador.

Além disso, passamos então a análise da Lei 13.878/19 que alterou as regras eleitorais para as eleições de 2020, especialmente em tentar compreender quais motivos levaram o legislador a criar uma limitante às limitações aos candidatos a ponto dos mesmos passarem a ter menos capacidade de autodoação do que arrecadação por outra pessoa física.<sup>2</sup>

## **2. OBJETIVOS E IMPACTOS DA LEI 13.878/19**

Como já citado, a Lei 13.878 de 03 de outubro de 2019 trouxe a última mudança aos limites de gastos de campanhas nas eleições de 2020. Apesar de enxuta, a referida lei trouxe significativas alterações aos players eleitorais e a sua forma de organização para a disputa do pleito municipal. A inclusão dos artigos 18-C e o § 2º-A do art. 23 da Lei 9.504/97 (Lei das Eleições) enseja o nosso principal objeto de análise,

<sup>16</sup> GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 15 ed. São Paulo: Atlas. 2020.

o autofinanciamento, o qual está contido neste último dispositivo, o qual passamos a discorrer.

Por se tratar de uma recente alteração, pouco ainda se falou da doutrina acerca do autofinanciamento, entretanto, o tema foi amplamente discutido nos corredores do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal, com extensos debates legislativos e jurídicos acerca da matéria. A Lei 13.165/2015 dispunha, em seu § 1º-A do art. 23, a possibilidade de utilização de recursos próprios até o limite de gastos estabelecidos pela norma<sup>17</sup>. A Lei 13.488/2017 revogou § 1º-A, entretanto, após vetos e derrubadas de vetos legislativos, a promulgação da referida Lei só ocorreu em 15 de dezembro do mesmo ano, gerando um impasse à sua aplicabilidade ou não em cumprimento ao princípio da anualidade eleitoral. Em tempos, o autofinanciamento para as eleições de 2018 ocorreu de acordo com a Lei anterior, permitindo que o candidato pudesse arcar com a totalidade do permitido pela Legislação eleitoral.

Foi somente com o advento da Lei 13.488<sup>18</sup> de 06 de outubro de 2019 – ressalte-se, um dia antes da data prevista para não ferir novamente o princípio da anualidade – que finalmente modificações às regras do autofinanciamento aconteceram. Anterior à derradeira celeuma legislativa, houve algumas tentativas de questionar a validade do autofinanciamento total no Supremo Tribunal, através de ADIs no que acabaram por extintas devido a perda superveniente do objeto, uma vez que o dispositivo ora discutido já havia sido definido através de matéria legislativa. O principal argumento dos defensores da limitação de 10% do autofinanciamento é evitar uma situação desigual, por (sic) beneficiar os candidatos com maior poder econômico em relação aos demais candidatos, ferindo assim, o princípio da isonomia eleitoral. Entendemos que tal argumento não traz validade prática, temos, portanto, um posicionamento minoritário, mas que

17 BRASIL. Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015/2015/lei/l13165.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015/2015/lei/l13165.htm)>. Acesso em: 15 abril de 2021

18 BRASIL. Lei nº 13.488, de 06 de outubro de 2019. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13488.htm#art11](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13488.htm#art11)> Acesso em 15 de abril de 2021.



busca refletir sobre a razoabilidade de limitar às limitações da única alternativa ao financiamento público de campanha. Tal ponderação está intimamente abotoada às ideias de liberdade e igualdade, princípios dos quais Norberto Bobbio (1997)<sup>19</sup> nos oferece esclarecimento.

Liberdade e igualdade são os valores que servem de fundamento à democracia. Entre as muitas definições possíveis de democracia, uma delas - a que leva em conta não só as regras do jogo, mas também os princípios inspiradores - é a definição segundo a qual a democracia é não tanto uma sociedade de livres e iguais (porque, como disse, tal sociedade é apenas um ideal-limite), mas uma sociedade regulada de tal modo que os indivíduos que a compõem são mais livres e iguais do que em qualquer outra forma de convivência. A maior ou menor democraticidade de um regime se mede precisamente pela maior ou menor liberdade de que desfrutam os cidadãos e pela maior ou menor igualdade que existe entre eles (BOBBIO, 1995)

Novamente a figura do Deus Janus nos traz a reflexão: para qual lado da mudança olhar? O que buscou o legislador ao permitir que um terceiro - seja ele rico ou não - possa fazer uma doação em até 10% da sua fortuna para um determinado candidato, mas este mesmo candidato esteja sob a égide de uma limitação ainda mais intensa?

Muito se fala em evitar o “efeito Dória”, quando o então candidato a prefeito de São Paulo fez uma doação no valor de R \$4,4 milhões para sua própria campanha, o equivalente a 35% do permitido nas eleições de 2016. A limitação do autofinanciamento busca combater a força dos candidatos economicamente superiores, mas, ao mesmo tempo, a legislação permite que tais candidatos possam receber um aporte tão grande, ou até mesmo superior de amigos, parentes, apoiadores e correligionários.

---

19 BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

## 4. CONCLUSÃO

À guisa de conclusão reflexiva, entendemos que estamos diante de um limite às limitações já existentes, ou então, com a devida vênia aos nossos nobres legisladores, a uma anomalia normativa.

Atentando-se apenas à legislação em vigor podemos encontrar três limitações ao abuso do poder econômico nas eleições: a) as investigações judiciais contidas no art. 22 da Lei das Inelegibilidades que inquiram a punir o abuso de poder econômico; b) os artigos 18-C e o § 1º do art. 23 da Lei das Eleições que dispõem, respectivamente, sobre o limite de gastos nas campanhas eleitorais e a limitação da doação de terceiros em 10% do rendimento bruto auferido no ano anterior a candidaturas.

É latente – e coadunamos com tal posicionamento – a necessidade de limitar a utilização de recursos privados nas campanhas eleitorais a fim de evitar, por exemplo, o que recentemente ocorreu nos Estados Unidos, quando o pré-candidato Michael Bloomberg gastou o equivalente a R\$ 2.1 bilhões de reais apenas na tentativa de ser o candidato indicado pelo Partido Democrata em suas prévias. Um recorde de autofinanciamento nos Estados Unidos e muito provavelmente no mundo. Ressalta-se que nossa reflexão é uma crítica ao limite das limitações já existentes, e a ausência de isonomia entre as doações de terceiros e o autofinanciamento.

Qual seria então o real objetivo em limitar o autofinanciamento se já existem tais limitações? Evitar o abuso do poder econômico em geral, ou evitar apenas que candidatos que detenham seu próprio patrimônio possam disputar as eleições com mais transparência? Nesta esteira, surgem dois grandes problemas: As doações cruzadas e o aumento significativo dos gastos de campanha não declarados. Ora, se um candidato rico não pode financiar sua campanha, que faça então alguém próximo a ele. O que não é proibido é permitido. Ou pior, que faça sem a transparência que lhe é devida, parafraseando Carlos Drummond, “as leis não bastam, os lírios não nascem das leis”.

Imagine um cenário onde um candidato a Deputado Estadual em 2018<sup>20</sup> que dispunha de um teto de gastos em R \$1 milhão de reais. De acordo com as regras em vigor do autofinanciamento, ele só pôde utilizar legalmente e de forma transparente R \$100 mil reais de recursos próprios. Entretanto, um eventual correligionário que possuísse uma fortuna declarada em R \$9 milhões de reais no ano anterior, poderia, legalmente, complementar o teto e doar R \$900 mil reais para a campanha desse candidato.

Entendemos, portanto, que o § 2º-A do art. 23 da Lei 9.504/97<sup>21</sup> não traz efetividade ao seu principal escopo que é coibir o abuso de poder econômico das eleições, mas, acaba por criar uma limitação a um grupo restrito de candidatos e incentivar a falta de transparência das prestações de contas de campanha, além de afastar candidatos com autonomia e independência político-partidária, afinal, como já trouxemos à baila deste artigo, os recursos do financiamento público de campanha estão cada vez mais concentrados a um grupo minoritário e tradicional de partidos políticos, servindo como um limite inócua e prejudicial à liberdade, e por que não, à igualdade eleitoral diante das já existentes limitações com o intento de coibir a força do dinheiro nas eleições.

No atual contexto que nos encontramos, vislumbramos dois caminhos suscetíveis a reparar tal incoerência legal: Suprimir a limitação ao autofinanciamento, permitindo que o candidato possa custear a sua própria campanha dentro das limitações já impostas pela legislação e sob apuração dos órgãos de controle para evitar o uso indevido ou abuso do poder econômico – o que nos parece mais sensato – como já anteriormente previsto pela Lei 13.165 de 2015<sup>22</sup> e posteriormente revogado pela Lei 13.488 de 2019, ou, alternativamente, promover uma alteração legislativa para limitar a doação de terceiros a também 10% da do teto de gastos legais, como forma justa de prover maior isonomia às doações para

20 BRASIL. Lei nº 13.488, de 06 de outubro de 2019. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13488.htm#art11](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13488.htm#art11)> Acesso em 15 de abril de 2021.

21 “O candidato poderá usar recursos próprios em sua campanha até o total de 10% (dez por cento) dos limites previstos para gastos de campanha no cargo em que concorrer”.

22 “O candidato poderá usar recursos próprios em sua campanha até o limite de gastos estabelecido nesta Lei para o cargo ao qual concorre”

campanhas eleitorais, nestes termos, invertermos a ordem. Promover a isonomia das limitações de doações eleitorais e garantir a coerência do discurso.

Este ano tradicionalmente se discute e aprovam mudanças legislativas visando às próximas eleições. No mês de fevereiro, a Câmara dos Deputados instituiu um Grupo de Trabalho com especialistas e aberto à consulta pública para discutir novas mudanças e até mesmo a possibilidade de um novo código eleitoral ao que está em vigor desde 1965, o que seria extremamente positivo ao arcabouço normativo eleitoral, se elaborado com cautela e visando maior estabilidade jurídica. Aguardamos, portanto, quais serão as novas regras do jogo, mas nos preocupam as inúmeras alterações que corroboram para o desconhecimento da política eleitoral por quase totalidade da população e mantém uma latente insegurança jurídica ao fim de cada eleição.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Frederico. Abuso de poder nas competições eleitorais. Curitiba: Juruá, 2019.

BARREIROS Neto; BARRETO Rafael. Direito Eleitoral para os concursos de técnico e analista dos TREs e TSE. 5ª Ed. Salvador. JusPodivm: 2017.

BOBBIO, Norberto. Igualdade e Liberdade. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

DAHL, Robert A. Sobre a Democracia. 1. Ed. Brasília: UNB, 2001. GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

LAURITZEN, Felipe (2020). Who finances Brazilian democracy? A empirical analysis of the 2015 2017 election finance reforms. Disponível em <[https://www.researchgate.net/publication/344259711\\_Who\\_finances\\_Brazilian\\_democracy\\_An\\_empirical\\_analysis\\_of\\_the\\_2015\\_and\\_2017\\_election\\_finance\\_reforms](https://www.researchgate.net/publication/344259711_Who_finances_Brazilian_democracy_An_empirical_analysis_of_the_2015_and_2017_election_finance_reforms)> Acesso em 15 de abril de 2020.

CHLICKMANN, Denise Goulart. Financiamento de Campanhas eleitorais. 10ª Edição. Juruá. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113165.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113165.htm) Acesso em 15 de abril de 2021.

BRASIL. Lei nº 9.504 de 30 de setembro de 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm) Acesso em 15 de abril de 2021.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 16 de abril de 2021.

BRASIL. Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm) Acesso em 16 de abril de 2021.

BRASIL. Lei nº 13.878, de 03 de outubro de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13878.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13878.htm) Acesso em 16 de abril de 2021.

BRASIL. Lei nº 13.488, de 06 de outubro de 2019. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13488.htm#art11](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13488.htm#art11) Acesso em 15 de abril de 2021.

<https://www.fecomercio.com.br/noticia/fim-do-financiamento-privado-de-campanhas-muda-perfil-de-candidatos-eleitos> Acesso em 15 de abril de 2021.

# **DIREITO DE RESPOSTA E DESINFORMAÇÃO: A TUTELA JURISDICIONAL ENTRE *CHRONOS* E *KAIRÓS***

## **RIGHT OF REPLY AND DISINFORMATION: THE JURISDICTIONAL PROTECTION BETWEEN *CHRONOS* AND *KAIRÓS***

*Vinicius Quintino de Oliveira\**

*Salisia Menezes Peixoto\*\**

*“O momento oportuno é, para o humano, uma medida curta”*

*Píndaro em Odes Píticas*

### **RESUMO**

O mundo experimentou nas últimas décadas uma reviravolta no paradigma das relações sociais, sobretudo quando se trata de comunicação de massas no ambiente digital, estabelecendo novos desafios para a democracia e para as práticas eleitorais. Um desses reflexos alterou a percepção dos efeitos da tutela jurisdicional diante da nova noção de tempo, amplitude e impacto. A assimetria principal entre *Chronos* e *Kairós* – entre o tempo que se pode medir e o tempo certo – revela sensação de que o modelo processual vigente não consegue mais servir para o que foi pensado, o tempo passa rápido demais, eternizando um passado que não cessa e um futuro quase imediato, com possibilidade de efeitos globais e de longo prazo. No contexto das disputas eleitorais esses efeitos ficam ainda mais evidentes, diante da eficiência dos algoritmos para monetizar com polarização política, se tornando fonte de engajamento virtual. Em um país cujas redes sociais têm o potencial de influenciar diretamente a opinião de mais da metade da população, ocupando a posição entre aqueles em que mais se acredita em desinformação no mundo, as consequências da incapacidade de resposta pelos órgãos de controle assu-

---

\*Assessor de Assuntos Internacionais do TSE. Doutorando em Direito pela Universidade Complutense de Madri. Professor/Tutor PNUD/ONU do Conselho Nacional de Justiça. Membro da ABRADep

\*\*Advogada. Especialista em Direito Eleitoral. Pesquisadora em Direito Público e Eleitoral.

me proporções preocupantes. A recorrência de casos envolvendo pedido de direito de resposta, no qual se reconhece o ilícito sem se fazer acompanhar pela devida solução inibitória, pode ser encarada como um indício de que os benefícios da mentira superam a confiança na resposta da autoridade eleitoral. Assim, o presente estudo verificou analiticamente as decisões de um Tribunal Eleitoral, para verificar se os mecanismos específicos de tutela, em casos envolvendo direito de resposta, têm sido de fato utilizados, se a tutela judicial chega em tempo e se ela é capaz de gerar resultados práticos esperados, traçando reflexões sobre a necessidade de se pensar uma nova forma de tutela jurisdicional para o ambiente digital.

**Palavras-chave:** Desinformação. Direito de resposta. Tutela jurisdicional.

### ABSTRACT

In the last decades, the world has experienced a paradigm shift in social relations, especially when it comes to mass communication in the digital environment, establishing new challenges for democracy and electoral practices. One of these reflexes has altered the perception of the effects of judicial protection in the face of the new sense of time, scale, and impact. The main asymmetry between Chronos and Kairós - between the time that can be measured and the right time - reveals a feeling that the current procedural model can no longer serve what it was intended for, time passes very quickly, eternalizing a past that does not cease and an almost immediate future, with the possibility of global and long-term effects. In the context of electoral disputes, these effects are even more evident, given the efficiency of algorithms to monetize political polarization, becoming a source of virtual engagement. In a country whose social networks have the potential to directly influence the opinion of more than half the population, occupying the position among those where misinformation is most believed in the world, the consequences of the inability to respond by control authorities assume worrying proportions. The recurrence of cases involving requests for the right of reply, in which the illicit act is recognized without being accompanied by a proper injunction, can be seen as an indication that the benefits of lying outweigh the confidence in the electoral authority's response. Thus, the present study analytically verified the deci-



sions of an Electoral Court, to verify if the specific mechanisms of protection, in cases involving the right of reply, have in fact been used, if the judicial protection arrives in time and if it is capable of generating expected practical results, outlining reflections on the need to think about a new form of jurisdictional protection for the digital environment.

**Keywords:** Disinformation. Right of reply. Jurisdictional protection.

## 1 INTRODUÇÃO

“Naquela noite, abriu a porta e sentiu-se em paz. As palavras do pastor foram reconfortantes o suficiente para agradecer a vida sofrida e o pouco que tinha. A casa estava limpa, a mesa posta, o jantar servido e as filhas na sala. A primeira mensagem chegará antes mesmo de alcançar a colher de feijão; de repente, a segunda, a terceira e a quarta interromperam todos, que apreensivos, viram-na perder a cor e a força das pernas; a quinta levou o telefone ao chão e já não foi mais capaz de alcançá-lo. Incrédula, buscava refúgio na reação do marido, que parecia não se importar muito, sugerindo se acostumar com a vida política. Resolveu então contestar o perfil, mas ficou paralisada ao se dar conta de que o número de visualizações já tinha superado o número de eleitores da cidade. Sentia chegar o desespero. Mil, dez mil, cem mil. A cada minuto o número de compartilhamentos aumentava e o tilintar das novas mensagens fazia questão de lembrá-la que o tempo corria muito mais depressa que o de costume. Buscava forças, mas perdeu a lucidez quando as postagens passaram a ser recomendadas para qualquer usuário que estivesse navegando despreziosamente. Gritava, chorava, tentava desmentir, mas a cada nova investida mais pediam pela fogueira. As filhas, o marido e o dono do perfil também tentaram, mas era tarde demais. Era impossível conter a multidão ensandecida, que já estava mobilizada em frente ao portão. Foi arrancada de casa, espancada e arrastada pelas ruas do bairro por mais de duas horas. O cerco foi suficiente para impedir que a polícia chegasse até o local, mas não o bastante para conter a covardia. As mãos, amarradas com um fio de luz, impediam qualquer tentativa de se proteger dos golpes que levava. As roupas foram rasgadas, o rosto desfigurado e o corpo, já vazio, jogado no manguetal. Tudo foi gravado e compartilhado imediatamente. Em questão de minu-

tos, as páginas com os vídeos disputavam a audiência do público e os anúncios comerciais. O feijão ainda estava quente no prato e não havia mais o que ser feito.”

O desconforto causado pela narrativa provoca mais espanto ao saber que foi baseada em fatos reais. O trágico episódio revela, em uma perspectiva individual, a angústia paralisante da vítima ao lidar com a banalização do ódio e a violência irracional na *internet*. Em uma perspectiva social, sinaliza a falibilidade das instituições democráticas para compreender a reviravolta das dimensões de tempo, amplitude e impacto causadas pelo avanço descontrolado da desinformação na rede.<sup>3</sup>

*O segundo que muda tudo, o grito que ninguém escuta, a solidão no meio da multidão, o corpo vazio e as mãos atadas* são características que parecem extrapolar a figura da personagem para compor o triste quadro de um sistema de justiça pela metade. A sensação é a de que os pilares do Direito estão de fato enfraquecidos e as garantias constitucionais resumem-se em belas representações de um tempo em que não volta mais. Jurisdição, ação e processo parecem servir apenas para alguns tipos de violação à lei, mas não para todos. Não se tem mais certeza quanto ao significado de conceitos básicos como os de parte, de pedido e de causa de pedir. A lei perdeu sua onipotência e a tutela final não garante que o ordenamento seja único, completo e coerente.

Estudos reconhecem que as inovações tecnológicas das últimas décadas redesenharam o paradigma das relações sociais contemporâneas, sobretudo quando se trata de comunicação de massas no ambiente digital<sup>4</sup>. Fala-se, portanto, em uma nova era para a democracia, um novo tipo de capitalismo e nova dimensão de liberdades individuais<sup>5</sup>. Tais alterações refletiram na tutela ju-

3 POSETTI, Julie; MATTHEWS, Alice. A short guide to the history of ‘fake news’ and disinformation. *International Center for Journalists*, v. 7, n. 2018, p. 2018-07, 2018. ANDORFER, Alexandra. Spreading like wildfire: Solutions for abating the fake news problem on social media via technology controls and government regulation. *Hastings LJ*, v. 69, p. 1409, 2017. MACHADO, Jorge; MISKOLCI, Richard. Das jornadas de junho à cruzada moral: o papel das redes sociais na polarização política brasileira. *Sociologia & Antropologia*, v. 9, p. 945-970, 2019.

4 “O capitalismo de vigilância desafia as normas democráticas e se afasta de maneiras importantes da evolução secular do capitalismo de mercado”. ZUBOFF, Shoshana. Big other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization. *Journal of information technology*, v. 30, n. 1, p. 75-89, 2015. LOADER, Brian D.; MERCEA, Dan. Networking democracy? Social media innovations and participatory politics. *Information, communication & society*, v. 14, n. 6, p. 757-769, 2011.

5 Se a tecnologia é osso e músculo, o capitalismo de vigilância é o tecido mole que une os elementos e os direciona para a ação. O capitalismo de vigilância é uma criação eco-

risdional, enquanto controle estatal de atos antijurídicos, a qual sempre esteve ligada à evolução da complexidade social ao longo do tempo. A teoria processual converge para o entendimento de que a noção de tutela vem sendo modificada à medida que as relações sociais desafiam os parâmetros de justiça até então vigentes.<sup>6</sup> Fatores como tempo, amplitude e impacto são observados enquanto marcadores dessa evolução<sup>7</sup>.

No contexto das disputas eleitorais esses efeitos ficam ainda mais evidentes, diante da eficiência dos algoritmos para monetizar com polarização política, se tornando fonte desmedida de engajamento virtual (acompanhada pela velocidade e pelo calor dos debates típicos da matéria).<sup>8</sup> Em um país cujas redes sociais têm o potencial de influenciar diretamente a opinião de mais da metade da população<sup>9</sup>, ocupando a posição entre aqueles em que mais se acredita em desinformação no mundo<sup>10</sup>, as consequências da incapacidade de resposta pelos órgãos de controle assume proporções preocupantes.

---

nômica e, portanto, está sujeito a contestação democrática, debate, revisão, restrição, supervisão e pode até ser proibido (ZUBOFF, Shoshana. *Surveillance capitalism and the challenge of collective action*. In: *New labor forum*. Sage CA: Los Angeles, CA: SAGE Publications, 2019. p. 10-29).

- 6 “A mudança do paradigma não foi acompanhada pela ciência processual. O que se viu, após a Constituição, é que os sistemas processuais foram se adaptando a fim de atender aos novos direitos que foram surgindo. Viu-se, portanto, que a simples incidência do Código de Processo Civil era insuficiente para a tutela desses novos direitos. Assim é que se criou o Código de Defesa do Consumidor (CDC), o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, a Lei de Ação de Improbidade Administrativa entre vários outros” em JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A ação eleitoral como tutela dos direitos coletivos e a aplicação subsidiária do microsistema processual coletivo e do CPC*. Salvador: Juspodivm, 2016. p.159.
- 7 NIESEL, Zoe. # PersonalJurisdiction: A New Age of Internet Contacts. *Ind. LJ*, v. 94, p. 103, 2019. YOST, Ellen Smith. Tweet, Post, Share... Get Haled into Court? *Calder Minimum Contacts Analysis in Social Media Defamation Cases*. *SMU L. Rev.*, v. 73, p. 693, 2020. HADFIELD, Gillian K. The dynamic quality of law: The role of judicial incentives and legal human capital in the adaptation of law. *Journal of Economic Behavior & Organization*, v. 79, n. 1-2, 2011. p. 80.
- 8 AMARAL, Augusto Jobim. Máquinas de subjetivação, capitalismo de vigilância e algoritmos: uma aproximação desde o caso brasileiro. 2020. COOKE, Philip. Silicon Valley imperialists create new model villages as smart cities in their own image. *Journal of Open Innovation: Technology, Market, and Complexity*, v. 6, n. 2, p. 24, 2020. BUTLER, Andrea. Protecting the democratic role of the press: A legal solution to fake news. *Wash. UL Rev.*, v. 96, p. 419, 2018.
- 9 BRASIL. SENADO FEDERAL. Instituto DataSenado. Acesso em 17.02.2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/publicacoespor-tema?tema=Comunica%C3%A7%C3%A3o>
- 10 IPSOS, Social Research Institute. Fake news, filter bubbles, post-truth and trust. Disponível em: [www.ipsos.com/pt-br/global-advisor-fake-news](http://www.ipsos.com/pt-br/global-advisor-fake-news). Acesso em 17.02.2022. TRANSPARÊNCIA ELEITORAL. Disponível em: <https://barometro.transparenciainternacional.org.br>. Acesso em 02.12.2021

Uma das formas de se observar o fenômeno da virtualização dos ilícitos eleitorais, ligado ao aumento de práticas desinformativas, tem sido olhar para os casos submetidos ao Poder Judiciário e verificar como os mecanismos de tutela respondem às agressões reconhecidas nos processos<sup>11</sup>. A teoria afirma que as formas de se fazer propaganda eleitoral no Brasil foram radicalmente modificadas, saindo das ruas para o ambiente virtual, o que impactou evidentemente nos conflitos judiciais. Nessa linha, Luiz Fernando Casagrande Pereira afirma que:

A partir de 2010, principalmente, viu-se uma ampliação exponencial do acesso a redes sociais como o Twitter e o Facebook pelo eleitor e, conseqüentemente, o uso mais ostensivo de tais ferramentas por candidatos, partidos e coligações. Da mesma forma, com a popularização dos smartphones, difundiram-se mecanismos para envio de mensagens instantâneas, fotos e vídeos, como o WhatsApp. O advento da Lei 12.891/2013 refletiu a necessidade de novas respostas à propaganda eleitoral<sup>12</sup>.

A legislação e a jurisprudência eleitoral tentaram acompanhar a virtualização da propaganda eleitoral, proibindo a veiculação de mentiras que ataquem a imagem de candidatos e especificando mecanismos (inclusive no exercício do poder de polícia) para controlar eventuais abusos cometidos nesse sentido (Resolução n.º 23.610/2019). Dentre as possibilidades existe previsão para concessão de direito de resposta em face de manifestações caluniosas, difamatórias, injuriosas ou sabidamente inverídicas na internet (art. 57-D, §2º, da Lei n.º 9.504/97).

A recorrência de casos envolvendo pedido de direito de resposta, no qual se reconhece o ilícito sem se fazer acompanhar pela devida solução inibitória, pode ser encarado como um indício de que os benefícios da mentira superam a confiança na resposta da autoridade eleitoral. Assim, torna-se cada vez mais importante verificar se os mecanismos específicos de tutela, em casos envolvendo direito de resposta, têm sido de fato utilizados, se a tutela judicial chega em tempo e se ela é capaz de gerar resultados práticos esperados.

11 MACEDO, Silvia. Direito de resposta nas Eleições: em direção a uma teoria democrática? *Compolitica*, v. 6, p. 55, 2016.

12 PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; PECCININ, Luiz Eduardo. A Tutela Específica da Propaganda Eleitoral na internet: Entre a Liberdade e o Controle do Debate Político Virtual. In *Direito Eleitoral: Temas Relevantes*. Curitiba: Juruá, 2018, pp.313.

Ocorre que, apesar da vasta pesquisa nos mais diversos campos das ciências, reconhecendo as dimensões dessa reviravolta paradigmática e os impactos dela no contexto eleitoral global, ainda são poucos os estudos que pretendem evidenciar quantitativamente como isso ocorre, e especificamente, como a tutela em pedidos de direito de resposta têm sido usada na tentativa de responder às novas demandas envolvendo o crescimento massivo da desinformação nas eleições. Dessa forma, o presente estudo analisará os julgados disponíveis no sistema de processo eletrônico de um Tribunal Regional Eleitoral (TRE-ES), referente às eleições de 2020, envolvendo processos de direito de resposta no ambiente virtual.

A hipótese é a de que o número mínimo de ações que chega ao Judiciário é respondido ao tempo da lei, mas sem a possibilidade de gerar efeitos consideráveis, sugerindo a fragilidade do modelo processual eleitoral vigente. É sintomático a recorrência de pedidos por medidas judiciais extremas, que tentaram impedir o funcionamento de redes sociais, ante a inexistência de outra alternativa menos gravosa. A dimensão sobre-humana dos efeitos da propaganda eleitoral falsa e da divulgação de fatos sabidamente inverídicos tende a esvaziar a dimensão normativa de princípios importantes como o da inafastabilidade e o da duração razoável do processo, levando à indagação inevitável: seria hora de repensar os pilares do Direito Processual Eleitoral para tratar casos envolvendo a tutela jurisdicional no ambiente digital?

## **2 A DINÂMICA DO DIREITO DE RESPOSTA NA ELEIÇÕES BRASILEIRAS**

A evolução do direito de resposta sempre esteve ligada à intervenção do Estado nas liberdades e na proteção de direitos individuais. No entanto, foi a partir do momento em que a política assumiu o protagonismo da pauta dos jornais impressos, na França do século XIX, é que se começou a discutir a existência do direito de retificação, no art. 8º, da Lei francesa de 09.06.1819:

O jornal será intimado a inserir as publicações oficiais que lhe forem enviadas pelo Governo, no dia seguinte ao do recebimento de tal intimação, sob a única condição do pagamento dos custos da inserção<sup>13</sup>.

13 DE OLIVEIRA, Caio Cezar Maia; FALLEIROS, Carolina Teodoro; MENDES, João Múcio Amado. O direito de resposta e a necessidade de regulamentação adequada no Brasil. Revista de Direito das Comunicações, v. 5, São Paulo: 2012. p. 4.

Naquela época, à medida que os impressos passavam a dominar a esfera pública de comunicação, o Estado passou a se preocupar com eventuais distorções em temas políticos conflituosos, avocando para si o direito de corrigir o que julgava ser uma informação incorreta. Pode-se dizer que “quando desapareceu o privilégio da propriedade ou da concessão da tipografia, o Poder Público foi exatamente o principal interessado em utilizar os meios de informação para responder às notícias falsas ou mesmo, às críticas feitas à administração”.

Isabel Lustosa explica que esse debate chegou ao Brasil com a Missão Francesa de 1819, chefiada por Joachin Lebreton, responsável pela imigração de centenas de homens letrados. Com forte conotação política, em pouco tempo passaram a movimentar o debate público nacional, sendo inclusive acusados de manipular a opinião pública no período pós Independência, “seja envolvendo em questões políticas, seja apoiando o Imperador ou mesmo combatendo D.Pedro I”.<sup>14</sup>

A liberdade de imprensa no Brasil encontra respaldo constitucional desde 1824 (art. 179, IV), tendo a forma de tratamento sido modificada ao longo desses anos, com vasta doutrina e jurisprudência apreciando as repercussões jurídicas nesse percurso. No entanto, foi apenas em 31 de outubro de 1923, com a edição do Decreto n.º 4.743/1923, que o direito de resposta foi expressamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro, assegurando àqueles que se sentirem violados não apenas a representação pela prática do crime de calúnia ou injúria, mas também o direito de fazer publicar no respectivo veículo a resposta do fato inverídico ou errôneo, que possa ter afetado a reputação e boa fama (art. 16).

Pouco tempo depois, com a promulgação da Constituição de 1934, o direito de resposta foi alçado à categoria de norma constitucional e desde então, nas demais constituições de 1937, 1946, 1967 manteve-se como tal. Em 1988, a Constituição Federal em vigor previu o direito de resposta no art. 5, V, segundo o qual “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

Portanto, enquanto direito fundamental, o direito de resposta “é diretamente aplicável e vincula as entidades públicas e privadas; não pode ser restringido senão nos casos e nos termos constitucionais; não pode ser suspenso a não ser em estado de exceção constitucional declarado nos termos constitucionais”<sup>15</sup>.

14 LUSTOSA, Isabel. *Imprensa no Primeiro Reinado*. Disponível em <http://coc.fiocruz.br/index.php/pt/todas-as-noticias>. Acesso em 10.10.2021.

15 MOREIRA, Vital. *O direito de resposta na comunicação social*. 1994. Coimbra Ed, Coimbra:1994. p. 74.



Possui uma característica peculiar: trata-se de direito fundamental positivo, no qual o autor dispõe de uma garantia de fazer publicar a devida resposta proporcional ao agravo. Na grande maioria das vezes, ele é exercido contra particulares e não apenas entre o indivíduo e o poder público. Daí porque, o direito de resposta “não é uma vertente da liberdade de expressão e informação mas sim um componente do ‘direito’ de expressão e informação”<sup>16</sup>.

Ludgero Liberato *et. all.* explica que a norma é “a garantia de que dispõe o cidadão de poder diminuir as consequências danosas de um injusto à sua imagem, garantindo-lhe espaço, na arena pública, para que tenha tanta voz quanto teve o agressor”<sup>17</sup>. Vital Moreira acrescenta que:

O direito de resposta consiste essencialmente no poder, que assiste a todo aquele que seja pessoalmente afectado por notícia, comentário ou referência saída num órgão de comunicação social, de fazer publicar ou transmitir nesse mesmo órgão, gratuitamente, um texto seu contendo um desmentido, rectificação ou defesa.<sup>18</sup>

No contexto eleitoral, a matéria encontra-se regulamentada no artigo 58, da Lei n.º 9.504/97, ao prever que será “assegurado o direito de resposta a candidato, partido ou coligação atingidos, ainda que de forma indireta, por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer veículo de comunicação social”. Os parágrafos do art. 58 disciplinaram o tempo e a forma em que deverá ser veiculada a resposta.

Art. 58. A partir da escolha de candidatos em convenção, é assegurado o direito de resposta a candidato, partido ou coligação atingidos, ainda que de forma indireta, por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer veículo de comunicação social. § 1º O ofendido, ou seu representante legal, poderá pedir o exercício do direito de resposta à Justiça Eleitoral nos seguintes prazos, contados a partir da veiculação da ofensa:

I - vinte e quatro horas, quando se tratar do horário eleitoral gratuito;

16 MOREIRA, Vital. Op. cit. p. 77.

17 JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Curso de Direito Eleitoral*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 693.

18 MOREIRA, Vital. Op. cit. p. 10.



- II - quarenta e oito horas, quando se tratar da programação normal das emissoras de rádio e televisão;
- III - setenta e duas horas, quando se tratar de órgão da imprensa escrita.
- IV - a qualquer tempo, quando se tratar de conteúdo que esteja sendo divulgado na internet, ou em 72 (setenta e duas) horas, após a sua retirada.

No núcleo da norma está a ideia de que mensagens deliberadamente falsas não estão albergadas pela liberdade de expressão, sendo prejudiciais para o debate político, razão pela qual “a publicação de fatos inexatos com o conhecimento de sua real falsidade (*animus difamandi*) ou com grosseiro desprezo por sua veracidade (*culpa grave*) não contribuem para a busca da verdade ou para o processo democrático”.<sup>19</sup>

Em matéria de direito de resposta percebe-se uma preocupação do legislador com a velocidade do processamento desses pedidos, tentando imprimir o menor tempo possível, sem abrir mão das garantias processuais, tais como o contraditório e o devido processo legal. Se comparado com outros procedimentos, os prazos são realmente exíguos, sendo contínuos, peremptórios, correndo, inclusive, sábados, domingos e feriados (entre 15 de agosto do ano da eleição e a data do pleito - Resolução TSE n.º 23.608/2019).

Sentindo-se ofendido, o pedido de direito de resposta deverá ser endereçado à Justiça Eleitoral em até 72 horas após a retirada da mensagem ou a qualquer tempo, quando se tratar de conteúdo que ainda esteja sendo divulgado. Recebida a petição inicial, o magistrado deverá citar imediatamente o representado para defesa no prazo de 01 dia. Encerrado o prazo de defesa, o Ministério Público deverá se manifestar em mais 01 dia. Com ou sem parecer, a Justiça Eleitoral decidirá e fará publicar a decisão no prazo máximo de 3 (três) dias, contados do peticionamento do pedido de direito de resposta (Lei n.º 9.504/1997, art. 58, § 9º, Redação dada pela Resolução TSE n.º 23.672/2021).

Contra essa decisão caberá recurso às instâncias superiores em 24 horas, seguido de apresentação de contrarrazões em mais 24 horas e decisão final em mais 24 horas. Reconhecido o ilícito e determinada a resposta, o ofensor terá até 48 horas para divulgá-la, empreendendo o mesmo impulsionamento de conteúdo eventualmente contratado, o mesmo veículo, espaço, local, ho-

19 SANKIEVICZ, Alexandre. Quando é devido o direito de resposta? *Direito Público*, v. 8, n. 38, 2011.

rário, página eletrônica, tamanho, caracteres e outros elementos de realce usados na ofensa.

No melhor cenário, e considerando as limitações humanas para acessar o sistema de justiça, é possível que a ofensa circule por semanas até que a tutela jurisdicional chegue. Em uma perspectiva de estratégia da disputa, os benefícios com o ilícito parecem superar e muito a capacidade de efeito do direito de resposta, mostrando o potencial lesivo da ineficácia da prestação jurisdicional no combate da desinformação.

Existe nesse ponto uma impossibilidade quase absoluta de a tutela produzir algum resultado. Arlley de Sousa explica que:

Há situações em que o transcurso do tempo exigido pelo regular rito processual é gerador de variações irremediáveis não só nas coisas, mas também nas pessoas e relações jurídicas que se visa proteger ou defender em juízo, como por exemplo, a deterioração, o desvio, a morte, a alienação, a propaganda eleitoral difamatória, caluniosa, ilícita, etc., que se não obstados imediatamente, acabam por inutilizar a solução final do processo<sup>20</sup>.

São “informações comprovadamente falsas ou enganadoras que são criadas, apresentadas e divulgadas para obter vantagens econômicas ou para enganar deliberadamente o público e que são suscetíveis de causar um prejuízo público”<sup>21</sup>. O objetivo precípuo é atingir a imagem de determinado candidato, desacreditando-o para o eleitor, desvirtuando assim os pilares da disputa eleitoral.

O problema ganha contornos redobrados quando o uso das liberdades democráticas é utilizado para atacar a própria democracia, enquanto pauta eleitoreira. Essa estratégia atinge a integridade institucional, gerando um estado constante de incertezas, caos e desconfiança. No Brasil, chama à atenção o fato de que, pela primeira vez, um Deputado Estadual teve seu mandato cassado pela justiça em razão da divulgação de mentiras envolvendo a regularidade do processo eleitoral, principalmente as urnas eletrônicas<sup>22</sup>. Levou em consideração o risco e a capacidade do parlamentar de induzir milhões de eleitores ao erro, desestabilizando o Estado democrático. Nas palavras do Relator, Ministro Luis Felipe Salomão:

20 SOUSA, Arlley Andrade de. *Tutelas de urgência no contencioso judicial de propaganda eleitoral*. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal: 2016. p. 37.

21 RAIS, Diogo. *Fake News: a conexão entre desinformação e o direito*. Thomson Reuters Brasil, São Paulo: 2018. p. 107.

22 TSE - Recurso Ordinário Eleitoral nº 0603975-98 – PR – Relator Min. Luis Felipe Salomão, Data do julgamento: 28/10/2021.

Hipótese inédita submetida a esta Corte Superior é se ataques ao sistema eletrônico de votação e à democracia, disseminando fatos inverídicos e gerando incertezas acerca da lisura do pleito, em benefício de candidato, podem configurar abuso de poder político ou de autoridade – quando utilizada essa prerrogativa para tal propósito – e/ou uso indevido dos meios de comunicação quando redes sociais são usadas para esse fim. (...) A internet e as redes sociais enquadram-se no conceito de “veículos ou meios de comunicação social” a que alude o art. 22 da LC 64/90. Além de o dispositivo conter tipo aberto, a Justiça Eleitoral não pode ignorar a realidade: é notório que as Eleições 2018 representaram novo marco na forma de realizar campanhas, com claras vantagens no uso da internet pelos atores do processo eleitoral, que podem se comunicar e angariar votos de forma mais econômica, com amplo alcance e de modo personalizado mediante interação direta com os eleitores.

Em relação à função da tutela jurisdicional, a teoria ainda é conflitante. Em síntese são cinco as correntes que pretendem justificar os objetivos de um pedido de direito de resposta: a *teoria subjetivista*; a *teoria do direito geral de acesso*; teoria do *contraditório social*; teoria da *veracidade da informação*; e teoria da *sanção suis generis*<sup>23</sup>.

A *teoria subjetivista* argumenta que a função do direito de resposta seria defender, proteger e amparar direitos da personalidade, agindo como mecanismo inibitório parcial enquanto se busca a reparação civil pelo agravo cometido. Para esses, o bem jurídico a ser protegido seria o conjunto cível de direitos da personalidade, de maneira que o direito de resposta seria a face positiva do direito à não ofensa da imagem, da honra e do nome.

A *teoria do direito geral de acesso* defende que a função do direito de resposta seria garantir a participação no ambiente público informativo. Para esses, a resposta deveria ter a mesma oportunidade de atingir o público que recebeu a mensagem falsa. Para os adeptos dessa corrente, a contrainformação reside na própria liberdade de expressão, que necessitaria de uma via para ser exercida. Assim, o direito de resposta seria o instrumento para que um particular pudesse acessar veículos de comunicação de outro para promover a justa intervenção.

23 MOREIRA, Vital. Op. Cit. p. 24-27

A *teoria do contraditório social* entende que a função do direito de resposta não reside exclusivamente em uma perspectiva subjetiva (independentemente de o bem jurídico a ser tutelado seja à intimidade ou à liberdade de expressão). Na realidade, deveria privilegiar o coletivo e o ambiente comunicacional. Assim o direito de resposta também interessa a toda sociedade que depende da pluralidade de visões sobre o fato para a qualidade da opinião pública.

A teoria da *veracidade da informação* propõe que fatos são diferentes de opiniões, de modo que existiria a garantia de verdade informativa, ainda que o mesmo fato pudesse ser contado sob mais de um aspecto. Desse modo, jornais e revistas não seriam o objeto do direito de resposta, mas apenas mecanismos de apresentação de fatos, por diversos pontos de vista. Entendem que o dever de resposta diz respeito àquele que sofreu o dano, que realmente publicará a contrainformação sob sua responsabilidade, não sendo possível censura prévia nessa ocasião, tampouco ela representaria um dever de retratação daquele veículo de comunicação.

A teoria da *sanção suis generis* afirma que a natureza sancionatória e educativa, inerente à obrigação de ceder acesso para veiculação de direito de resposta, é o ponto de maior relevância em pedidos de direito de resposta. No entanto, reconhecem a impropriedade de chamar isto de sanção, já que para execução da contrainformação não é necessário perquirir culpa ou dolo, tampouco ato ilícito ou prova de dano.

Diferente de outros países, que possuem essas correntes muito bem definidas (França, Itália, Alemanha, Portugal), os julgados analisados neste estudo revelam que a jurisprudência brasileira transita por todas as correntes, sobrepondo uma ou outra em razão das particularidades do caso, em especial da natureza da ofensa, revelando, portanto, que ao Direito Eleitoral brasileiro interessa tanto o aspecto social do direito de resposta quanto o aspecto de garantia individual.

### **3 REVIRAVOLTA NA TEORIA DO TEMPO DO DIREITO**

O futuro do direito de resposta exige uma reformulação da teoria do tempo do direito. A revolução democrática digital deixou sinais claros de que as campanhas eleitorais não voltarão para as ruas, pelo menos sem a mediação da realidade virtual. Dessa maneira, considerando que a percepção de tempo e espaço foram

radicalmente alteradas pela *internet*, é impossível pensar alternativas para o direito de resposta mantendo os mesmos padrões de tempo e impacto pensados no limite do ser humano.

Para Hannah Arendt, “a forma extrema de poder é o Todo contra Um, a forma extrema da violência é o Um contra todos. E esta última nunca é possível sem instrumentos”<sup>24</sup>. Se Arendt de fato tinha razão, a força do poder algorítmico no ambiente digital se tornou, ao mesmo tempo, instrumento de poder e de violência nas democracias atuais. No contexto digital, alteraram-se as dimensões globais de espaço e tempo de tal maneira que “os efeitos ou consequências do poder tecnológico deu ao homem não só a possibilidade de alterar o futuro, mas até mesmo de inventá-lo ou interdita-lo por completo”<sup>25</sup>.

A onipresença da informação e a modulação de comportamentos por algoritmos, reconfiguraram a realidade política, agora com impacto nocivo e de alcance global, quando se trata do uso estratégico de informações falsas. Seria possível sustentar a completude e coerência do sistema jurídico e ao mesmo tempo calcular a medida de eficiência do direito de resposta em dias, horas, minutos? Estaria a inteligência artificial operando na mesma frequência da inteligência humana? Existem alternativas para o direito de resposta no ambiente digital das campanhas eleitorais?

Tempo, impacto e amplitude sempre foram questões problemáticas envolvendo justiça e direito de resposta. Em sua essência, tal como ninguém entrar por duas vezes no mesmo rio, é ingrata a tentativa de desdizer a mentira.

Francoi Ost afirma que “o tempo é uma instituição social antes de ser um fenômeno físico e uma experiência psíquica”<sup>26</sup>. A justiça transitaria sempre entre tempo e direito, segundo ele “uma duração é medida para permitir fazer justiça: é um tempo dado, para que o direito se enuncie”<sup>27</sup>. Assim, é preciso saber o Direito e também conhecer o tempo. Enxergar a Justiça (sabedoria do Direito) com o olhar da Temperança (sabedoria do tempo).

Enquanto o direito revela o tempo, o tempo também revela o direito. O direito enquanto revelador do tempo “faz surgir o tempo metamórfico, ou seja, tempo da alternância entre o avanço e o atraso, transforma-se sem renegar-se, como exemplo: o tempo

24 ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2011, p. 58.

25 JONAS, HANS. *O Princípio Responsabilidade*. Rio de Janeiro: PUC Rio, 2005. P. 153.

26 OST, François. O tempo do direito. Ed. Esduc. Bauru: 2005. p. 12.

27 OST, François. O tempo do direito. Ed. Esduc. Bauru: 2005. p. 409.

institucional inventado pelos canonistas da Idade Média”. Já o tempo enquanto revelador do direito “faz surgir o direito como um processo de ajustamento do comportamento social, como exemplo: lugar da boa-fé, lealdade e confiança”<sup>28</sup>.

Segundo Ost:

As forças instituintes (tempo) se moldarão às formas instituídas (direito), que, com o desenvolvimento social (com passar do tempo), pedirão para serem substituídas por novos modelos instituintes. Esse ritmo nos conduz à “temperança” que é a sabedoria do tempo, a justa medida da continuidade e da mudança que assegura o equilíbrio das relações sociais<sup>29</sup>.

Na literatura grega o tempo assume duas dimensões distintas e complementares: Chronos e Kairós (καιρός). Ambos deuses do tempo, Chronos representava o tempo que se pode medir, o do relógio, o tempo histórico. Já Kairós o tempo oportuno, o instante adequado, a hora propícia, o tempo que se sente. “Enquanto Chronos é a personificação do tempo calculado, aquele subordinado ao relógio e do qual não conseguimos fugir”<sup>30</sup>, “Kairós é a qualidade do tempo vivido. Kairós é o tempo oportuno, que faz um acontecimento ser especial, memorável, não em seus números, mas em sua significância”<sup>31</sup>.

As implicações do fenômeno da desinformação na justiça tem colocado à prova a capacidade de o Legislador prever de maneira ampla e abstrata mecanismos mínimos para garantia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, quando se trata de ilícitos cometidos no ambiente digital. Tampouco a justiça tem conseguido atuar de maneira satisfatória. Ao que tudo indica, o ambiente digital alterou forças instituintes importantes, tal como colocado por Ost, o que anulou a capacidade do Poder Judiciário de atuar como estavam acostumadas.

Entre Chronos e Kairós, o modelo de tutela jurisdicional vigente tem se preocupado em estabelecer marcos temporais, mas sem muito sucesso quando se trata do tempo oportuno, e esse é justamente o problema do direito de resposta na internet: o tempo passa rápido demais.

28 OSTJEN, Lindajara. O tempo do direito. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/autor/Lindajara%20Ostjen%20Couto>. Acesso em 20.11.2021.

29 OST, François. Op. Cit. p. 377.

30 PEDRONI, Fabiana. Chronos e Kairós: determinações poéticas para o tempo vivido. *Revista do Colóquio*, n. 6, 2014. p. 245.

31 Idem, Ibid.



Não existe, no modelo processual vigente, forma de se transitar entre a percepção de um passado que não passa e um futuro quase imediato, com possibilidade de efeitos a longo prazo e globais. Para se ter ideia, considerando apenas os 10 maiores influenciadores digitais do Brasil, o Instagram movimentou cerca de 622 milhões de seguidores. Em 2021 o perfil *@carlinhosmaiaof* bateu o recorde de visualizações no país, acumulando 3 bilhões de impressões, se tornando o segundo influenciador mais visto no mundo.

Estudo realizado no Brasil<sup>32</sup> aponta o poder de influência dessas pessoas. 71% dos brasileiros seguem algum influenciador digital. Entre esses, 74% afirmaram que utilizam redes sociais para decidir se devem comprar ou não. 93% acreditam que uma indicação pessoal é mais confiável do que outras formas de publicidade.

No futuro próximo, estima-se que quase dois terços da população mundial terão acesso à internet até o próximo ano, produzindo mais de 14.814 GB de tráfego em 1 segundo. Segundo o *Cisco Annual internet Report*<sup>33</sup> o número será 5,3 bilhões de usuários (66% da população global). No Brasil, espera-se que esse número atinja a marca de 724,2 milhões de dispositivos conectados em 2022. Dados da União Internacional de Telecomunicações, patrocinado pelas Nações Unidas, apontam que o *Facebook* contabilizou quase 4 milhões de acessos e 41,6 milhões de mensagens enviadas por minuto, gerando receita de US\$85,9 bilhões em 2020. Segundo o *Internet Live Stats* o Google recebe em média 3,5 bilhões de pesquisas por dia, totalizando 1,2 trilhão de buscas por ano e a receita de US\$257,637 bilhões em 2021. O *YouTube*, com aproximadamente 720 mil horas de conteúdo visualizados diariamente, rendeu US\$75,32 bilhões em 2021<sup>34</sup>. Nesse mesmo ano, o *WhatsApp* atingiu o recorde de mais de 1,5 bilhão de usuários, em 180 países, produzindo cerca de 100 bilhões de mensagens em um dia.

Chama atenção para o fato de que aproximadamente 40% de todo tráfego da rede é realizado por robôs e inteligência arti-

32 QUALIBEST. Influenciadores digitais.. Disponível em [www.institutoqualibest.com](http://www.institutoqualibest.com). Acesso em 20.02.2022.

33 OECD, Cisco – Visual Networking Index, ITU. Disponível em [www.cisco.com](http://www.cisco.com). Acesso em 16.02.2022.

34 Nações Unidas - União Internacional de Telecomunicações. Disponível em: [www.itu.int](http://www.itu.int). Acesso em 16.01.2022. *internet Live Stats report*. Disponível em [www.internetlivestats.com](http://www.internetlivestats.com). Acesso em 10.12.2021. STATISTA DOSSIER REPORT. Digital & Trends. Disponível em [www.statista.com](http://www.statista.com). Acesso em 10.12.2021.



cial, dentre os quais 25% estão classificados como *bad-bots*, por estarem associados a alguma prática maliciosa<sup>35</sup>.

Um pequeno recorte das últimas eleições presidenciais, circunscrito ao comportamento dos usuários na rede social *Twitter*, demonstra que mais de um milhão de robôs foram responsáveis por dois terços das interações nos perfis dos principais candidatos, e de maneira automatizada<sup>36</sup>. A *Safernet* contabilizou que grande parte desse engajamento esteve relacionado à violência *on line*, xenofobia (grande parte contra nordestinos), homofobia e racismo<sup>37</sup>.

Shoshana Zuboff atribui esse fenômeno a uma característica típica do que descreve ser uma nova era das liberdades para a democracia, a capacidade dos algoritmos de determinar comportamentos para vender previsões cada vez mais exatas. Assim, desejo, ego, euforia, ansiedade, raiva, paixão, certeza, dúvida, dentre outros tantos passam a ser ingredientes manejados para gerar cada vez mais engajamento e dados sobre como monetizá-lo. A relação entre a capacidade de autodeterminação na era digital passa a ser outra: “*Quanto maior a certeza, menor a liberdade*”<sup>38</sup>. Diz Zuboff:

“A indústria digital prospera graças a um princípio quase infantil: extrair dados pessoais e vender aos anunciantes previsões sobre o comportamento dos usuários. No entanto, para que os lucros cresçam, os prognósticos devem ser cada vez mais certos. Para tanto, não é necessário apenas prever: trata-se de modificar em grande escala os comportamentos humanos.”

A arquitetura das redes, tal como concebida hoje, reduz o ser humano à matéria prima do produto comercializado pelos grandes serviços de comunicação em massa, com papéis muito bem definidos: de um lado anunciantes enquanto verdadeiros consumidores, de outro, redes sociais enquanto fornecedores de dados e o usuário enquanto insumo.

O capitalismo de vigilância reivindica unilateralmente a experiência humana privada como fonte

35 Annual Report 2019-2020: Highlights. Plenipotentiary Resolutions 71, 151. 200 e Dados do Bad Bot Report 2020.

36 NERIS, Natália; VALENTE, Mariana; BRITO CRUZ, Francisco; OLIVA, Thiago. *Outras Vozes: Gênero, Raça, Classe e Sexualidade nas Eleições de 2018*. internetLab, São Paulo, 2019.

37 SALLES, Eduardo BC; AMARAL, Augusto Jobim. *Op.cit.* p.02.

38 ZUBOFF, Shoshana. *The age of surveillance capitalism: The fight for a human future at the new frontier of power*. Profile Books, 2019. p 258.

de matéria-prima gratuita que pode ser incorporada no mercado, usada para produção e, finalmente, para venda. A experiência humana privada se torna uma mercadoria nesse novo modelo econômico.<sup>39</sup>

Para Nick Couldry, “pela primeira vez na história humana, a produção de conhecimento funde-se com a produção de lucro”<sup>40</sup>. Segundo ele, seria ingenuidade enxergar a internet como o espaço romântico das liberdades, capaz de se autorregular espontaneamente pela ação de uma suposta mão invisível, equacionando comportamentos conflitantes. Tudo isso representa uma nova forma de colonização, incompatível com a própria integridade humana que subjaz a liberdade em todas as suas formas. Portanto, “resistir ao colonialismo de dados torna-se a única maneira de preservar a possibilidade de um futuro humano, única forma de sustentar o valor que o capitalismo pretende promover: a liberdade humana”<sup>41</sup>.

Estudo desenvolvido pelo Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT) revela que “a mentira se espalha mais longe, mais rápido, mais profundo e mais amplamente do que a verdade, em todas as categorias de informação e, em muitos casos, por uma ordem de magnitude”<sup>42</sup>. Na rede social Twitter, por exemplo, desinformação possui 70% mais probabilidade de serem retuitadas do que as verdadeiras histórias<sup>43</sup>. A pesquisa revelou ainda que esse potencial nocivo não é exclusividade de robôs, “quando removemos todos os bots em nosso conjunto de dados, as diferenças entre a disseminação de notícias falsas e verdadeiras permaneceram”.<sup>44</sup>

Na visão de Sankievicz, esses elementos poderiam legitimar alteração de postura do Estado, no sentido de maior inter-

39 Entrevista: The Age Of Surveillance Capitalism à Contagious Brasil. Em 14.09.2020. Disponível em <https://medium.com/contagious-brasil>. Acesso em 10.02.2022.

40 COULDRIY, NICK. Entrevista. Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/607425-pela-primeira-vez-na-historia-humana-a-producao-de-conhecimento-funde-se-com-a-producao-de-lucro-entrevista-especial-com-nick-couldry>. Acesso em: 20.12.2021.

41 COULDRIY, N.; MEJIAS, U. A. *The costs of connection: How data is colonizing human life and appropriating it for capitalism*. Stanford University Press, 2019. p. 10.

42 It also takes true stories about six times as long to reach 1,500 people as it does for false stories to reach the same number of people. Tradução livre.

43 DIZIKES, Peter. Study. On Twitter, false news travels faster than true stories. 2018. Disponível em: <https://news.mit.edu/2018/study-twitter-false-news-travels-faster-true-stories-0308>. Acesso em: 8 mar. 2021.

44 VOSOUGHI, Soroush; ROY, Deb; ARAL, Sinan. The spread of true and false news online. *Science*, v. 359, n. 6380, p. 1146-1151, 2018.

venção no processo eleitoral, no entanto “os benefícios de uma maior intervenção no discurso político durante este processo, entretanto, somente se justificam se forem superados pelos eventuais prejuízos”<sup>45</sup>.

Com efeito, as campanhas eleitorais passam a fazer juízo de conveniência e oportunidade em manejar ações como essa, considerando a notória incapacidade de se impedir a circulação da notícia falsa e os riscos do efeito *Streisand* (de impulsionar a curiosidade da audiência tentando corrigir mensagem falsa). Quando o exercício de um direito passa a ser um prejuízo maior que o benefício assegurado pelo processo, alguma coisa está errada e precisa ser corrigida.

A análise dos casos neste estudo, principalmente as hipóteses de concessão de direito de resposta em face do abuso no exercício de outro direito de resposta, sugere que a decisão judicial está sendo utilizada como recurso de marketing eleitoral contra opositores, valendo-se da sentença como espécie de chancela judicial de que o oponente não respeita as regras do jogo. O benefício final em se buscar tutela acaba sendo o aproveitamento da imagem da Justiça Eleitoral para atacar adversários e não mecanismo para restabelecer a verdade.

#### **4 DIREITO DE RESPOSTA NA JURISPRUDÊNCIA: O CASO DO TRE-ES**

Considerando os objetivos traçados, desenvolveu-se pesquisa exploratória sobre todos os julgados envolvendo direito de resposta no ambiente digital. A fonte de dados foram as decisões publicadas no sistema PJE do Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo, as quais foram usadas para verificar se mecanismos específicos de tutela têm sido colocados em prática, se a tutela judicial chega em tempo e se ela é capaz de gerar resultados práticos esperados.

No sistema PJe da Justiça Eleitoral no Espírito Santo os parâmetros de busca foram “*classe judicial: direito de resposta*”; “*estado: espírito santo*”; e “*eleição: 2020 – eleições municipais – eleições municipais*”.

Os julgados selecionados foram classificados segundo tempo de conclusão, levando em conta os critérios temporais previstos na legislação, além de outros marcadores como: número

<sup>45</sup> SANKIEVICZ, Alexandre. Quando é devido o direito de resposta?. **Direito Público**, v. 8, n. 38, 2011.

do processo, cidade de origem, data do peticionamento do pedido de direito de resposta, data da publicação da decisão de piso, se houve ou não concessão de liminar e qual o seu caráter, data da concessão da liminar, tipo de sentença e o local de divulgação da desinformação.

Dos 12.265 candidatos registrados em 2020, foram identificados ao todo 51 processos referentes a pedido de direito de resposta, dentre os quais 26 envolveram pedido de direito de resposta em ambientes digitais. O veículo de divulgação das supostas desinformações foram, respectivamente, 07 no *Instagram*; 01 no *Twitter*; 11 no *Facebook*; 02 no *WhatsApp*; 03 no *Facebook* e *Instagram*; 01 no *Facebook* com *Youtube*; e 01 no *Facebook* com *WhatsApp*.

A distribuição espacial das ações encontra-se bem distribuída, com a maior concentração na capital (que em número de candidatos e eleitores ocupa a terceira posição no Estado). Foram catalogados 8 (oito) processos na capital Vitória; entre as regiões metropolitanas: 1 (um) em Vila Velha, 3 (três) na Serra; no interior do estado foram: 1 (um) em Guaçuí; 1 (um) em Barra de São Francisco; 2 (dois) em Santa Leopoldina; 1 (um) em Linhares; 2 (dois) em Cachoeiro de Itapemirim; 2 (dois) em Rio Bananal; 2 (dois) em Itaguaçu; 1 (um) em Colatina; 1 (um) em Montanha; e, finalmente, 1 (um) em Santa Tereza.

Dentre esses, observou-se que, na grande maioria dos processos (22 ações), foi indeferido o pedido liminar. Dividiu-se as decisões em três grupos, quais sejam: não concedidas; concedidas sem caráter satisfativo e concedidas com caráter satisfativo. No entanto, naqueles em que houve concessão da tutela cautelar, três foram julgados a tempo e modo e apenas um não foi julgado dentro do prazo previsto na legislação. Chamou a atenção, o fato de que, as demais superaram o prazo legal para apreciação do pedido.

Em relação ao provimento final, foi analisado o caráter das sentenças proferidas nos autos de cada ação. Metade das ações foi julgada improcedente (13 processos), 03 sentenças de procedência do pedido; 01 sentença em que se reconheceu a decadência do pedido inicial; 02 sentenças cuja análise do mérito restou prejudicada e 07 sentenças sem resolução de mérito com fundamento na perda do objeto. Nesse ponto, observou-se que 76% (setenta e seis por cento) do total das ações, considerando as improcedências, foram julgadas acima do prazo legal. Do total, chama a atenção que, em 07 casos, foi declarada a perda do ob-

jeto em razão do término do processo eleitoral.

A partir da análise dos dados, verificou-se que grande parte das decisões não foram tomadas a tempo da lei. Essa extrapolação pode estar ligada ao grande número de improcedências. No entanto, em relação àquelas em que houve a concessão da tutela, a forma e característica dos ilícitos demonstra a impossibilidade mínima de atingir alguma das funções previstas para o direito de resposta.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A forma como o Direito Eleitoral é concebido passa por um processo de mudança estrutural de que ainda não se conhece as dimensões. Sabe-se que pressupostos estruturantes da justiça estão relativizados e os mecanismos processuais já não mais capazes de cumprir o papel para que foram criados. Se a candidata, personagem do trágico caso que inaugurou este trabalho, tivesse buscado tutela estatal no tempo da lei, não surtiria efeito algum, indicando que nem mesmo o legislador ordinário possui muita alternativa quando se está em jogo a proteção de direitos na internet. É desleal a batalha entre o potencial cognitivo humano e a força a inteligência algorítmica na rede.

Os estudos apresentados sustentam que as inovações tecnológicas redesenharam o paradigma das relações sociais, sendo justificável repensar as formas de tutela jurisdicional no ambiente digital. É preciso julgar com a perspectiva de que a democracia digital lida com um novo tipo de capitalismo e uma nova dimensão de liberdades individuais, no qual seres humanos passam a ser matéria prima para alimentar a capacidade dos algoritmos de determinar comportamentos para vender previsões cada vez mais exatas.

Fatores como tempo, amplitude e impacto foram identificados nos casos apreciados enquanto marcadores de evolução que historicamente estiveram ligados às fases de renovação do Direito Processual. Em uma democracia tão sensível à influência das informações do ambiente digital, as consequências da incapacidade de resposta pelos órgãos de controle exigem redobrada atenção.

Analisando os casos envolvendo direito de resposta, em um Tribunal Regional Eleitoral brasileiro, percebe-se que um número muito pequeno de pessoas busca tutela do estado, o que sugere que outras formas de tratamento dessas ofensas estão sendo utilizadas a despeito das garantias constitucionais. Dentre aquelas

que foram submetidas à apreciação judicial, a realidade demonstrou que grande parte foram consideradas inerentes ao calor da disputa eleitoral e, portanto, julgadas improcedentes. Dentre aquelas em que se verificou a procedência do direito de resposta, o provimento final não dispôs de mecanismo efetivo para alterar a realidade do ofendido.

## REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. Sobre a violência. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2011.

BRASIL. SENADO FEDERAL. Instituto DataSenado. Acesso em 17.02.2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/publicacoesportema?tema=Comunica%C3%A7%C3%A3o>

BRASIL. TSE - Recurso Ordinário Eleitoral nº 0603975-98 – PR – Relator Min. Luis Felipe Salomão, Data do julgamento: 28/10/2021.

COOKE, Philip. Silicon Valley imperialists create new model villages as smart cities in their own image. *Journal of Open Innovation: Technology, Market, and Complexity*, v. 6, n. 2, p. 24, 2020.  
 BUTLER, Andrea. Protecting the democratic role of the press: A legal solution to fake news. *Wash. UL Rev.*, v. 96, p. 419, 2018.

COULDRY, N.; MEJIAS, U. A. The costs of connection: How data is colonizing human life and appropriating it for capitalism. Stanford University Press, 2019.

COULDRY, NICK. Entrevista. Disponível em. <https://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/607425-pela-primeira-vez-na-historia-humana-a-producao-de-conhecimento-funde-se-com-a-producao-de-lucro-entrevista-especial-com-nick-couldry>. Acesso em. 20.12.2021.

DE OLIVEIRA, Caio Cezar Maia; FALLEIROS, Carolina Teodoro; MENDES, João Múcio Amado. O direito de resposta e a necessidade de regulamentação adequada no Brasil. *Revista de Direito das Comunicações*, v. 5, São Paulo: 2012.

DIZIKES, Peter. Study. On Twitter, false news travels faster than true stories. 2018. Disponível em: <https://news.mit.edu/2018/study-twitter-false-news-travels-faster-true-stories-0308>. Acesso em: 8 mar. 2021.

DO AMARAL, Augusto Jobim; SALLES, Eduardo Baldissera Carvalho. Máquinas de subjetivação, capitalismo de vigilância e algoritmos: uma aproximação desde o caso brasileiro. In: III Congresso Internacional Move. net sobre movimientos sociales y TIC, 2020, Brasil. 2020.

IPSOS, Social Research Institute. Fake news, filter bubbles, post-truth and trust. Disponível em: [www.ipsos.com/pt-br/global-advisor-fake-news](http://www.ipsos.com/pt-br/global-advisor-fake-news). Acesso em 17.02.2022. TRANSPARÊNCIA ELEITORAL. Disponível em: <https://barometro.transparenciainternacional.org.br>. Acesso em 02.12.2021

JONAS, HANS. O Princípio Responsabilidade. Rio de Janeiro: PUC Rio, 2005. P. 153.

JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. A ação eleitoral como tutela dos direitos coletivos e a aplicação subsidiária do microssistema processual coletivo e do CPC. Salvador: Juspodivm, 2016.

JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Curso de Direito eleitoral. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 693.

LOADER, Brian D.; MERCEA, Dan. Networking democracy? Social media innovations and participatory politics. *Information, communication & society*, v. 14, n. 6, p. 757-769, 2011.

LUSTOSA, Isabel. Imprensa no Primeiro Reinado. Disponível em <http://coc.fiocruz.br/index.php/pt/todas-as-noticias>. Acesso em 10.10.2021.

MACEDO, Silvia. Direito de resposta nas Eleições: em direção a uma teoria democrática? *Compólitica*, v. 6, p. 55, 2016.

MOREIRA, Vital. O direito de resposta na comunicação social. 1994. Coimbra Ed, Coimbra:1994.



NERIS, Natália; VALENTE, Mariana; BRITO CRUZ, Francisco; OLIVA, Thiago. *Outras Vozes: Gênero, Raça, Classe e Sexualidade nas Eleições de 2018*. internetLab, São Paulo, 2019.

NIESEL, Zoe. # PersonalJurisdiction: A New Age of Internet Contacts. *Ind. LJ*, v. 94, p. 103, 2019. YOST, Ellen Smith. Tweet, Post, Share... Get Haled into Court? *Calder Minimum Contacts Analysis in Social Media Defamation Cases*. *SMU L. Rev.*, v. 73, p. 693, 2020. HADFIELD, Gillian K. The dynamic quality of law: The role of judicial incentives and legal human capital in the adaptation of law. *Journal of Economic Behavior & Organization*, v. 79, n. 1-2, 2011. p. 80.

OECD, Cisco – Visual Networking Index, ITU. Disponível em [www.cisco.com](http://www.cisco.com). Acesso em 16.02.2022.

OST, François. *O tempo do direito*. Ed. Esduc. Bauru: 2005.

OSTJEN, Lindajara. *O tempo do direito*. Disponível em: [https://ibdfam.org.br/artigos/autor/Lindajara% 20Ostjen% 20Couto](https://ibdfam.org.br/artigos/autor/Lindajara%20Ostjen%20Couto). Acesso em 20.11.2021.

PEDRONI, Fabiana. Chronos e Kairós: determinações poéticas para o tempo vivido. *Revista do Colóquio*, n. 6, 2014.

PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; PECCININ, Luiz Eduardo. *A Tutela Específica da Propaganda Eleitoral na internet: Entre a Liberdade e o Controle do Debate Político Virtual*. In *Direito Eleitoral: Temas Relevantes*. Curitiba: Juruá, 2018.

POSETTI, Julie; MATTHEWS, Alice. A short guide to the history of ‘fake news’ and disinformation. *International Center for Journalists*, v. 7, n. 2018, p. 2018-07, 2018. ANDORFER, Alexandra. Spreading like wildfire: Solutions for abating the fake news problem on social media via technology controls and government regulation. *Hastings LJ*, v. 69, p. 1409, 2017. MACHADO, Jorge; MISKOLCI, Richard. Das jornadas de junho à cruzada moral: o papel das redes sociais na polarização política brasileira. *Sociologia & Antropologia*, v. 9, p. 945-970, 2019.

QUALIBEST. *Influenciadores digitais..* Disponível em [www.institutoqualibest.com](http://www.institutoqualibest.com). Acesso em 20.02.2022.

RAIS, Diogo. Fake News: a conexão entre desinformação e o direito. Thomson Reuters Brasil, São Paulo: 2018. p. 107.

SANKIEVICZ, Alexandre. Quando é devido o direito de resposta? *Direito Público*, v. 8, n. 38, 2011.

SOUSA, Arlley Andrade de. Tutelas de urgência no contencioso judicial de propaganda eleitoral. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal: 2016.

STATISTA DOSSIER REPORT. Digital & Trends. Disponível em [www.statista.com](http://www.statista.com). Acesso em 10.12.2021.

VOSOUGHI, Soroush; ROY, Deb; ARAL, Sinan. The spread of true and false news online. *Science*, v. 359, n. 6380, p. 1146-1151, 2018.

ZUBOFF, Shoshana. Surveillance capitalism and the challenge of collective action. In: *New labor forum*. Sage CA: Los Angeles, CA: SAGE Publications, 2019.

ZUBOFF, Shoshana. The age of surveillance capitalism: The fight for a human future at the new frontier of power. Profile Books, 2019.



# **A JURISDIÇÃO NÃO É EXERCÍCIO DE PODER POLÍTICO REPRESENTATIVO – É FUNÇÃO TÉCNICA**

## **THE JURISDICTION IT IS NOT A REPRESENTATIVE POLITICAL POWER – IT IS A TECHNICAL ACTIVITY**

Yuri de Matos Mesquita Teixeira<sup>1</sup>

### **RESUMO**

O presente artigo visa analisar o exercício da atividade jurisdicional por parte de juízes e tribunais e responder à seguinte indagação: no desempenho de suas atividades, o magistrado exerce poder político representativo, ou exerce uma atividade técnica de interpretação e aplicação do Direito? Tem como hipótese a ideia de que os requisitos e os mecanismos necessários para se identificar um processo democrático, tal qual definidos por Robert Dahl, não estão presentes no processo de tomada de decisão por parte do Judiciário, que julga com base em critérios técnicos de solução de um conflito à luz das normas jurídicas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Poder Político. Democracia. Atividade jurisdicional. Ativismo Judicial.

### **ABSTRACT**

This article has as a goal the analyze of the judicial activity by judges and courts and answer the following question: in the performance of their activities, does the magistrate exercise representative political power, or does exercise a technical activity of interpretation and application of the Law? The hypothesis is that the requirements and mechanisms necessary to identify a democratic process, as defined by Robert Dahl, are not present in the decision-making process by the Judiciary, which judges based on technical criteria for solving conflicts using the Law itself.

**KEYWORDS:** Political power. Democracy. Jurisdictional activity. Judicial activism.

1 Membro do grupo de pesquisa em Direito Eleitoral e Democracia da Escola Judicial Eleitoral da Bahia em associação com a Universidade Federal da Bahia. Mestrando em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera. Bacharel em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão. Analista Judiciário - Área Judiciária - do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

## 1 INTRODUÇÃO

O exercício da jurisdição por parte dos magistrados é uma atividade político-representativa ou uma técnica de aplicação do Direito? Este é o problema que o presente artigo irá enfrentar, tendo como objetivo demonstrar que as teorias que defendem que o juiz/tribunal exerce poder político ao interpretar e aplicar as leis estão equivocadas.

Para aprimorar as ideias debatidas no texto, foi empregado o método explanatório para a pesquisa, por meio da exposição do pensamento de autores brasileiros e estrangeiros. Outrossim, foram examinados, no âmbito nacional e internacional, textos normativos, jurisprudência e documentos históricos para se chegar ao raciocínio exposto nesta obra acerca do exercício da jurisdição.

No primeiro capítulo, será feita uma breve explanação acerca do que seja a Democracia, apresentada aqui como regime político, e não mera palavra *gourmetizada* para invocar sentimentos nobres e bonitos. Apresentar-se-á quais os requisitos para que uma sociedade seja reputada democrática e quais mecanismos asseguram e a tornam efetiva, segundo a doutrina de Robert Dahl.

Já no segundo capítulo, e com base no que é apresentado acerca do conceito de Democracia, seus requisitos e mecanismos, abordar-se-á a relação que há entre Política e Direito, e o motivo pelo qual a interpretação e aplicação das leis feitas pelos juízes/tribunais no exercício da atividade jurisdicional é uma atividade técnica, que não é um poder representativo popular e que não envolve – ou ao menos não deveria envolver – desejos políticos e vontades pessoais dos magistrados.

Por fim, na conclusão, será assinalada a resposta ao problema proposto, comparando os ensinamentos e conceitos apresentados para poder afirmar se, de fato, o exercício da atividade jurisdicional pelos juízes/tribunais envolve poder político representativo.

## 2 A DEMOCRACIA COMO EXERCÍCIO DE UM PODER POLÍTICO

Não é fácil definir política. É um daqueles termos que é mais simplesmente compreendido do que definido. Nada obstante, e para melhor entender a proposta deste artigo, há de se apontar a política como algo ligado ao poder, o poder de influenciar o comportamento social. Sempre que dada autoridade exerce o poder para estabelecer os rumos da organização e comportamentos sociais,

estar-se-á diante do exercício da política.

A forma de se estabelecer a organização e de se implementar as ações sociais que se reputam mais necessárias pode se dar das mais diversas formas de exercício de poder político. Quando a autoridade é atribuída a uma única figura, fala-se em autocracia; quando a um seletivo grupo de indivíduos, em oligarquia; quando a autoridade é conferida ao povo, diretamente ou por meio de representantes por ele mesmo escolhidos, fala-se em democracia.

Assim, a democracia é um regime por meio do qual o poder político de organização social é concentrado nas mãos do povo. Lembre-se que “*demos*” significa povo, e “*kratos*” poder ou força. Logo, democracia é o povo exercendo seu poder/força.

Ocorre que, hodiernamente, quando alguém fala em “democracia”, na maioria das vezes a palavra é *gourmetizada* para traduzir os mais variados valores. A palavra em si carrega sentimento e busca revelar os *feitiches* de quem está discutindo. Deixa-se de lado a sua essência (regime político por meio do qual o poder é exercido pelo povo) para focar em aspectos secundários e nem sempre ligados, de fato, à democracia – como justiça, igualdade social, bondade etc. –, de modo que quem se declara democrático é “do bem”, e quem não o é, “do mal”.

Não é essa ideia de democracia, de simples palavra carregada de sentimentos belos e nobres, que será aqui adotada. Falar-se-á em democracia enquanto regime político.

E, obviamente, não há como falar de democracia sem antes remontar ao seu precedente histórico, qual seja, o regime político adotado na Grécia Antiga, mais precisamente em Atenas, pois foi no século V a.C que os atenienses adotaram um regime político marcado pela “força do povo” – o qual durou por dois séculos até quando Atenas foi definitivamente subjugada pelo rei Filipi II da Macedônia.

No centro do governo democrático ateniense havia uma assembleia em que o povo era o responsável pelas deliberações das questões políticas da Cidade-Estado – excluindo-se, à época, mulheres, escravos e estrangeiros. Um traço importante que merece destaque é que, pela noção de igualdade que havia entre os atenienses, todos votavam diretamente nas questões políticas a serem deliberadas, não havendo que se falar em “representantes do povo”. Ademais, e ainda apanhado na ideia de igualdade, os indivíduos que desejavam concorrer a um cargo público não eram eleitos, mas sim sorteados para o exercício da função por período

determinado – algo que causaria espanto para as democracias contemporâneas.

A ideia de igualdade se traduzia assim: ora, se Kratos é igual a Atreus, por que razão este poderia falar em nome daquele na condição de representante? E mais, se Baldur, Brokk e Sindri desejam concorrer a um cargo público, por serem todos iguais, o mais justo para sua escolha seria o sorteio, e não uma eleição.

Essa noção de igualdade que leva a um regime democrático no tempo dos antigos é diferente daquela adotada pela modernidade. Com efeito, os gregos antigos acreditavam que, muito embora cada cidadão atuasse na satisfação de seus próprios interesses, o “corpo social” da *polis* não poderia ser tão diferente e plural a ponto de que as diferenças entre o povo não permitissem que este chegasse a um consenso acerca do que seria melhor para a comunidade como um todo. Assim, quanto mais diversas forem as questões envolvendo costumes, língua, religião etc., maior a chance ao conflito e à impossibilidade de se chegar a um consenso.

Outrossim, a questão espacial e populacional era de grande relevância. Se o território da *polis* fosse por demais grande, aliado a uma população densa, acreditavam que seria difícil o exercício da democracia pois, daí, os cidadãos não se conheceriam. Como poderiam chegar à formação acerca do bem comum se o povo sequer se conhece? Outrossim, quanto mais numeroso for o povo, mais difícil será a possibilidade de sua reunião numa assembleia e muito mais ainda a possibilidade de os oradores se manifestarem dentro de um tempo razoável.

O tamanho da *polis* também era considerado importante para que o povo pudesse, com regularidade, se reunir para debater diretamente – participação direta. Ora, quanto maior o número de pessoas, mais difícil a possibilidade de sua reunião e participação direta. E, tendo em vista a noção de igualdade e participação direta, os cidadãos deveriam participar ativamente na condução pública da *polis*. É dizer: não basta participar e votar, mas também ocupar os cargos que estavam disponíveis a sorteio. Daí o motivo pelo qual reputavam que o número de cidadãos não deveria ser grandioso, sob pena de comprometer o exercício da democracia.

Por fim, para ser democrática, uma *polis* deveria ser autossuficiente, pois, se depende de outros povos para o exercício da atividade econômica, política e/ou militar, tais circunstâncias irão se traduzir em limites à autonomia do povo, que não mais se encontraria soberano para o exercício da atividade política interna.



Ante todo o exposto, e com base na doutrina de Robert Dahl, para o pensamento grego antigo são necessárias seis condições para que uma comunidade seja considerada democrática, quais sejam:

1. Os cidadãos devem ser suficientemente harmônicos em seus interesses de modo a compartilhar um sentido forte de um bem geral que não esteja em contradição evidente com seus objetivos e interesses pessoais;

2. Dessa primeira condição, advém a segunda: os cidadãos devem ser notavelmente homogêneos no que tange às características que, de outra forma, tenderiam a gerar conflito político e profundas divergências quanto ao bem comum. De acordo com essa visão, nenhum Estado pode ter a esperança de ser uma boa pólis se os cidadãos forem imensamente desiguais em seus recursos econômicos e na quantidade de tempo livre de que dispõem, se seguirem religiões diferentes, se falarem idiomas diferentes e apresentarem grandes diferenças em sua educação ou ainda se forem de raças, culturas ou (como dizemos hoje) grupos étnicos diferentes.

3. O corpo de cidadãos deve ser bem pequeno, idealmente ainda menor que os quarenta ou cinquenta mil da Atenas de Péricles. O tamanho reduzido do *demos* era necessário por três motivos: ajudaria a evitar a heterogeneidade e, por conseguinte, a desarmonia resultante de uma expansão das fronteiras, bem como a evitar a inclusão de pessoas de línguas, religiões, história e etnias diversas - pessoas com quase nada em comum - como ocorreu na Pérsia. Esse tamanho também era necessário para que os cidadãos adquirissem o conhecimento de sua cidade e de seus concidadãos, a partir da observação, da experiência e da discussão, conhecimento esse que lhes permitiria compreender o bem comum e distingui-lo de seus interesses privados ou pessoais. Finalmente, o tamanho reduzido era essencial para que os cidadãos se reunissem em assembleia de modo a servir como governantes soberanos de sua cidade.

4. Em quarto lugar, portanto, os cidadãos devem ser capazes de se reunir e decidir, de forma direta, sobre as leis e os cursos de ação política. Tão profundamente arraigada era essa concepção que os gregos achavam difícil imaginar um governo representativo, muito menos aceitá-lo como uma alternativa legítima à democracia direta. É certo que, de vez em quando, formavam-se ligas ou confederações de cidades-Estado. Mas aparentemente, os sistemas genuinamente federativos, com governos representativos, deixavam de se desenvolver em parte porque a ideia da representação não conseguia competir com a crença profunda nas vantagens e na legitimidade do governo direto com assembleias primárias.

5. Todavia, a participação dos cidadãos não se limitava às reuniões da Assembleia. Ela também incluía uma participação ativa na administração da cidade. Estima-se que em Atenas, mais de mil cargos tinham de ser ocupados - alguns por eleições, mas a maior parte por sorteio - e quase todos esses cargos eram para mandatos de um ano e podiam ser ocupados apenas uma vez na vida.

6. Por último, a cidade-Estado deve, ao menos idealmente, permanecer completamente autônoma. Ligas, confederações e alianças podem ser necessárias, às vezes, para a defesa ou a guerra, mas não se deve permitir que elas sobrepujem a autonomia definitiva da cidade-Estado e a soberania da assembleia naquele Estado. Em princípio, portanto, cada cidade deve ser autossuficiente, não apenas politicamente mas também econômica e militarmente. Com efeito, ela deve possuir todas as condições necessárias para uma boa vida. Mas para evitar uma dependência muito forte do comércio exterior, uma boa vida seria, necessariamente, uma vida frugal. Dessa forma, a democracia estava ligada às virtudes da frugalidade e não da afluência.<sup>2</sup>

Alguns dos pontos acima podem causar espanto para o leitor, homem contemporâneo, especialmente a ideia dos antigos de que

2 DAHL, Robert A.. **A Democracia e seus críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, ps. 26-28

a democracia somente poderia ser efetivamente exercida numa comunidade mais homogênea. Como harmonizar tal concepção nos dias atuais, em que as sociedades são cada vez mais plurais e diversificadas no que diz respeito à religião, cultura, língua, ideologia, etc.?

Pois bem, a democracia não é um conceito já pronto e aperfeiçoado que se consolidou desde o século V a.C. Em verdade, vai mudando e se adaptando às novas realidades sociais e aos reclamos dos tempos modernos. Mas uma coisa é certa: a ideia central da democracia é a de força do povo, poder deliberativo do povo. Pontos secundários como número de habitantes na comunidade, se a participação é direta ou por meio de representantes, se há espaço para diversidade etc., não podem abalar a sua essência: na democracia, o poder político é exercido pelo povo.

E justamente em razão das adaptações necessárias é que a democracia veio se amoldar aos reclamos da sociedade moderna, notadamente no século XVIII. A sua essência não é abalada – qual seja, o poder político continua a ser exercido pela força do povo –, mas os aspectos secundários, notadamente aqueles seis listados acima, passam por mudanças. As principais mudanças são a instituição de uma tradição republicana da limitação do poder, o desenvolvimento do instituto da representatividade política e uma crença na “lógica forte da igualdade política”.<sup>3</sup>

Há muitas semelhanças entre o republicanismo e a democracia – havendo, inclusive, quem afirme que o problema seja apenas de origem etimológica –, mas um aspecto que se encontra mais preponderante na tradição republicana do que na democracia idealizada pelos gregos antigos é a de que o povo não é um corpo de pessoas dotada das mais elevadas virtudes no trato com a coisa comum, de modo que a participação popular pode causar a “tirania da maioria”. Na visão republicana, embora o povo “deva ter um papel importante no governo, o fato de que ele inspira mais medo que confiança exige que essa participação seja limitada”<sup>4</sup>. Para os republicanos, pois, o problema mais difícil é a criação de uma estrutura que restrinja suficientemente os impulsos passionais da maioria do povo e que possa, enfim, impor limites ao próprio poder político.

Daí a aplicação da teoria da Separação dos Poderes que, remontando a Aristóteles, mas melhor trabalhada por John Locke e pelo Barão de Montesquieu, consolida o entendimento de que

3 *Ibidem*, p. 35

4 *Ibidem*, p. 38.

a separação das funções do Estado em uma atuação legislativa, executiva e judiciária, exercidas por órgãos distintos, permite que o poder político não seja concentrado nas mãos de quem quer que seja, além de cada uma dessas funções poder fiscalizar e realizar o controle dos demais quando exorbita sua atribuição – e, assim, impedir seu abuso.

O Legislativo, afirma Locke, não é o único poder da comunidade social, mas tal poder é sagrado nas mãos daqueles a quem a comunidade confiou o seu exercício, de modo que “nenhum edito, seja de quem for sua autoria, a forma como tenha sido concebido ou o poder que o subsidie, tem a força e a obrigação de uma lei, a menos que tenha sido sancionado pelo poder legislativo que o público escolheu e nomeou”.<sup>5</sup> Sem o aval do legislativo faltaria ao comando normativo aquilo que é essencial para que qualquer lei seja considerada legítima: o consentimento da sociedade.

Quanto à sua limitação, aduz o filósofo inglês que o Poder Legislativo não pode ser exercido de forma arbitrária sobre a vida ou os bens das pessoas. Como ele é a fusão dos poderes que cada membro da sociedade delega à assembleia escolhida, o Legislativo permanecerá circunscrito dentro dos próprios limites estabelecidos pelos seus constituintes.

Ademais, o Poder Legislativo não pode “arrogar para si um poder de governar por decretos arbitrários improvisados, mas se limitar a dispensar a justiça e decidir os direitos do súdito através de leis permanentes já promulgadas e juízes autorizados e conhecidos”.<sup>6</sup> Além disso, como pode ser muito tentador à fragilidade humana a ascensão ao poder político, “não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis, pois elas poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei a sua vontade”.<sup>7</sup>

Daí advém a ideia de que o governante (mais tarde reconhecido como a figura do Poder Executivo), deve gerir a sociedade por meio de leis declaradas e aceitas por meio daquele Poder (Legislativo) que foi outorgado pelo povo e que exerce sua função com o seu consentimento. Jamais poderá o gestor agir por ordens extemporâneas e imprevisíveis. É dizer: o governo não deve seguir o seu próprio arbítrio ou vontade, mas, em verdade, agir de acordo com as leis estabelecidas e promulgadas pelos representantes do povo.

5 LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**. Lebooks Editora. Edição do Kindle, p. 138.

6 *Ibidem*, p. 139.

7 *Ibidem*, p. 144.

Permite-se, assim, previsibilidade, estabilidade e segurança nas relações sociais.

Duas últimas observações acerca do Poder Legislativo feitas por John Locke merecem destaque. A primeira é a noção de que é o povo que transfere a função de discutir e elaborar leis a uma pessoa ou órgão (no caso, as Assembleias Legislativas). E quando o povo afirma que quer se submeter a regras e ser governado por leis feitas pelos seus escolhidos, “ninguém pode dizer que outras pessoas diferentes legislarão por elas; nem o povo pode ser obrigado a obedecer quaisquer leis, exceto aquelas promulgadas por aqueles a quem ele escolheu e autorizou para fazer as leis em seu nome”<sup>8</sup>.

A segunda observação é que o povo possui um poder supremo para com o Legislativo, poder

para destituir ou alterar o legislativo quando considerar o ato legislativo contrário à confiança que nele depositou; pois todo poder confiado como um instrumento para se atingir um fim é limitado a esse fim, e sempre que esse fim for manifestamente negligenciado ou contrariado, isto implica necessariamente na retirada da confiança, voltando assim o poder para as mãos daqueles que o confiaram, que podem depositá-lo de novo onde considerarem melhor para sua proteção e segurança. Deste modo, a comunidade permanece perpetuamente investida do poder supremo de se salvaguardar contra as tentativas e as intenções de quem quer que seja, mesmo aquelas de seus próprios legisladores<sup>9</sup>

O Barão de Montesquieu, no seu *Espírito das Leis*, tornou ainda mais rebuscada a teoria da separação dos poderes. Preconiza o autor francês que

Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil.

Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas,

8 *Ibidem*, p. 143.

9 *Ibidem*, p. 147.

estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado.<sup>10</sup>

Ademais, ensinando acerca da necessidade de se limitar o poder político e dividi-lo entre pessoas distintas, assera que:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.<sup>11</sup>

Não por acaso, a Constituição dos Estados Unidos da América, fruto do constitucionalismo moderno, impõe expressamente, nos artigos I a III, que “todos os poderes legislativos conferidos por esta Constituição serão confiados a um Congresso dos Estados Unidos, composto de um Senado e de uma Câmara de Representantes”; que “o Poder Executivo será investido em um Presidente dos Estados Unidos da América”, e que “o Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso”.

Outrossim, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, criada após a Revolução Francesa em 1789, prevê no seu artigo 16, a necessidade da separação dos poderes, afirmando

10 MONTESQUIEU, Charles. **Do Espírito das Leis**. Edição do Kindle, p. 217.

11 *Ibidem*, loc. cit.

que “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Pois bem, esse conceito de limitação do poder pelo próprio poder, por meio da técnica da separação, é uma novidade dos tempos modernos e da tradição republicana, o que, ao ser incorporado nas democracias recentes, torna-as diferentes daquela vivida pelos antigos.

Outro ponto que ganha destaque na “nova democracia” é o conceito de governo representativo. No caso, com o crescimento populacional e a expansão territorial dos Estados – agora não mais apenas *polis*, como na Grécia Antiga –, é de todo inviável que o cidadão tivesse que, para todas as deliberações, ter que comparecer diretamente à Assembleia para se pronunciar. Nos Estados Unidos, em pleno século XVIII, eram cerca de cinco milhões de pessoas vivendo naquele país.

Daí que adveio uma nova tecnologia da época: a democracia representativa. O povo não participa diretamente das deliberações em razão das limitações que isso implica (limitação de espaço e tempo, principalmente), mas escolhe representantes que falam por ele e em seu nome e com o seu aval possam governar.

Mais uma vez, em “O Espírito das Leis”, Montesquieu doutrina que

num Estado livre, todo homem que supõe ter uma alma livre deve governar a si próprio, é necessário que o povo, no seu conjunto, possua o poder legislativo. Mas como isso é impossível nos grandes Estados, e sendo sujeito a muitos inconvenientes nos pequenos, é preciso que o povo, através de seus representantes, faça tudo o que não pode fazer por si mesmo.<sup>12</sup>

A representação, antes rejeitada pelos democratas antigos, passa a ser aceita pelos modernos como um modo de solucionar os limites de tempo e espaço que os novos Estados tinham para com a participação direta do povo.

Outro ponto que muda na concepção moderna de democracia é a crença na igualdade política. É certo que antes, para os democratas antigos, a noção de igualdade entre os cidadãos já existia. Nada obstante, em relação ao corpo social, à comunidade em si, defendiam que o povo deveria seguir uma linha um tanto quanto

12 *Ibidem*, p. 219.



homogênea no que se refere a questões relacionadas a crenças religiosas, ideologias, costumes, língua etc., para que a diversidade não fomentasse o dissenso e, assim prejudicasse a participação do povo na busca do bem comum.

Nos tempos modernos, as palavras da vez são diversidade e tolerância. É a ideia de tolerância ao diferente que marca o liberalismo político e que, igualmente, permite que antigos conflitos envolvendo religião e cultura, como as guerras civis que marcaram a Europa no século XV, pudessem ser resolvidos ou, ao menos, reduzidos. Com o respeito ao que é diferente, é possível que cada indivíduo viva dentro da comunidade respeitando os direitos alheios e vivendo em relativa paz social.

Daí que a noção de “igualdade política” é um tanto quanto diferente daquela outrora empregada. Se na idade antiga se falava em igualdade tanto numa questão de indivíduos entre si quanto de “maior hegemonia” da comunidade como forma de se evitar os conflitos, nos tempos modernos a igualdade é alçada à concepção de que os membros da comunidade, independentemente de suas crenças particulares, são igualmente aptos a deliberar e participar das decisões que dizem respeito ao bem comum. A isso Robert Dahl chama de “princípio forte da igualdade”, por meio do qual

os membros do grupo percebem-se como mais ou menos igualmente qualificados para governar, pelo menos em princípio. Esse aspecto final de suas crenças talvez possa ser descrito de uma forma mais específica e um pouco mais abstrata, como se segue. Os membros não creem que nenhum membro por si só e nenhuma minoria de membros sejam tão mais claramente qualificados para governar que possam chegar ao ponto de governar com a .permissão de toda a associação. Ao contrário, creem que todos os membros da associação são adequadamente qualificados para participar em pé de igualdade com os outros no processo de governar a associação.<sup>13</sup>

Ante todo o exposto, a essência do governo democrático, idealizada desde a antiguidade, se mantém: a democracia é o regime pelo qual o poder político é exercido pelo povo. Mas aquelas questões que antes eram consideradas essenciais para o desenvolvimento da democracia pelos gregos antigos – como a participação

13 DAHL, Robert A.. **A Democracia e seus críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, ps. 46-47.

direta na deliberação das questões envolvendo a *polis*, o sorteio como meio de ocupação de cargos públicos – foram afastadas para que a democracia se adaptasse às novas nuances sociais. O poder político ainda é exercido pelo povo, mas por meio de seus representantes, que governam sob a ideia de que todos são igualmente aptos a deliberar acerca do que é melhor para a comunidade. Por fim, para evitar o abuso do poder político, este encontra limites, principalmente por meio da separação das funções legislativa, executiva e judiciária.

Diante desse cenário, há de se considerar que, na contemporaneidade, será considerada democrática a comunidade que exerce o poder político de tomadas de decisões essenciais para o bom convívio social por meio de uma participação efetiva do povo – seja diretamente ou indiretamente, por meio dos seus representantes –; na qual cada membro tem a igualdade de voto e de possibilidade de expressar suas opiniões, pois é considerado apto a decidir por si mesmo quais as melhores escolhas para o bem-estar social – é considerado um adulto responsável –; e que cada membro votante possua oportunidade de ser minimamente esclarecido acerca das matérias postas em discussão. Outrossim, para que não haja monopólio de quando o poder político será exercido, é preciso que os membros tenham controle do programa de planejamento, isto é, que eles escolham quando tal matéria será discutida.

Resumidamente, Robert Dahl apresenta da seguinte forma os critérios para se identificar quando uma comunidade adotada o processo democrático para tomada de decisões políticas:

1. *Participação Efetiva*. Antes de ser adotada uma política pela associação, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para fazer os outros membros conhecerem suas opiniões sobre qual deveria ser esta política.

2. *Igualdade de voto*. Quando chegar o momento em que a decisão sobre a política for tomada, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas de voto e todos devem ser contados como iguais.

3. *Entendimento esclarecido*. Dentro de limites razoáveis de tempo, cada membro deve ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas alternativas importantes e suas prováveis consequências.

4. *Controle do programa de planejamento.* Os membros devem ter a oportunidade exclusiva para decidir como e, se preferirem, quais as questões que devem ser colocadas no planejamento. Assim o processo democrático exigido pelos três critérios anteriores jamais é encerrado. As políticas da associação estão sempre abertas para a mudança pelos membros, se assim estes escolherem.

5. *Inclusão de adultos.* Todos ou, de qualquer maneira, a maioria dos adultos residentes permanentes deveriam ter o pleno direito de cidadãos implícito no primeiro de nossos critérios. Antes do século XX, este critério era inaceitável para a maioria dos defensores da democracia (destaques em itálico no original do texto).<sup>14</sup>

Ocorre que, para que os critérios de um processo democrático sejam respeitados, alguns requisitos, mecanismos, precisam ser adotados. É um conjunto de instituições necessárias ao processo democrático efetivo, aquilo que Robert Dahl chama de poliarquia.<sup>15</sup>

No caso, são sete os requisitos/institutos necessários para que a democracia possa se desenvolver de forma efetiva no mundo contemporâneo:

1. *Funcionários eleitos.* Os funcionários eleitos são constitucionalmente investidos do controle político das decisões governamentais.

2. *Eleições livres e justas.* Os funcionários são escolhidos em eleições frequentes, conduzidas de modo justo, nas quais a coerção é relativamente rara.

3. *Sufrágio inclusivo.* Praticamente todos os adultos têm o direito de votar na eleição dos funcionários do governo.

4. *Direito de concorrer a cargos eletivos.* Praticamente todos os adultos têm o direito de concorrer

14 DAHL, Robert A.. **Sobre a Democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. Tradução de: Beatriz Sidou, ps. 49-50.

15 DAHL, Robert A. **A Democracia e seus críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, ps. 346-347.

a cargos eletivos no governo, embora os limites de idade possam ser mais altos para ocupar o cargo do que para o sufrágio.

5. *Liberdade de expressão.* Os cidadãos têm o direito de se expressar, sem o perigo de punições severas, quanto aos assuntos políticos de uma forma geral, o que inclui a liberdade de criticar os funcionários do governo, o governo em si, o regime, a ordem socioeconômica e a ideologia dominante.

6. *Informação alternativa.* Os cidadãos têm o direito de buscar soluções alternativas de informação. Ademais, existem fontes de informação alternativa protegidas por lei.

7. *Autonomia associativa.* Para alcançar seus vários direitos, inclusive aqueles relacionados acima, os cidadãos também têm o direito de formar associações ou organizações relativamente independentes, inclusive partidos políticos independentes e grupos de interesse (destaques no original).<sup>16</sup>

É dizer, a escolha livre, justa e periódicas de representantes para participar do debate político-governamental, por meio de eleições que permitem todos os adultos a votarem em seus representantes – e também a se candidatar como representante do povo –, em uma sociedade que protege a liberdade de expressão e a busca de informações alternativas e a livre associação de pessoas (poliarquia), leva a uma comunidade cujo processo de tomada de decisões políticas se dá por meio da efetiva participação do povo, com igualdade de votos e de oportunidade de manifestação esclarecida, que possui o controle da agenda política a ser debatida (democracia).<sup>17</sup>

<sup>16</sup> *Ibidem*, 350-351

<sup>17</sup> A tabela a seguir é conclusão lógica do raciocínio exposto por DAHL, Robert A. **A Democracia e seus críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 353.

<b>OS INSTITUTOS DA POLIARQUIA....</b>	<b>....LEVAM AO ATENDIMENTO DOS REQUISITOS DA DEMOCRACIA</b>
Funcionários escolhidos por eleições livres e justas	Igualdade de voto
Funcionários escolhidos por eleições livres e justas, por meio de sufrágio inclusivo que permite aos adultos concorrer aos cargos eletivos, valendo-se da liberdade de expressão e informação e da livre associação	Participação efetiva
Liberdade de expressão associada ao direito de busca de informação e autonomia associativa	Compreensão esclarecida
Funcionários escolhidos por eleições livres e justas, por meio de sufrágio inclusivo que permite aos adultos concorrer aos cargos eletivos, valendo-se da liberdade de expressão e informação e da livre associação	Controle da agenda política
Sufrágio inclusivo de todos os adultos aptos a participar do processo eletivo, valendo-se da liberdade de expressão e informação e da livre associação.	Inclusão de adultos.

Tendo-se em conta os institutos da poliarquia e os requisitos de um processo democrático, pode-se agora afirmar por que razão os membros do Poder Judiciário não exercer poder político representativo.

### **3 A JURISDIÇÃO É ATIVIDADE TÉCNICA QUE NÃO ENVOLVE PODER POLÍTICO REPRESENTATIVO**

Conforme dito em linhas acima, nos dias de hoje, quando alguém fala em “democracia”, na maioria das vezes a palavra é *gourmetizada* para traduzir os mais variados valores do emissor do discurso. A palavra em si carrega sentimentos e assinala que quem é democrático é alguém “do bem”, de bons valores e caráter. Deixa-se de lado o que de fato é a democracia: um sistema político em que as decisões mais relevantes para a sociedade são tomadas por meio de um processo de participação efetiva do povo.

Nada obstante, em razão de sua *gourmetização*, há quem considere inadequado e até mesmo um insulto afirmar que um órgão não exerce função representativa. É o caso de quem defende que o Judiciário exerce a jurisdição na condição de representante do povo em razão da natureza democrática da atividade jurisdicional.

A começar pelo exercício de poder político, há quem afirme, como Luís Roberto Barroso, que “quando invalida atos do Legislativo ou do Executivo ou impõe-lhes deveres de atuação, o Judiciário desempenha um papel que é inequivocadamente político”.<sup>18</sup> Aduz-se que a maior parte dos Estados democráticos do mundo reserva uma parcela de poder político para ser exercido pelo Judiciário, notadamente quando o Judiciário atue em disputas que envolvem a validade de atos estatais ou nos quais o Estado seja parte. Para essa visão, isso ocorre

quando [o Judiciário] declara inconstitucional a cobrança de um tributo, suspende a execução de uma obra pública por questões ambientais ou determina a um hospital público que realize tratamento experimental em paciente que solicitou tal providência em juízo. Nesses casos, juízes e tribunais sobrepõem sua vontade à de agentes políticos de outros Poderes, eleitos ou nomeados para o fim específico de fazerem leis, construírem estradas ou definirem as políticas de saúde.<sup>19</sup>

E defende-se que o Judiciário exerça esse poder político, sobrepondo sua vontade à de agentes políticos de outros Poderes, porque “o poder de juízes e tribunais, como todo poder político em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade”.<sup>20</sup> Nesse ponto, defende Barroso que “a legitimidade democrática do Judiciário, sobretudo para interpretar a Constituição, está associada à sua capacidade de corresponder ao sentimento social. Cortes constitucionais, como os tribunais em geral, não podem prescindir do respeito, da adesão e da aceitação da sociedade”.<sup>21</sup>

Por fim, sustenta-se que “é possível estabelecer uma correlação entre Judiciário e opinião pública e afirmar que, quando haja

18 BARROSO, Luís Roberto. **A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, (Edição do Kindle), s/p.

19 *Ibidem*.

20 BARROSO, Luís Roberto. **A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, (Edição do Kindle), s/p.

21 *Ibidem*, loc.cit.

desencontro de posições, a tendência é no sentido de o Judiciário se alinhar ao sentimento social”.<sup>22</sup>

São esses, basicamente, os fundamentos por trás de quem defende que o Judiciário exerce poder político, sendo também ele um órgão representativo.

. Os erros apresentados pelas ideias acima começam com o fato de não se definir bem o espaço entre a Política e o Direito, bem como qual a sua relação.

Com efeito, a Política é o exercício do poder por meio do qual a autoridade impõe determinados comportamentos sociais aos membros de uma comunidade. É um poder de fato, e ele se legitima de acordo com as tradições de um povo. Com a superação das atrocidades totalitárias da Segunda Guerra Mundial, o mundo (ocidental) abraçou a ideia de que a Política deveria ser exercida pelo meio democrático – daí o advento do Estado Democrático de Direito.

O Direito, por sua vez, é cria da Política. É seu filho, que nasce com funções próprias: garantir a estabilidade, previsibilidade e segurança no trato das relações sociais. Assim, quando a Política (mãe) quer que um dado comportamento social seja reprovado (matar alguém) ou, ao contrário, incentivado (a proteção do meio ambiente), ela gera o Direito (seu filho), que estabelecerá de forma previsível, estável e segura a adoção de tal comportamento. Assim é que o Direito brasileira, por exemplo, pune com pena privativa de liberdade aquele que comete homicídio. Do mesmo modo, impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, estabelecendo os meios necessários para tanto.

Resumindo: quando a Política estabelece qual tipo de comportamento social quer que a comunidade adote, ela cria o Direito para que este garanta a previsibilidade, estabilidade e segurança das relações sociais, também dando-lhe a condição de punir quem violar tais regras.

Mas a Política não para por aí. Ela conhece seu temperamento e reconhece que há momentos em que a volatilidade de suas paixões a impulsionará a tomar medidas que compromete o projeto de sociedade que ela quer criar. Assim, ela pré-determina ao Direito o poder de contê-la sempre que o projeto de sociedade desejado restar ameaçado – e é aqui que surge a autonomia do Direito para influenciar a Política.

22 *Ibidem, loc.cit.*



Eis aí a relação de Política e Direito, e eis aí como o Direito pode influenciar a política: por meio de normas estabelecidas pela própria sociedade que assume um compromisso pré-determinado de o Ordenamento Jurídico poder frear os impulsos passionais momentâneos.

Tendo esclarecido como se dá a relação entre Política e Direito, pode-se agora apontar os erros daqueles que acreditam que o Judiciário exerce poder político no desempenho normal de suas atividades e que o faz na condição de representante do povo.

Quanto ao primeiro ponto, e conforme visto, afirmam que o Judiciário exerce poder político quando declara inconstitucional a cobrança de um tributo, suspende a execução de uma obra pública por questões ambientais ou determina a um hospital público que realize tratamento experimental em paciente que solicitou tal providência em juízo, porque nesses casos, juízes e tribunais sobrepõem sua vontade à de agentes políticos de outros Poderes.<sup>23</sup>

Tal afirmação revela uma grave incompreensão acerca da natureza do controle de constitucionalidade.

Com efeito, a Constituição é o núcleo, o centro do ordenamento jurídico, e isso não é nenhuma novidade advinda do movimento constitucionalista posterior à Segunda Guerra Mundial. Desde 1936 Hans Kelsen já defendia a Constituição como a norma mais importante do Ordenamento Jurídico, de qual todas as outras buscam seu fundamento de validade. Ruy Barbosa, em 1893, escreve obra defendendo que os atos do Executivo e do Legislativo que transgridam a Constituição são nulos, devendo ser afastados pelo Poder Judiciário. E ainda em 1803 a doutrina do controle de constitucionalidade foi desenhada nos Estados Unidos a partir do caso *Marbury vs Madison*.

Pois então. Quando o Poder Constituinte – considerado inicial ao próprio Direito, sendo autônomo, incondicional e ilimitado – determina os limites de atuação dos poderes constituídos – seja o Legislativo, o Executivo e até mesmo o Judiciário –, ele também cria mecanismos para que estes limites sejam respeitados e, no caso de um ato exorbitá-los, ser rechaçado pelo controle de constitucionalidade.

Assim é que a Constituição Federal de 1988 garante ao Supremo Tribunal Federal, na via do controle concentrado de constitucionalidade, a competência para, em um processo judicial, declarar a inconstitucionalidade de atos que violem os comandos

23 *Ibidem, loc. cit.*

constitucionais. Não só ao Supremo Tribunal Federal é garantido o controle jurisdicional de constitucionalidade, como também a todos os demais membros do Judiciário – o chamado controle difuso.

Diante desse cenário, quando o Judiciário declara inconstitucional a cobrança de um tributo, ele não está sobrepondo sua vontade política sobre os demais Poderes. Em verdade, ele está fazendo cumprir a pré-determinação estabelecida pelo Poder Constituinte.

Um exemplo ilustrará bem o caso.

Em 1993, por meio da Emenda Constitucional nº 3, o Congresso nacional aprovou a criação do Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras. Para que tal tributo fosse viável, o mesmo diploma normativo determinou que ao referido imposto não se aplicaria a alínea “b” do inciso III do artigo 150 da Constituição – o chamado princípio da anterioridade tributária –; e tampouco o inciso IV do mesmo dispositivo constitucional – no caso, a proibição de utilização de tributo para fins de confisco.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, sustentando a inconstitucionalidade da supracitada Emenda Constitucional e, conseqüentemente, da criação do Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira. Trata-se da ADI 939/DF, que, em seu julgamento, ficou determinado o seguinte:

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE EMENDA CONSTITUCIONAL E DE LEI COMPLEMENTAR. I.P.M.F. IMPOSTO PROVISÓRIO SOBRE A MOVIMENTAÇÃO OU A TRANSMISSÃO DE VALORES E DE CRÉDITOS E DIREITOS DE NATUREZA FINANCEIRA - I.P.M.F. ARTIGOS 5., PAR. 2., 60, PAR. 4., INCISOS I E IV, 150, INCISOS III, “B”, E VI, “A”, “B”, “C” E “D”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, “a”, da C.F.). 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no paragrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica “o art.

150, III, “b” e VI”, da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que e garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, “b” da Constituição); 2. - o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que e garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I, e art. 150, VI, “a”, da C.F.); 3. - a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: “b”): templos de qualquer culto; “c”): patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e “d”): livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão; 3. Em consequência, e inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, “a”, “b”, “c” e “d” da C.F. (arts. 3., 4. e 8. do mesmo diploma, L.C. n. 77/93). 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993. (STF. ADI 939, Relator(a): SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/1993, DJ 18-03-1994 PP-05165 EMENT VOL-01737-02 PP-00160 RTJ VOL-00151-03 PP-00755)

O que fez o Supremo Tribunal Federal? Por meio dos poderes que lhe foram conferidos pelo Poder Constituinte, ele afastou o ato normativo porque este ia de encontro aos projetos e objetivos da sociedade esboçados pela Constituição Federal de 1988, no qual ficou expressamente determinada a limitação ao poder de tributar do Estado.

Quando o Supremo declarou a inconstitucionalidade do ato normativo, ele o fez com base em seus critérios políticos? Exerceu uma vontade política que “sobrepôs” à do Legislativo? Óbvio que

não. Ele cumpriu sua função de guarda da Constituição, mantendo previsível, estável e seguro o projeto de sociedade traçado pelo Poder Constituinte.

Não houve, pois, “vontade política” do Judiciário, mas sim uma decisão que resguardou e aplicou os limites pré-determinados pela Constituição. Aplicou-se o Direito, e não a vontade política dos membros do Tribunal.

Aliás, o argumento de que “há uma vontade política que se sobrepõe à dos Poderes Representativos” demonstra justamente o motivo pelo qual o ativismo judicial é um problema de política. O Direito é utilizado como instrumento, retorcido à vontade política do Judiciário, que busca alcançar modificações sociais a partir de uma visão particular do juiz/tribunal acerca daquilo que é mais justo, moral, econômico, etc. No caso do ativismo, o que se aplica é a vontade e a visão particular de mundo do magistrado acerca das mudanças que ele quer ver implementada no *status quo*, deixando de lado as disposições normativas da Constituição e demais leis.

Foi esse o caso, a propósito, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650/DF, na qual o STF teve que se debruçar sobre a constitucionalidade das doações de campanha eleitoral feitas por pessoas jurídicas.

Com efeito, a Lei nº 9.504, desde quando entrou em vigor, em 1997, autorizava tanto as pessoas físicas quanto as jurídicas a realizarem doação às candidaturas eleitorais. E isso não é de se espantar porque, numa democracia consolidada e saudável, as pessoas podem participar do processo político, seja por meio do voto, seja financiando/incentivando os candidatos que reputam os mais qualificados.

Por meio dos artigos 23 e 81 da Lei nº 9.504/97, tais doações eram consideradas lícitas. No caso, pessoas físicas podem fazer doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro para campanhas eleitorais, sendo que estas ficam limitadas a dez por cento dos rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano anterior à eleição (§1º do artigo 23 do diploma legal). Já para as pessoas jurídicas, doações e contribuições eram igualmente permitidas, ficando limitadas a dois por cento do faturamento bruto do ano anterior à eleição (§1º do artigo 81 então vigente).

Sabendo, porém, da forte influência econômica das pessoas jurídicas, a lei, além de impor um limite quantitativo às suas colaborações, também impunha que a doação de quantia acima do limite sujeitaria a pessoa jurídica ao pagamento de multa no valor

de cinco a dez vezes a quantia em excesso, bem como que, caso infringissem o limite legal, estaria sujeita à proibição de participar de licitações públicas e de celebrar contratos com o Poder Público pelo período de cinco anos (§§2º e 3º do artigo 81 então vigente).

Além do mais, caso a doação feita à campanha pudesse ser configurada como algo indevido, com o intuito de obter vantagem, restaria configurado o ilícito denominado “abuso de poder econômico”, caracterizado quando há oferta de valores a candidato com o intuito de “comprar” sua candidatura em troca de favores; ou quando há negociação de apoio político mediante o oferecimento de vantagens de conteúdo econômico.

Nessas hipóteses, além das sanções aplicadas à pessoa jurídica acima listadas, o candidato que abusasse do poder econômico poderia ser alvo de ação de impugnação de mandado eletivo, perdendo não apenas o mandato, mas estando também sujeito às penas da Lei de Inelegibilidade, como a perda da possibilidade de se candidatar a qualquer cargo político pelos próximos oito anos.

E mais. Caso, nessa “troca de favores econômicos”, houvesse a prática de crimes – como lavagem de dinheiro, prevaricação etc. –, todos estariam sujeitos às respectivas sanções penais.

É dizer: a Política manifestou seu desejo de que tanto pessoas físicas quanto jurídicas pudessem participar no apoio financeiro às campanhas de seus candidatos prediletos, incumbindo ao Direito a tarefa de assegurar a previsibilidade, estabilidade e segurança de tal comportamento. Quando há afronta ao desejo – como o abuso do poder econômico –, o Direito impõe sanções aos infratores.

Ocorre que, fato público e notório, mesmo com todas essas sanções, o número de pessoas jurídicas que realizavam financiamento como forma de “comprar favores” de candidatos, ou até mesmo para lavar dinheiro, era bastante grande no Brasil. Em 2014, ano de eleições gerais, circulou na imprensa notícias de que as empresas investigadas no âmbito da Operação Lava-Jato realizavam doações de campanha eleitoral como “mera estratégia de lavagem de capitais”<sup>24</sup> ou então para obter favores.<sup>25</sup>

24 SALOMÃO, Lucas. Propina pode ter virado doação legal a partidos para lavar dinheiro, diz MP. **G1**. 2014. Matéria disponível em <http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2014/11/propina-pode-ter-virado-doacao-legal-partidos-para-lavar-dinheiro-diz-mp.html>, acesso em 23/12/2021.

25 ROCHA, Marcelo e COUTINHO, Filipe. Empreiteiros confessam ter pagado R\$ 20 milhões de propina ao PT por contratos com a Petrobras. **Época**. 2014. Matéria disponível em <https://epoca.oglobo.globo.com/tempo/noticia/2014/12/empreiteiros-confessam-ter-pago-r-20-milhoes-de-propinab-ao-pt-por-contratos-na-petrobras.html>, acesso em 23/12/2021.

O ano de 2014 foi de grandes turbulências no Brasil. Além de a população ter saído às ruas um ano antes numa das maiores manifestações da história do país – manifestação de junho de 2013 –, proclamando palavras de ordem contra o *establishment* político, também uma crise econômica sem proporções imagináveis foi se aproximando. Além disso, esquemas ilícitos bilionários envolvendo importantes agentes do governo de então e seus estratégias criminosas com grandes empresários ensejaram o surgimento da Operação Lava-Jato.

O Brasil ficou em choque e inconformado com o megalomaniaco projeto criminoso que se praticava. E o STF achou por bem dar uma resposta à sociedade.

Diante desse cenário conflituoso é que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650/DF, declarou inconstitucional a doação de valores a candidatos feitas por pessoas jurídicas. Ocorre que não há no texto da Constituição nenhum enunciado normativo do qual possa se extrair a interpretação de que a doação de campanha seja vedada. E um ato só pode ser declarado inconstitucional se ele viola norma constitucional. Se não há violação, o ato pode ser até indesejável, inconveniente etc., mas inconstitucional ele não é.

Nesse ponto, destacou o relator do processo, Luiz Fux, que:

A Constituição de 1988 não contém, em qualquer de suas disposições constitucionais, um tratamento específico e exaustivo no que concerne ao financiamento de campanhas eleitorais. Deveras, diversamente do elevado grau de detalhamento com que cuidou de inúmeros aspectos da vida, o constituinte originário não entregou ao legislador um modelo préelaborado de arrecadação de fundos para as campanhas eleitorais. Poderia fazê-lo, mas, verdadeiramente, não o fez.

Esta constatação tem importantes implicações práticas: em matéria relativa ao financiamento de campanhas eleitorais, a Constituição não encerra uma ordem-fundamento em sentido quantitativo (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 583-84), que institua deveres, imposições ou proibições ao legislador. Ao contrário: pode-se dizer, sem incorrer em equívocos, que o constituinte conferiu uma competência decisória autônoma ao legislador para tratar da temática. No ponto, a consequência disso é que existe uma ampla

margem de conformação legislativa na formulação de um modelo constitucionalmente adequado de financiamento.<sup>26</sup>

Muito embora o posicionamento acima exarado, a Suprema Corte aduziu que os limites previstos pela legislação de regência eram insuficientes para coibir a captura do político pelo poder econômico, de modo que entendeu por bem declarar inconstitucional a possibilidade de doações e contribuições feitas por pessoas jurídicas.

Não houve, em verdade, controle de constitucionalidade. Houve controle de conveniência política. Querendo dar respostas à sociedade e alterar o *status quo* de então, o Supremo Tribunal Federal, muito embora alegue que não há ofensa à constituição, resolve declarar “inconstitucional” (?) a doação de pessoas jurídicas, já que tal ato permitia uma miríade de irregularidades e desequilíbrios no pleito eleitoral.

Tudo o que foi dito até agora foi para afastar o argumento daqueles que afirmam quem o Judiciário exerce poder político no desempenho normal de suas atividades, notadamente ao declarar inconstitucional determinado ato. Não é uso de poder político, mas aplicação dos comandos constitucionais.

Avancemos ao segundo ponto, aquele que afirma que o Judiciário é representante do povo.

Tal argumento pode ser rechaçado tanto pela via do argumento jurídico-normativo, quanto do argumento social, ligado à realidade dos fatos.

O argumento jurídico-normativo que refuta a afirmação de que o Judiciário é “representante do povo” é o parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal, que preconiza que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Ora, pelo que diz a Constituição, os representantes do povo são eleitos. Os membros do Judiciário não são eleitos. Isso já seria o suficiente para afastar a falácia de “poder representativo do povo”.

E mais, dizer que o Judiciário não exerce função representativa não é uma ofensa. É que o Judiciário é órgão que exerce função técnica. Ele aplica o Direito, e não a vontade do que grita a multidão nas ruas.

---

26 A íntegra do voto pode ser encontrada acessando o inteiro teor dos autos da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.650/DF, disponível no portal de pesquisa de jurisprudências do STF, <http://portal.stf.jus.br/>



Para além do argumento jurídico-normativo, existe a questão fática: os membros do Judiciário não são escolhidos por meio de eleições livres e periódicas, por meio de um sufrágio inclusivo no qual todos os adultos podem participar do processo. Em verdade, os magistrados assumem seu cargo por meio de concurso público de provas e títulos. É uma seleção técnica, e não política.

“Mas e os membros de Tribunal? Eles não são escolhidos pelos representantes do povo? Isso não faz com que, ainda que indiretamente, eles sejam também a voz do povo”, indagará o leitor. E a resposta só pode ser esta: não

No caso, lembre-se os institutos que permitem que o processo democrático seja plenamente efetivado (poliarquia):

1. *Funcionários eleitos*. Os funcionários eleitos são constitucionalmente investidos do controle político das decisões governamentais.

2. *Eleições livres e justas*. Os funcionários são escolhidos em eleições frequentes, conduzidas de modo justo, nas quais a coerção é relativamente rara.

3. *Sufrágio inclusivo*. Praticamente todos os adultos têm o direito de votar na eleição dos funcionários do governo.

4. *Direito de concorrer a cargos eletivos*. Praticamente todos os adultos têm o direito de concorrer a cargos eletivos no governo, embora os limites de idade possam ser mais altos para ocupar o cargo do que para o sufrágio.

5. *Liberdade de expressão*. Os cidadãos têm o direito de se expressar, sem o perigo de punições severas, quanto aos assuntos políticos de uma forma geral, o que inclui a liberdade de criticar os funcionários do governo, o governo em si, o regime, a ordem socioeconômica e a ideologia dominante.

6. *Informação alternativa*. Os cidadãos têm o direito de buscar soluções alternativas de informação. Ademais, existem fontes de informação alternativa protegidas por lei.

7. *Autonomia associativa*. Para alcançar seus vários direitos, inclusive aqueles relacionados

acima, os cidadãos também têm o direito de formar associações ou organizações relativamente independentes, inclusive partidos políticos independentes e grupos de interesse (destaques no original).<sup>27</sup>

Pois bem, nesse processo de escolha de membro de Tribunal, pergunta-se: os funcionários (no caso, os magistrados) são eleitos frequentemente, ou o seu cargo é vitalício? Há sufrágio inclusivo, onde todos os adultos têm o direito de votar na eleição e de concorrer a um desses cargos? Não. A bem da verdade, nem mesmo os membros do Legislativo e do Executivo gozam da prerrogativa de votar no candidato que acreditam ser o mais bem qualificado. Como se sabe, para a escolha de membro de Tribunal (seja ele Estadual, Federal ou Superior), o próprio Tribunal elaborará uma lista dos três candidatos que ele, Tribunal, reputa serem os mais bem qualificados, e a encaminha ao Poder Executivo. O chefe do Executivo escolherá somente um desses três apontados pelo Tribunal – o processo de escolha para Ministro do Supremo é ainda mais exclusivo, pois o Presidente da República escolhe candidato a ser sabatinado pelo Senado Federal independentemente de deliberação da Corte.

É dizer: não há eleição livre e periódica na qual há um sufrágio inclusivo e possibilidade de todos os adultos concorrerem ao cargo eletivo. Logo, não se trata de um procedimento democrático de escolha de representante, mas sim de um procedimento de escolha de um técnico. E isso não é nenhuma ofensa.

Ademais, há de se afirmar que o processo de tomada de decisões no exercício da jurisdição segue um critério técnico, no qual o magistrado proferirá a sentença de acordo com as normas do Ordenamento Jurídico, e não de acordo com a opinião pública ou a algum tipo de “sentimento social”.

E, novamente, não há problema ou ofensa em dizer que a jurisdição se exerce tecnicamente. Quando o magistrado aplica a Lei – aqui considerada em sentido lato – ele está dando fiel aplicação e respeito à vontade da Política e do Poder Constituinte Originário, que instituiu o Direito para garantir previsibilidade, estabilidade e segurança nas relações sociais. Assim, quando o povo, por meio de seus representantes, estabelece as normas que vão reger a sociedade, o juiz é o seu guardião, mantendo firme o projeto social politicamente desenhado. Isso ocorre, lembre-se, até mesmo no

27 DAHL, Robert A. **A Democracia e seus críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, ps. 350-351

controle de constitucionalidade: o critério a ser adotado é se o ato impugnado viola ou não os comandos constitucionais impostos pelo Poder Constituinte, de modo que, caso haja afronta à Constituição, o magistrado agirá como seu guardião, fazendo valer a força normativa constitucional e afastando o ato irregular.

Assim, em seu processo de decisão, o magistrado irá, diante do conflito posto, interpretar as nuances fáticas e como a Lei dá resposta a elas. A bem da verdade, pode haver mais de uma resposta possível, pois as relações sociais são voláteis e a Lei nem sempre fornece por meio de uma linguagem clara qual a resolução a ser dada ao caso. Mas, de qualquer forma, ainda que haja ambiguidade e imprecisão, o juiz deve sempre partir da Lei para dar resposta ao caso, e não se valer de suas visões particulares de mundo e de desejo de transformar o *status quo*. Caso faça valer “a sua vontade” ao invés da Lei, pois julga que a sua moral é maior e/ou mais conveniente do que a resposta encontrada na Lei, o magistrado usurpa o poder democrático exercido pelo povo e impõe a sua vontade.

Até mesmo quem defende que o juiz deve proferir suas decisões com base no sentimento popular – e por isso estaria exercendo função de representante e atuando de forma democrática – apresenta fundamentação contraditória, na qual as conclusões a que se chega violam as premissas lógicas de seu discurso.

Vejamos, a título de exemplo, o que diz Luís Roberto Barroso:

a legitimidade democrática do Judiciário, sobretudo quanto interpreta a Constituição, está associada à sua capacidade de corresponder ao sentimento social. Cortes constitucionais, como os tribunais em geral, não podem prescindir do respeito, da adesão e da aceitação da sociedade. A autoridade para fazer valer a Constituição, como qualquer autoridade que não repouse na força, depende da confiança dos cidadãos.<sup>28</sup>

Conclui o autor aduzindo que há uma correlação entre Judiciário e opinião pública, de modo que, “quando haja desencontro de posições, a tendência é no sentido de o Judiciário se alinhar ao sentimento social”.<sup>29</sup>

Ocorre que essa ligação da interpretação e aplicação da Lei com o sentimento social vai de encontro aos próprios limites pré-determinados pelo Ordenamento Jurídico.

28 BARROSO, Luís Roberto. *op.cit*, *loc.cit*

29 *Ibidem*, *loc.cit*

De novo um exemplo para ilustrar. A Constituição Federal proíbe a pena de morte – ressalvados os casos de crime militar praticado em período de guerra.

Ocorre que uma pesquisa realizada pelo instituto Datafolha<sup>30</sup> revelou que mais de 57% da população brasileira é a favor da pena de morte. Isso quer dizer que, caso houvesse plebiscito para consulta popular acerca de eventual reforma hábil a permitir a pena de morte, é quase certo que a população brasileira iria a ela aderir.

Pois bem. Diante desse cenário, nos casos de crimes violentos que chocaram o país, como o de Champinha, que assassinou um casal de namorados, ou então de Isabela Nardoni, assassinada pelo pai e madrastra, caso a visão de que o juiz deve proferir decisões em harmonia com “o sentimento popular” fosse aplicada, todos esses criminosos poderiam ser punidos até mesmo com a morte – o que, obviamente, violaria completamente a Constituição Federal de 1988.

Nenhum dos culpados foi condenado à pena de morte em razão da expressa proibição constitucional. Mas o que diria Barroso sobre isso? A maioria da população é a favor da pena de morte – e não foram poucos os gritos populares reivindicando a vida desses criminosos. Deveria o Judiciário, com a sua “legitimidade democrática”, corresponder ao sentimento social? Ou, ao invés disso, aplicar a Lei, que determina pena privativa de liberdade, sendo vedada a pena capital? Parece certo que deve o juiz aplicar a Lei, e não o que diz a multidão enfurecida que clama o sangue dos réus.

Continue-se com os exemplos. Como apontado acima, para Luís Roberto Barroso, a legitimidade democrática do Judiciário está em interpretar a Constituição de forma a corresponder ao sentimento social.

Pois bem. Pesquisa do Datafolha<sup>31</sup>, realizada em 2018, aponta que 59% dos brasileiros são contrários ao aborto, admitindo apenas as hipóteses de aborto em caso de risco de morte à gestante, de estupro ou de feto anencéfalo. Além disso, 58% dos entrevistados avaliariam que os responsáveis pelo aborto devem ser processados e ir para a cadeia, independentemente da situação.

Desse modo, no caso de aborto, em que não há risco de morte à gestante, não decorreu de estupro ou que não envolve feto

30 57% dos brasileiros são favoráveis à pena de morte, diz pesquisa. **Veja**. 2018. Matéria disponível em <https://veja.abril.com.br/brasil/57-dos-brasileiros-sao-favoraveis-a-pena-de-morte-diz-pesquisa/>, com acesso em 23/12/2021.

31 Pesquisa Datafolha: 59% dos brasileiros são contrários a mudanças na atual lei sobre o aborto. **G1**. 2018. Matéria disponível em <https://g1.globo.com/bemestar/noticia/2018/08/22/pesquisa-datafolha-59-dos-brasileiros-sao-contrarios-a-mudancas-na-atual-lei-sobre-o-aborto.ghtml>, com acesso em 23/12/2021.

anencéfalo, o juiz que punir os responsáveis criminalmente estará não apenas aplicando a Lei, como também “correspondendo ao sentimento social”.

Mas parece que Barroso não concorda com isso. Nesse caso, ele defende que não se deve atender à voz das ruas, mas sim ao caráter contramajoritário da jurisdição. É dizer: ainda que a vontade popular, consubstanciada em um diploma legal, criminalize o aborto, o ministro do STF posicionou-se ferrenhamente contra tal situação, conferindo, no Habeas Corpus nº 124.306/RJ a ordem vindicada a mulher e médico que participaram de procedimento de aborto.

Não se quer aqui dizer se o aborto deve ou não ser criminalizado. O que se está apontado é para o fato de que, em um momento, defende-se a função “político-representativa” do Judiciário quando este interpreta e aplica a Constituição de acordo com os sentimentos populares. Nada obstante, também afirma que “o Judiciário não pode ser escravo da opinião pública. Muitas vezes, a decisão correta e justa não é a mais popular. Nessas horas, juízes e Tribunais não devem hesitar em desempenhar um papel contramajoritário”<sup>32</sup> – palavras, inclusive, do próprio Luís Roberto Barroso.

Nada obstante, o supracitado autor não aponta de forma precisa quando que o Judiciário deve exercer sua atividade “associada à sua capacidade de corresponder ao sentimento social” ou quando “não pode ser escravo da opinião pública” e proferir decisão correta e justa, embora impopular.

E por que não se aponta precisamente o critério para definir quando se atua “democraticamente” ou “contramajoritariamente”? Porque o argumento primeiro, de exercício da atividade jurisdicional em sintonia com a vontade popular, é um sofisma. Ele é utilizado apenas quando convém. Se o juiz reputa por bem exarar uma decisão que reputa ser a melhor e que não encontra guarida na Lei, ele afirma agir como representante do povo e que está dando voz ao sentimento popular. Se, porém, o juiz reputa por proferir decisão que vá até mesmo de encontro à vontade popular, aí o fundamento já muda, sustentando que sua atividade é contramajoritária.

O que tudo isso quer dizer? Que o discurso da “legitimidade representativa do Judiciário” só é utilizado quando convém ao magistrado proferir a decisão ativista que lhe interessa.

32 *Ibidem, loc. cit.*

Ante o exposto, há de se afirmar que, num Estado Democrático de Direito, a atuação do magistrado é técnica, no sentido de aplicar a Lei e guardando previsibilidade, estabilidade e segurança das regras de convívio social escolhidas no processo democrático. O juiz pode até decretar inconstitucionais os atos normativos que violem a Constituição, mas não em razão de sua vontade ou valores pessoais de conveniência com a intenção de mudar o *status quo* sociopolítico à sua própria imagem e semelhança.

#### 4 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto no presente trabalho, pôde-se concluir que política é um poder que influencia o comportamento social. É através da política que se estabelece como a sociedade funciona e qual o padrão de comportamento aceito dentro da comunidade.

Dentre as diversas formas de exercício a política, constatou-se que a democracia é o regime pelo qual tal poder é exercido por meio da efetiva participação de todos os adultos presentes em dada comunidade, que atuam na deliberação das principais questões sociais – de forma direta ou por meio de representantes –, sendo que as decisões são tomadas por meio de escrutínio em que os votos são computados de forma igualitária, além de se permitir ao corpo social a possibilidade de aprender sobre a matéria que está sendo discutida e de controlar o programa de planejamento, decidindo quando e quais assuntos serão objeto de deliberação. E para que isso tudo seja verdadeiramente empregado, faz-se necessária, segundo as lições de Robert Dahl, a doção dos seguintes mecanismos: os representantes do povo devem ser eleitos de forma livre, justa e periódica por meio de sufrágio inclusivo, permitindo aos adultos interessados não só a chance de escolher seu representante, mas também de candidatar-se como tal, garantindo-se o direito à liberdade de expressão e consulta de fontes alternativas de informação para embasar sua opinião.

Nesse ponto, mostrou-se que há quem afirme, como Luís Roberto Barroso, de que o Poder Judiciário exerce poder político-representativo quando invalida atos do Legislativo ou do Executivo – como a declaração de inconstitucionalidade de um tributo – ou impõe-lhes deveres de atuação, o Judiciário desempenha um papel que é inequivocadamente político e representativo.

Nada obstante, conforme explanado ao longo do trabalho, tal concepção é equivocada porque confunde a relação entre Direito e Política. No caso, a Política é a responsável por desenhar a es-

trutura social e os comportamentos que deseja sejam adotados na comunidade. O Direito, que é cria da Política, nasce para garantir previsibilidade, estabilidade e segurança às relações sociais, gozando de autonomia, inclusive, para frear os impulsos da Política quando esta tenta romper o projeto de sociedade construído.

E nessa relação, o Judiciário aplica o Direito, e não faz Política.

É por isso que, conforme explanado no tópico 3, quando o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 939, declarou a inconstitucionalidade do Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira, não o fez com base num poder político representativo que ultrapassava o do Legislativo, mas sim a partir de uma análise técnica em que se verificou que a criação de tal tributo ia de encontro a comandos constitucionais. Assim, valendo-se da Constituição Federal, promulgada por meio do poder político, o Judiciário, por meio de atividade técnica, afastou a instituição de tal imposto. No caso, o Supremo Tribunal Federal cumpriu sua função de guarda da Constituição, mantendo previsível, estável e seguro o projeto de sociedade traçado pelo Poder Constituinte.

Diante desse cenário, e com base em tudo o que foi explanado ao longo do texto, é que se pode afirmar que a jurisdição não é exercício de poder político representativo, sendo em verdade uma atividade técnica em que o magistrado aplica o Direito, e não sua vontade política para alterar o *statu quo* sociopolítico de acordo com sua visão particular de mundo.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, Edição do Kindle.

DAHL, Robert A.. **A Democracia e seus críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

\_\_\_\_\_. **Sobre a Democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**. Lebooks Editora. Edição do Kindle.

MONTESQUIEU, Charles. **Do Espírito das Leis**. Edição do Kindle.



Pesquisa Datafolha: 59% dos brasileiros são contrários a mudanças na atual lei sobre o aborto. **G1**. 2018. Matéria disponível em <https://g1.globo.com/bemestar/noticia/2018/08/22/pesquisa-datafolha-59-dos-brasileiros-saocontrarios-a-mudancas-na-atual-lei-sobre-o-aborto.ghtml>, com acesso em 23/12/2021.

ROCHA, Marcelo e COUTINHO, Filipe. Empreiteiros confessam ter pagado R\$ 20 milhões de propina ao PT por contratos com a Petrobras. **Época**. 2014. Matéria disponível em <https://epoca.oglobo.globo.com/tempo/noticia/2014/12/empreiteiros-confesam-ter-pago-r-b20-milhoes-depropinab-ao-pt-por-contratos-na-petrobras.html>, acesso em 23/12/2021.

SALOMÃO, Lucas. Propina pode ter virado doação legal a partidos para lavar dinheiro, diz MP. **G1**. 2014. Matéria disponível em <http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2014/11/propina-pode-ter-viradodoacao-legal-partidos-para-lavar-dinheiro-diz-mp.html>, acesso em 23/12/2021.

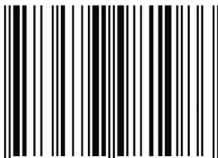
57% dos brasileiros são favoráveis à pena de morte, diz pesquisa. **Veja**. 2018. Matéria disponível em <https://veja.abril.com.br/brasil/57-dos-brasileiros-sao-favoraveis-a-pena-de-morte-diz-pesquisa/>, com acesso em 23/12/2021.



ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA

ISBN: 978-65-87981-08-6

CDL



9 786587 981086



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA BAHIA  
ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA  
1ª Av. do Centro Administrativo da Bahia, 150  
CAB, Salvador - BA - 41.745-901 - Brasil  
[www.tre-ba.jus.br](http://www.tre-ba.jus.br) | [aje@tre-ba.jus.br](mailto:aje@tre-ba.jus.br)  
55 71 3373-7445